



**Revista da
Procuradoria Geral
do Estado de São Paulo**

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem ao
Professor José Afonso da Silva
por ocasião dos 20 anos da Constituição Federal**

**67/68
janeiro/dezembro 2008**

REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

67/68

JANEIRO/DEZEMBRO 2008



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOSÉ SERRA

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

Procurador Geral do Estado

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Chefe do Centro de Estudos



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 4o andar
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7020 - Fax: (11) 3286-7028
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria:

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Coordenador:

José Luiz Souza de Moraes

Comissão Editorial

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Carlos José Teixeira de Toledo, Celso Luiz Bini Fernandes, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Patricia Ulson Pizarro Werner, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme.

Revista

José Luiz Souza de Moraes (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 2.000 exemplares

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971-.

(semestral)

1971-2008 (1-68)

1998 (n. especial)

2003 (n. especial)

CDD-340.05

CDU-34(05)

Sumário

SUMÁRIO	V
APRESENTAÇÃO	VII
HOMENAGEM – TESTEMUNHO A JOSÉ AFONSO DA SILVA Odete Medauar	1
IGUALDADE, ISONOMIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CONQUISTAS E DESAFIOS DOS ÚLTIMOS VINTE ANOS Cíntia Regina Béo	5
O SEGREDO GOVERNAMENTAL E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO Carlos José Teixeira de Toledo	35
RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS LÍCITOS Cristiana Corrêa Conde Faldini	67
CONSTITUIÇÃO E MEMÓRIA HISTÓRICA Maria Clara Osuna Diaz Falavigna e Martha Cecilia Lovizio	131
A FAMÍLIA BRASILEIRA: MAZELAS, CONQUISTAS E PERSPECTIVAS, NOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO Jorge Kuranaka	163

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TUTELA DAS MINORIAS
PARLAMENTARES NOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Derly Barreto e Silva Filho

187

**INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NOS TRIBUNAIS: A REGRA DA “RESERVA DE PLENÁRIO”**

Rodrigo Barioni

241

O DIREITO DE CRÍTICA E O MANDATO POLÍTICO

Vidal Serrano Nunes Júnior

271

**O PERFIL LEGISLATIVO DO DIREITO DE IMPRENSA
E SUA INSERÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
CONFLITOS HERMENÊUTICOS E PRÁTICAS AUTORITÁRIAS
DO SISTEMA BRASILEIRO**

Carlos Eduardo de Abreu Boucault

281

Apresentação

Próxima de consumir sua maioridade, a Carta de 1988, merecidamente apelidada de “Constituição Cidadã”, ainda é um território vasto e não totalmente explorado. A efervescência por que passa a hermenêutica constitucional contribui para que novas expedições sejam enviadas, prospectando os veios normativos que possam conduzir às jazidas fundamentais desse amplo território: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A evolução social promove alguns milagres: novos contextos surgem, revelando sentidos até então não pressentidos no Texto Constitucional. A Constituição é uma “obra aberta”, certamente mais familiar à linguagem dos poemas do que à dos programadores de computador.

Porém, essa abertura textual não conduz necessariamente ao delírio ou ao devaneio. Antes, é um instrumento necessário para a leitura da realidade multifária que nos envolve, neste país que tem toda uma universalidade dentro de sua singularidade e cuja história de formação não é igual à de nenhum outro povo.

Alguns aventureiros já exploraram esse território. Como nenhum outro, o Procurador do Estado e Professor José Afonso da Silva dedicou-se a conhecer e mapear o novo terreno inaugurado com a Carta de 1988. A ele dedicamos essa Revista, como tributo à sua vida de homem público, docente e – o que muito nos orgulha – Procurador do Estado. Com isso inauguramos um novo e salutar hábito em nossa Revista: celebrar os colegas que deram uma excepcional contribuição à Procuradoria Geral do Estado e à cultura jurídica de nosso país.

Armados da bússola e do sextante fornecidos por esse e por outros célebres navegadores do Direito Constitucional, vários destacados juristas – muitos deles integrantes da Procuradoria Geral do Estado – atenderam ao nosso convite, ousando lançar no pergaminho novas descrições dessa terra ainda ignota, por mais que explorada. Eles nos convidam a compartilhar suas descobertas, o que será para nós causa de grande enriquecimento, especialmente por saber que o território revelado corresponde a uma espécie de pátria, que tanto melhor será tratada, quanto mais a conhecermos.

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador Geral do Estado

HOMENAGEM – TESTEMUNHO A JOSÉ AFONSO DA SILVA

A Prefeitura de São Paulo projetou realizar uma obra viária de bom porte. Para isto, era necessário efetuar desapropriações. Os proprietários, naquele tempo, eram chamados a comparecer ao setor responsável, onde lhes era proposto um preço, a ser pago em trinta dias; se aceito, firmava-se a desapropriação por acordo. Um dos imóveis afetados por aquela obra pertencia a um senhor com idade avançada; a desapropriação atingiria a parte do imóvel em que estava sua casa, remanescendo cerca de metade do terreno sem edificação. Contatado o proprietário, veio a informação de que dificilmente sobreviveria à perda de sua casa. Como diretora do Departamento, transmiu a informação ao secretário. Uns dias após, estava prestes a ir ao imóvel para saber *in loco* a respeito do caso, quando recebo um telefonema do secretário; relatou-me que a empresa contratada para executar a obra aceitara construir, por sua conta, uma pequenina casa na parte do terreno sem edificação (tratava-se de uma grande construtora e a pequena casa não lhe traria ônus algum); desse modo, o senhor de idade ficaria praticamente no mesmo local. O proprietário anuiu, efetuou-se o acordo, recebeu a indenização, passou a morar no outro lado do mesmo terreno, e assim foi resolvido o problema. É uma típica situação em que o interesse público foi conciliado ao interesse particular, justamente numa das faces mais fortes do poder estatal – a desapropriação, mostrando a viabilidade, inúmeras vezes, da ponderação dos interesses. No caso, se havia, de um lado, o interesse público de realizar a obra viária para facilitar o acesso à região de inúmeros moradores, havia, de outro, uma vida humana, uma vida a preservar, o valor *vida* individualizado no proprietário. Seria mais simples somente passar o trator sobre a casa, dada a teórica prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Mas, o secretário de Negócios Jurídicos da Prefeitura era... José Afonso da Silva.

O episódio já revela muito sobre o jeito de ser de José Afonso da Silva. O exercício de vários cargos de alto escalão no Estado e Município de São Paulo não o revestiu de arrogância, de condutas temperamentais, de menosprezo aos subordinados, de uso indevido de veículos e bens em proveito

próprio. Ao contrário, sempre pautou de grande ética, correção e calma no tratamento aos subordinados, inclusive não aceitando as habituais maledicências ou pressões em favor ou desfavor deste ou daquele. Conta-se que ia sozinho, a pé, às proximidades de sua casa, para alguma compra, sem disso encarregar o motorista do veículo oficial, que o aguardava, pois se tratava de algo privado, alheio às funções do servidor.

Nem o indiscutível prestígio de que desfrutava no âmbito jurídico nacional e internacional, nem o êxito de suas obras, dentre as quais, o *Curso de direito constitucional positivo*, fez mudar este jeito de ser.

Primeiro conheci as obras de José Afonso da Silva. Ministrando aulas de Direito Municipal na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pesquisei em seus livros, sobretudo o *Manual do vereador, o prefeito e o município*. E com ele conversava episodicamente nos intervalos de aulas.

Em 1976, cumprindo créditos para o doutorado, me inscrevi na disciplina Direito Urbanístico, ministrada pela primeira vez em curso de pós-graduação, por iniciativa e sob a responsabilidade de José Afonso. Graduados em direito e graduados em arquitetura e engenharia (estes como alunos especiais) compunham a primeira turma. Não havia, então, livros sistematizados sobre a matéria. Os alunos anotavam e, mais no fim do semestre, José Afonso nos apresentava as aulas datilografadas, para extração de cópia xerográfica, visando ao preparo da prova escrita. Em 1981 foi publicada a primeira edição do seu livro *Direito urbanístico brasileiro*, o qual, de forma pioneira, trouxe a sistematização da matéria.

Dois anos depois, José Afonso me convidou para assisti-lo nessas aulas de Direito Urbanístico. Durante a sua ausência às aulas, devido à atuação em Brasília, nos trabalhos que levaram à promulgação do Texto de 1988, assumi a disciplina, por sua indicação. Mais tarde, José Afonso implantou na pós-graduação da Faculdade de Direito a disciplina Direito Ambiental, em que o assisti, igualmente; antes, ele já ministrava Direito Ambiental no curso de pós-graduação multidisciplinar em Ciência Ambiental da USP. Embora vários temas dessa matéria já constassem do curso e do livro de direito urbanístico, a crescente relevância da questão ambiental e o aumento da legislação a respeito, levaram à publicação do seu *Direito ambiental constitucional*.

Ao aposentar-se da Faculdade, José Afonso transferiu-me parte dos seus orientandos e, com a anuência do seu Departamento, as aulas da pós-graduação em direito urbanístico e direito ambiental. Não quis continuar sua atuação na Faculdade, pois, a seu ver, devemos nos preparar para todas as fases da vida. A distância física da Faculdade não afetou sua pujante produção jurídica e, mesmo, literária, visto ter efetuado atualizações de várias obras e ter publicado novas, a exemplo do precioso livro *a Faculdade e meu itinerário constitucional* (2007), com 640 páginas, em que relata sua trajetória de vida e de estudos, discorrendo ainda sobre seus professores e outros mestres da Faculdade, retratando uma época. O livro mostra, além do mais, os grandes obstáculos, de toda ordem, que enfrentou, e venceu, para realizar seus estudos e trilhar seu caminho humano e jurídico, sem queixumes, amarguras ou ressentimentos.

A distância física da Faculdade também não diminuiu em nada seu prestígio, numa clara prova de não depender da atividade numa instituição, nem de posições de mando para se projetar.

Na privilegiada convivência acadêmica de dezenove anos, e, hoje, na amizade de três décadas, me é possível testemunhar, nesta homenagem, a grandeza intelectual e, muito mais, a grandeza humana de José Afonso da Silva.

Odete Medauar

Professora Titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

IGUALDADE, ISONOMIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: CONQUISTAS E DESAFIOS DOS ÚLTIMOS VINTE ANOS

Cíntia Regina Béo¹

Sumário: 1 Introdução. A terminologia: igualdade ou isonomia? 2 Desenvolvimento da noção de igualdade sob o prisma histórico-jurídico 2.1 Considerações gerais 2.2 As influências franco-americanas no constitucionalismo moderno e na delimitação do princípio da igualdade. 2.3 As Constituições brasileiras. 3 Os desafios atuais do princípio da igualdade: a fragmentação e os estatutos. 3.1 Panorama geral da Constituição Federal de 1988. 3.2 Os desafios da igualdade e do tratamento isonômico na atualidade 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução. A terminologia: igualdade ou isonomia?

Igualdade e isonomia são termos que sempre se apresentam de forma muito próxima, causando uma primeira inquietação metodológica, a ser respondida antes mesmo de aprofundarmos o tema principal, que é a evolução da questão da igualdade/isonomia sob a vigência da Constituição Federal de 1988. Ao se tratar de igualdade/isonomia estar-se-ia diante de termos sinônimos? Ou apesar de similitudes, igualdade e isonomia seriam termos diversos com conteúdos específicos? Tal indagação não é estéril ou meramente acadêmica, considerando-se a força e a importância que a interpretação constitucional assumiu na vigência da Constituição Federal de 1988, sobretudo na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal.

¹ Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professora de direito constitucional e direitos humanos em cursos de graduação e pós-graduação. Assessora de Defesa da Cidadania da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo.

Consideramos que a interpretação constitucional possui um papel fundamental na consolidação de um sistema jurídico. Dar-se-á, por intermédio da interpretação constitucional, a harmonização de diferentes princípios e valores que coexistem em um sistema, que não se vale apenas de um sistema hierárquico e pré-ordenado, mas também de princípios com diferentes graus de concretização². No mesmo sentido da importância da interpretação, afirma-se que o sistema também se forma por meio da interpretação e da consideração dos elementos valorativos constantes das normas.³

Destarte, a precisão terminológica que se conseguir alcançar será fundamental para a interpretação dos termos apresentados e consolidará o sistema normativo constitucional, estabelecendo conteúdo aos vetores principiológicos que igualdade e isonomia evocam.

O estudo da terminologia não se descortina de forma consistente nos textos dos doutrinadores de direito constitucional. Frequentemente encontramos isonomia e igualdade sendo tratados como sinônimos, sem preocupação em estabelecer qualquer diferenciação.

Alguns exemplos podem ser trazidos à baila para demonstrar essa afirmação. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer em sua obra sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, que traz luzes à questão de forma lapidar, enuncia quais seriam os critérios de diferenciação que configurariam um desrespeito à isonomia⁴. Podemos destacar também José Afonso da Silva, que coloca as duas expressões como sinônimas:“(...) inscreveram o princípio da igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta a distinção de grupos.”⁵

² A respeito, ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 573.

³ A respeito, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 9. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72.

Poderíamos analisar vários outros textos doutrinários clássicos sobre direito à igualdade neste espaço, mas a conclusão seria a mesma, da utilização de ambos os termos, e com grande aproximação sinonímia. A única diferença que se afigura é que, em dados momentos, a igualdade, quando assegurada por um dispositivo legal, é referida como isonomia, enquanto o termo igualdade pretende-se mais genérico, a abarcar não somente o texto positivado, como o princípio geral. E nesse sentido temos as definições de De Plácido e Silva a respeito dos termos igualdade e isonomia:

“IGUALDADE. Do latim *aequalitas*, de *aequalis* (igual, semelhante), é indicativo da semelhança de caracteres ou elementos componentes de duas coisas. Assim a igualdade é a uniformidade de grandeza, de proporção, de extensão, de peso, de altura, enfim, de tudo que possa haver entre duas ou mais coisas. (...) *Igualdade* é a designação dada ao princípio jurídico instituído constitucionalmente, em virtude do qual todas as pessoas, sem distinção de sexo ou nacionalidade, de classe ou posição, de religião ou de fortuna, têm perante a lei os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Mas, pela instituição do princípio, não dita o direito uma igualdade absoluta. A igualdade redundando na igual proteção a todos, na igualdade das coisas que sejam iguais e na proscrição dos privilégios, isenções pessoais e regalias de classe, que se mostrariam desigualdades. Desse modo, a igualdade é perante a lei e perante a justiça, para proteção ou castigo, para a segurança de direitos ou imposição de normas coercitivas.

ISONOMIA. Na terminologia jurídica, exprime a igualdade legal para todos. E assim, assinala o regime que institui o princípio de que ‘todos são iguais perante a lei’ em virtude do que, indistintamente e em igualdade de condições, todos serão submetidos às mesmas regras jurídicas. *Isonomia*. Assinala, ainda, o sistema que estabelece serem dois ou mais Estados dirigidos e governados pelas mesmas leis.”⁶

Assim, podemos concluir em um primeiro momento que o termo igualdade pode ser utilizado de forma técnico-jurídica ou não, enquanto que isonomia é um termo de menor amplitude, que exprime uma igualdade

⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 11. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 405 e 525.

reconhecida pelo sistema jurídico. A própria etimologia do termo isonomia exprime que estamos diante de uma situação em que não temos necessariamente situações ou fatos iguais, mas aplicamos a mesma previsão legal, por isonomia, já que temos a mesma, a igual (*iso*) norma ou dispositivo legal (*nomos*) incidindo sobre o caso.

Ou seja, enquanto o término *igualdade* é muito mais amplo, por se referir a situações que não devem ser diferenciadas, *isonomia* é um termo mais restrito, aplicado à igualdade formal, de previsão legal incidente sobre fatos diversos. Enquanto na menção à igualdade é subjacente um reconhecimento de uniformidade de algum fator, de alguma questão que merece o mesmo tratamento, a isonomia é muito mais técnica, pela imposição de um determinado regime jurídico, a fatos ou situações que se encontram sob sua égide.

Sob essa perspectiva, não causa nenhum espanto a análise que se efetua do texto constitucional vigente. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a terminologia utilizada é igualdade, não havendo qualquer menção à isonomia.

A igualdade é invocada das mais diferentes formas no texto constitucional, seja pelo próprio termo *igualdade*, ou por termos que derivam da mesma raiz etimológica (igual, iguais, igualmente, igualitário) ou por repelir a incidência de seu antônimo, a desigualdade. No entanto, podemos identificar dois usos frequentes e significativos, em termos de interpretação do texto constitucional.

O primeiro deles é para enunciar princípios gerais ou específicos, como a igualdade desacompanhada de maiores especificidades, como valor maior de todo o texto constitucional e dos direitos fundamentais (preâmbulo e art. 5º, *caput*), o respeito à igualdade entre os Estados como princípio das relações internacionais (art. 4º, inc. V), a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inc. I e art. 226, § 5º), a igualdade entre trabalhadores com vínculo empregatício e trabalhadores avulsos (art. 7º, inc. XXXIV), o valor igual do voto para todos (art. 14, *caput*), a igualdade entre licitantes (art. 37, inc. XXI), a universalidade e o igual direito de todos à saúde (art. 196, *caput*) e à educação formal (art. 206, inc. I), a igualdade processual que deve ser respeitada quando adolescentes forem acusados de prática de

atos infracionais (art. 227, § 3º), ou mesmo a proibição de tratamento diverso para contribuintes que se encontrem em situações equivalentes (art. 150, inc. II), entre várias outras previsões.

Nesse mesmo sentido se encontra empregado o termo *desigualdade*, com o enunciado de que constitui-se em um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º e inc. III), repetida em outras passagens constitucionais, como na definição de parâmetros para a atividade financeiro-orçamentária (art. 165, § 7º).

O segundo sentido vem a se referir à simples correspondência, similaridade, a mesma duração de um mandato eletivo (art. 32, § 3º), a previsões que valem para um mesmo período (art. 37, inc. III), pensões de igual valor (art. 40, § 7º), incentivos fiscais de igual valor (art. 43, inc. I), a mesma duração de um prazo de vigência por prorrogação das medidas provisórias (art. 62, §§ 2º e 7º), por exemplo, dentre tantas menções possíveis que se poderia fazer com relação ao texto constitucional.

Resta claro que a Constituição Federal vigente consagra a igualdade em determinados momentos, pois aplica o mesmo tratamento para pessoas ou situações equivalentes, ou estabelece como uma forma de justiça o mesmo tratamento jurídico para situações que, diversas, apresentam similitude e pedem tratamento indistinto, como o caso dos trabalhadores avulsos e dos trabalhadores com vínculo empregatício. A norma constitucional traz isonomia entre trabalhadores em situações diversas que, no entanto, apresentam algum ponto em comum, ainda que este seja tão somente a condição de trabalhador. Ao mesmo tempo, ao estabelecer que o acesso é universal a todos, sem qualquer discriminação, aos serviços de saúde e de educação, o constituinte reconhece que todos são iguais e merecem as mesmas oportunidades.

Outro exemplo é a igualdade de condições entre licitantes, estabelecida pelo artigo 37, inciso XXI do texto constitucional. Seguramente, os concorrentes dentro de uma licitação não provêm de um contexto fático igual, mas devem ser tratados de forma igual e imparcial pelo Estado, razão pela qual estamos diante de uma isonomia (igualdade de tratamento) estabelecida por uma previsão constitucional.

Assim, podemos concluir que há uma sutil diferença entre *igualdade* e *isonomia*. Se ambas estão a concretizar a justiça, a primeira provém de uma real igualdade ou similitude, enquanto a segunda surge da constatação que determinadas situações, ainda que diversas, devem ter o mesmo tratamento jurídico, por alguma razão subjacente, a fim de se concretizar um ideal de justiça. Todavia, essa distinção não deve ser fator impeditivo e sim ampliativo do gozo das liberdades e direitos fundamentais que a Carta da República apresenta. Por essa razão, a sinonímia não deve ser aplicada com finalidade redutiva, mas ser aceita sempre que ampliar o espectro da igualdade prevista no texto constitucional.

2 Desenvolvimento da noção de igualdade/isonomia sob o prisma histórico-jurídico

2.1 Considerações gerais

Superada a questão terminológica, ainda se afigura tarefa extremamente árdua conceituar a igualdade e estabelecer seu trajeto evolutivo, para relacioná-la às previsões identificadas como isonomia. A igualdade, em si, não se sustenta como conceito. É sempre um conceito referenciado ou relacional, não é um conceito autossuficiente. Sempre que se questiona a respeito da igualdade, seguir-se-ão, no mínimo, mais duas perguntas: O que é igual? Quem é igual?⁷ Ademais, será necessário dar o enfoque correto ao que se pretende pesquisar e conceituar. Seria o objetivo conceituar o princípio da igualdade? A regra da igualdade? A igualdade positivada ou isonomia? O conceito jusfilosófico de igualdade?

Como o escopo deste trabalho é a igualdade positivada na Constituição Federal de 1988 e seus reflexos, a análise se dará na evolução histórica tendente ao constitucionalismo e à positivação da igualdade.

Um dos primeiros relatos seguros sobre a igualdade, ainda que de forma bastante singela (pela proibição de tratamentos privilegiados) teria sido a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., que na Tábua IX diz que a lei não deveria estabelecer privilégios. No entanto, no escopo proposto, há que se

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 197. p. 63.

examinar os conceitos de igualdade que embasaram o pensamento iluminista do século XVIII que positivou a igualdade perante a lei.

É possível afirmar que o conceito de igualdade do qual se vale o movimento constitucionalista deita suas raízes no pensamento ocidental. Outras múltiplas perspectivas são abertas em relação à questão da igualdade. Porém, o pensamento oitocentista, que fundou as bases do constitucionalismo e das primeiras declarações de direito, tem como origem mais remota o pensamento e as práticas da Antiguidade clássica (sobretudo dos escritos aristotélicos), influenciado pela doutrina cristã que se desenvolveu por pensadores da Idade Média (iniciando em Santo Tomás e Santo Agostinho e se consolidando com as encíclicas papais mais recentes e que fomentaram a discussão sobre os direitos sociais).

Apesar dessas origens, a preocupação com a universalidade da igualdade é hodierna. Compreenda-se a expressão universal, aqui empregada, como sendo aquilo que alcança a todos os membros de uma determinada sociedade, delimitada temporal e espacialmente. É possível verificar que na Antiguidade romana ou mesmo após as declarações de direitos do século XVIII e do advento do constitucionalismo, alguns grupos sociais ficaram à margem do tratamento igual que deveria ser dispensado a todos. Assim ocorreu em relação aos escravos, aos negros, às mulheres, às pessoas com deficiência e tantos outros grupos sociais que atualmente se articulam, em um esforço para superar as desigualdades forjadas desde os primórdios da civilização ocidental.

Essa evolução do conceito de igualdade relaciona-se, outrossim, com a conceituação da liberdade. A preocupação inicial deu-se com uma forma de liberdade, a de exercício político, considerada como a *liberdade dos antigos*, que reflete uma visão e um exercício da igualdade, contraposta ao conceito de *liberdade dos modernos* (entendidos como modernos os artífices do constitucionalismo e das revoluções burguesas do século XVIII). No alvorecer do constitucionalismo, a preocupação foi com a liberdade na esfera individual de ação, eclipsando a liberdade dos antigos e o interesse nos direitos de participação política. A mudança de visão reflete-se na forma como os modernos passaram a tratar a igualdade de início, ou seja, com um caráter nominalista ou meramente formal.

Como bem demonstra, no entanto, Pontes de Miranda⁸, as desigualdades não são atributos exclusivos da Antiguidade clássica. Ao tratar da igualdade e da liberdade, assevera que a história da conquista da liberdade em cada país é bem diversa. Já a história da conquista da igualdade é muito parecida, pois a divisão em classes, grupos e o estabelecimento de privilégios foi algo comum a inúmeros agrupamentos sociais.

Com o advento do Renascimento e do Iluminismo, associados a mudanças socioeconômicas e, sobretudo, à transição da economia feudalista para a capitalista, sob o signo do liberalismo, passaram a surgir as primeiras Constituições, que tratam especificamente da igualdade.

A razão pela qual a igualdade, como um dos direitos humanos, somente surgiu de forma institucionalizada no século XVIII, através das primeiras Constituições, é uma questão que vai além das influências dos escritores iluministas. As condições sociais existentes à época é que proporcionaram o florescimento dos direitos humanos no Ocidente, conforme preleciona José Damião de Lima Trindade⁹. Seriam tais condições a mão de obra escassa em razão da dizimação da população europeia pela peste bubônica, a formação dos burgos habitados por pessoas livres, florescendo o pequeno comércio, e o avanço do capitalismo.

No mesmo sentido o pensamento de Marcelo Campos Galuppo¹⁰, que assevera que a modernidade adota a fórmula da igualdade em razão de fatores históricos, como a reforma protestante, a revolução científica e a emergência do capitalismo, que propiciaram a separação da ordem jurídica da ordem religiosa e do direito da moral.

Especificamente sobre a questão da igualdade em relação à ideia de Constituições antigas e modernas, a igualdade que restou consagrada foi a igualdade impregnada da ideologia liberal, que caracterizou o constitucionalismo moderno.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*, cit., p. 132.

⁹ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998. p. 24-25.

¹⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 27.

Primeiramente, a absoluta igualdade entre todos os cidadãos. O governo tem por fim o interesse de todos, e não de uma oligarquia. Nas questões particulares, todos são iguais perante a lei. No manejo dos negócios públicos, não tem privilégio a situação social nem a fortuna: é o valor próprio dos indivíduos, pobres ou ricos, que lhes concede influência. Essa igualdade é essencialmente liberal.¹¹

A função das Constituições modernas, em sua gênese, era precipuamente garantir os direitos do homem contra o arbítrio do Estado. Ao limitar o poder, estruturar como ele viria a ser exercido, já se saía da esfera do arbítrio.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a analisar a positivação do princípio da igualdade, iniciada no século XVIII e consolidada no século XIX, dentro do constitucionalismo moderno, das revoluções conhecidas como *burguesas* e dos principais documentos editados à época, quais sejam a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América, com o seu *Bill of Rights* e as Declarações de Direitos editadas durante a Revolução Francesa.

2.2 As influências franco-americanas no constitucionalismo moderno e na delimitação do princípio da igualdade

Até o advento da independência e a consolidação da Constituição americana, todas as treze colônias tiveram cartas coloniais com previsões de direitos e deveres em relação ao Rei da Inglaterra. Essas cartas coloniais, a princípio, se pareciam muito com a Magna Carta, sobretudo as primeiras, outorgadas na segunda metade do século XVII (1650-1700). Possuíam caráter pouco genérico e bastante situacional, estabeleciam algumas instituições públicas, como a figura do governador, mas ainda de forma muito rudimentar.

No entanto, as colônias passam a editar internamente suas leis, independentemente da submissão ao trono inglês. O ato normativo mais importante desse período, no que diz respeito aos direitos fundamentais, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776.

¹¹ CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. 2. ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT. Brasília: Senado Federal; Centro de Estudos Estratégicos; Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 29. (Coleção Leituras sobre a Cidadania, v. 2).

Editada pouco antes da Declaração de Independência, essa *Bill of Rights* em muito se parece com o que viria a ser a Declaração Francesa, alcançando um notável grau de abstração e generalidade. Várias outras colônias adotaram até o final daquele ano de 1776 uma declaração, já que as colônias se tornaram países independentes e somente após a formação confederativa viriam finalmente a se tornar um único país.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia – talvez a primeira declaração de direitos no sentido que entendemos modernamente – contempla vários direitos que constariam tanto da Declaração de Independência, como da Constituição americana. Reconhece as liberdades públicas e, sobretudo, declara na Seção I que todos os homens, por natureza, eram igualmente livres e independentes, dotados de certos direitos inerentes a essa condição, que não lhes podem ser retirados, após terem adentrado a vida em sociedade. Na seção IV, há uma vedação de privilégios, o que pode ser entendido como corolário do princípio da igualdade.¹²

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América não tardou a ocorrer e não discrepou dessa noção de direitos naturais e inalienáveis do homem que naquela circunstância estavam sendo declarados.

Dentre as verdades declaradas autoevidentes, os *founding fathers* da América colocaram a igualdade em primeiro lugar, afirmando que “*all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*”¹³. Por serem todos iguais, à imagem e semelhança do Criador, todos deveriam desfrutar de certos direitos, dentre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

No tocante à igualdade, é interessante notar que apesar de ser estatuída através de uma fórmula genérica, jusnaturalista, de inspiração religiosa (o fundamento da igualdade está em haverem todos sido criados por uma entidade superior: o Criador), a universalidade cai em contradição com o próprio texto da Declaração.

¹² A respeito da Declaração ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

¹³ GRAFTON, John (Ed.). *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History 1775-1865*. New York: Dover Publications, 2000. p. 6-7.

No rol de atos considerados injustos e despóticos do Rei da Grã-Bretanha, que motivariam a independência das treze colônias, no último a ser exposto encontra-se a relação entre os índios e os colonizadores. Afirmar-se na Declaração que: “*He has excited domestic insurrections amongst us, and has endeavoured to bring on the inhabitants of our frontiers, the merciless Indian Savages, whose known rule of warfare, is an undistinguished destruction of all ages, sexes and conditions.*”¹⁴

Posteriormente, iniciou-se o debate no Congresso da Filadélfia, que viria a dar origem à Constituição americana, e que se desenvolveu de forma muito acirrada, em inúmeros aspectos. Dos poderes da União à forma de representação dos Estados no Congresso Nacional, muitos aspectos se tornavam polêmicos, pois envolviam a limitação do poder e sempre pairava a sombra de uma forma de poder concentrado ou despótico, como havia sido o domínio da Grã-Bretanha, e do qual queriam tanto fugir os novos Estados americanos.

O texto final, em razão da ideia de se ter uma Constituição política, ou mesmo porque alguns dos participantes da assembleia consideravam que as declarações de direito deveriam ser objeto de discussão pelos Estados membros da Federação, não continha originalmente uma declaração de direitos.

Apesar de não conter uma declaração de direitos, a Constituição norte-americana previa, desde seu texto original, no artigo I, seção 9, alguns direitos. Eram eles: a igualdade, ainda que prevista de forma incipiente, consistindo apenas na proibição de concessão de títulos de nobreza; a ir-retroatividade da lei penal; o devido processo legal, aplicado aos casos criminais, não havendo decreto condenatório sem o devido julgamento prévio; e a garantia do *habeas corpus*.

Terminados os trabalhos constituintes em 1787, era necessária a ratificação por pelo menos nove dos treze Estados, para que o texto entrasse em vigor, o que ocorreu em junho de 1788. No entanto, alguns Estados

¹⁴ “Ele tem incitado a insurreição entre nós, e empenha-se a trazer os habitantes de nossas fronteiras, os cruéis Índios Selvagens, cuja regra conhecida de guerra é a destruição indistinta de pessoas de todas as idades, sexos e condições.” (GRAFTON, John (Ed.), *The declaration of independence and other great documents of american history 1775-1865*, cit., p. 8. Nossa tradução).

resistiram, justamente os mais populosos (Virgínia e Nova Iorque). Temia-se que sem a adesão desses Estados, a Constituição não fosse eficaz. Daí a intensa publicação de artigos pró-federalismo nos jornais de Nova Iorque que, posteriormente reunidos, deram origem aos *Federalists papers* ou à obra *O federalista*.

Cinco Estados ratificaram a Constituição, sob a condição de que fosse passada uma declaração de direitos. E a Virgínia, exatamente pela influência de sua declaração, não ratificou de imediato a Constituição. Em razão das manifestações pró-declaração de direitos, quando o Congresso norte-americano se reuniu pela primeira vez, o assunto de ordem, o primeiro a ser tratado, foi exatamente emendar a Constituição para conter uma declaração de direitos. E assim foram aprovadas, em 1791, as dez primeiras emendas, que constituem a declaração de direitos ou o *Bill of Rights* da Constituição americana.

Nenhuma das dez emendas contempla a igualdade de forma explícita, como inscrita na Declaração de Independência. Entretanto, em nenhum momento se afirma a inexistência do direito à igualdade. Mas não se pode negar que, ao não se prever uma disposição genérica de igualdade, abriu-se espaço para a discussão das questões relativas aos escravos, posteriormente em relação aos negros, às mulheres e aos próprios nativos indígenas, que eram tidos como inimigos e, portanto, não estavam sob nenhuma proteção.

Se na América a revolução sucedia para estabelecer um país independente e sua Constituição, na Europa a situação era um pouco diversa. Vindos de um período de monarquias absolutistas, que asseguravam ao soberano o poder total, advindo, muitas vezes, de um poder divino, e de uma estrutura predominantemente feudal, os países da Europa, em especial a França, passaram pelas transformações ocorridas na América de forma diversa.

A França é o ponto de partida para o estudo da positivação dos direitos fundamentais e do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, por ter sido precursora no pensamento e nas realizações, com a Declaração de Direitos de 1789 e com o movimento constitucional que se estenderia por toda a Europa e também pelos países que deixam de ser colônias e se declaram independentes, como o Brasil.

A Revolução Francesa, que pretendia derrubar o antigo regime e substituir a monarquia pela república, iniciou-se em 1789, ano em que a França faz sua primeira Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Diferentemente da declaração americana ou de seu *Bill of Rights*, a declaração francesa pretendia-se universal. Entenda-se que esse espírito diverso dava-se pelas circunstâncias históricas. Enquanto o espírito prático e casuístico prevalecia nos Estados Unidos da América, buscando uma solução jurídica para os problemas enfrentados pelas treze ex-colônias, a Revolução Francesa é resultado do pensamento advindo de uma razão abstrata, daí a facilidade muito maior de se transpor o modelo francês do que o americano.

Após a queda da Bastilha e antes do conturbado processo de elaboração da Constituição francesa de 1791, o processo de positivação dos direitos fundamentais se iniciou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Em seu preâmbulo, a Declaração francesa afirma que sua função é impedir o esquecimento de direitos que possuem origem natural. Ou seja, tal qual a visão americana, os direitos são preexistentes e a função de tais documentos é apenas declará-los. Diferentemente da invocação divina ou da inspiração do Criador, a Declaração francesa tende a ser mais laica em seu texto¹⁵, em razão das próprias circunstâncias históricas – a Revolução Francesa demandava uma separação entre Estado e Igreja, sobretudo no que tangia à fundamentação divina do poder real.

No tocante ao princípio da igualdade, que nos interessa de perto, temos que o próprio preâmbulo da declaração nega quaisquer privilégios ou foros de nobreza, com a finalidade de abolir a sociedade estamental existente. Sendo o próprio movimento revolucionário fundado na liberdade, na igualdade e na fraternidade, o artigo primeiro consagra a fórmula geral da igualdade: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”¹⁶

¹⁵ Se verificarmos o próprio preâmbulo, ele ainda invoca a proteção do Ser Supremo, sem, no entanto, recorrer à fórmula da igualdade com base na criação divina.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154.

Estando em vigor a Declaração de 1789, a Constituição francesa de 1791 pouco evoluiu em matéria de igualdade. Além do preâmbulo, não há qualquer outra menção à igualdade. Talvez digna de nota somente a acessibilidade a todos aos cargos públicos, por suas virtudes e talentos, o que exclui a ideia de privilégio. No entanto, período curto seria de vigência da Constituição de 1791. Com a revolta jacobina, a prisão do monarca Luís XVI e sua conseqüente condenação à morte, a república instaurou-se de forma revolucionária, sendo o novo governo marcado como sendo de ano I (1793) e feita uma nova Constituição, que se adaptava aos novos moldes de estruturas políticas desejadas (republicanas), o que não impediu que o período seguinte fosse conhecido como *Terror*, em razão das constantes execuções.

A primeira Constituição republicana francesa tem em seus primeiros artigos a declaração de direitos, sendo o preâmbulo da Constituição de 1793 praticamente o mesmo da Declaração de 1789. Porém, melhorou-se a técnica e a enunciação dos direitos fundamentais. Assim, os artigos 1º, 2º e 3º da declaração de direitos (que consiste na primeira parte da Constituição republicana) formam a declaração de igualdade.

Com a previsão de que a vida em sociedade é destinada à conquista da felicidade, seria obrigação dos governos respeitar os direitos naturais e imprescritíveis do homem, que seriam a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade. Para terminar a enunciação, considerava todos os homens iguais em natureza e perante a lei. Era mantida a igual acessibilidade aos cargos públicos, pelos méritos de quem os pleiteasse.

Aos poucos, os jacobinos foram perdendo poder e até mesmo sendo executados pelo próprio líder Robespierre. Ao final, Robespierre também seria executado, em razão de seus atos, fazendo com que uma nova Constituição (chamada Constituição do ano III) fosse adotada em 1795.

A Constituição de 1795 mantém a república e a estrutura constitucional anteriores: a Constituição política era precedida de uma declaração de direitos. A forma de enunciar a igualdade é diversa nessa Constituição, como dispõe o artigo 3.º de sua declaração de direitos: “A igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja,

quer puna – a igualdade não admite distinções de nascimento, nem hereditariedade de poderes.”¹⁷

Do período revolucionário francês, resta a Constituição de 1799 para análise. Ela representa a instituição do *diretório*, uma forma de governo muito parecida com o parlamentarismo, assentada em um parlamento bicameral. Não era digna de nota em matéria de direitos fundamentais, pois não possuía uma declaração de direitos como as demais Constituições. Ainda era possível, no entanto, invocar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No entanto, sua existência e vigência foram breves, em razão da ascensão ao poder de Napoleão Bonaparte, que viria, em 1804, a restabelecer a monarquia na França.

2.3 As Constituições brasileiras

A Constituição Política do Império de 1824 é uma Constituição liberal e a declaração de direitos nela contida reflete o espírito da época. Considerando-se que, em geral, o primeiro artigo ou *caput* do artigo que introduz uma declaração de direitos traz em si os valores ou princípios norteadores de todo o texto que se segue, podemos licitamente concluir que os valores adotados pelo constituinte foram a liberdade, a propriedade e a segurança individual. São esses que constam explicitamente do *caput* do artigo 179 da Constituição de 1824, como “base dos direitos civis, e políticos dos Cidadãos Brasileiros”.

A igualdade não é mencionada no *caput* do artigo 179, somente sendo enunciada no inciso XIII, com uma redação voltada somente para a igualdade perante a lei. A técnica utilizada não se vale do exemplo das declarações de direito e das Constituições já existentes, nem proclama que “todos são iguais perante a lei”. A seu turno, a Carta de 1824 enunciou de forma diversa o princípio da igualdade, prescrevendo que a lei deve ser “igual para todos, quer proteja, quer castigue, recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

¹⁷ Veja-se que tal fórmula foi adotada em sua quase integralidade na Constituição brasileira de 1824, discutida a seguir.

Ainda em relação à igualdade, o texto de 1824, consagrando a ideia de igualdade formal, prescreve no artigo 179, inciso XVI, que não haveria privilégios, com exceção daqueles destinados a cargos públicos e considerados essenciais. Outrossim, veda a existência de foro privilegiado no artigo 179, inciso XVII. Por fim, determina que o acesso aos cargos públicos é igual para todos (art. 179, inc. XIV), sendo que cada um deverá apenas demonstrar sua virtude e seu mérito.

Forçoso ressaltar, entretanto, que Pimenta Bueno, escrevendo sobre a Constituição Imperial, analisa a questão da igualdade e encontra-se muito à frente de seu tempo, preocupando-se com uma igualdade material, pois ao classificar a Constituição de 1824 como liberal, sem qualquer intervenção do Estado, reclama que eventuais intervenções se fariam necessárias, pois havia incontestáveis desigualdades de fato a serem combatidas.

“Não concluiremos esta secção de igualdade legal sem recordar que os esforços da civilização actual se empenhão, quanto podem, por diminuir a horrivel desigualdade material que mormente em alguns paizes tanto abate uma porção da humanidade. É uma desgraça e um perigo ver ao lado de uma opulência espantosa e gozos e luxo requintados uma multidão de seres humanos na miséria! sem um só gozo, sem esperanças! será isso compativel por muitos tempos com a manutenção tranquilla do Estado? As grossas sommas que elle gastará para entreter forças repressoras não serão mais bem applicadas em melho- ras destas tristes condições? É um dos fructos dos governos absolutos, dos erros e injustiças do passado, da instituição da diversidade de castas, do feudalismo, da desigualdade dos impostos, da escravidão e do consequente pauperismo! Os meios desse melhoramento estão no pensamento e esforços da civilização; cumpre que a legislação e os governos illustrados por virtude e precisão os auxiliem o quanto possão com um princípio fixo e progressivo.”¹⁸

Com a proclamação da República e a consequente elaboração de um novo texto constitucional, houve a introdução da fórmula genérica “todos

¹⁸ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuv, 1857. p. 84.

são iguais perante a lei” no texto do artigo 72, parágrafo 2º da primeira Constituição Republicana.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 inovou o regime político, substituindo a monarquia pela república e o Estado unitário pelo Estado federativo. Entretanto, em matéria de igualdade, pouco ou nada avançou.

Como referido acima, a Constituição da República adotou o princípio genérico da igualdade perante a lei e, em reação à organização monárquica, afastou os títulos nobiliárquicos ou quaisquer foros de nobreza. Entretanto, a igualdade ainda não foi alçada a princípio norteador da república. Continuaram sendo princípios em matéria de direitos fundamentais a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Na Constituição de 1934, a igualdade foi enunciada de forma totalmente diversa das Constituições anteriores. Em que pese não estar no *caput* do artigo 113, que privilegia como valores fundamentais a liberdade, a subsistência, a segurança individual e a propriedade, a igualdade está estatuída logo no item 1 do referido artigo 113, de forma bastante circunstanciada, proibido os privilégios e as distinções, das mais diversas formas.

Entretanto, vida curta esperava a Constituição de 1934, substituída pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

A Constituição de 1937, fruto de um conturbado período político nacional, e vigente durante um período igualmente instável no âmbito internacional, representa uma involução em vários aspectos, em comparação à sua antecessora mais próxima, a Constituição de 1934.

Enquanto a Constituição de 1934 adotava um texto mais minucioso, proclamando a igualdade de todos perante a lei e vedando discriminações em relação ao sexo, à cor, à raça ou a outras formas discriminatórias, o artigo 122, item 1 da Constituição de 1937 vale-se tão somente da genérica e estéril forma “todos são iguais perante a lei”. No próprio artigo referido, item 3, proclama-se igual acessibilidade a todos os brasileiros aos cargos públicos, sendo também retirada do texto a vedação à discriminação de qualquer espécie.

Com a redemocratização do país em 1945, era necessário elaborar uma nova Constituição. Além disso, a vigência do texto constitucional de

1937 era colocada em dúvida, em razão da não aplicação da própria Constituição e da edição de várias leis constitucionais editadas pelo Presidente da República.¹⁹

Em verdade, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 resgatou alguns valores introduzidos pela Constituição de 1934 (a primeira Constituição brasileira a consagrar direitos sociais) e que haviam sido suprimidos na Constituição de 1937, ou simplesmente não se haviam tornado efetivos diante do período ditatorial durante o qual ela vigorou.

O artigo 141, que introduz a declaração de direitos da Constituição de 1946, não contempla em seu *caput* a igualdade como um valor vetor dos direitos fundamentais. Entretanto, a Constituição de 1946 aponta para algumas alterações na visão de direitos fundamentais, incluindo, junto aos tradicionais valores da liberdade, segurança e propriedade, a inviolabilidade do direito à vida.

No tocante à igualdade, seu enunciado na Constituição de 1946 não mantém as inovações da Constituição de 1934. Mesmo depois de superado o período de vigência da Carta de 1937, a fórmula nominalista foi introduzida no artigo 141, parágrafo 1º, proclamando a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer menção às formas de discriminação.

Da mesma forma foi tratada a questão em relação à acessibilidade aos cargos públicos. Os cargos públicos seriam acessíveis a todos os brasileiros que preenchessem os requisitos legais, nos termos do artigo 184, sem qualquer menção à impossibilidade de distingui-los em função de fatores como sexo e estado civil, como previsto pela Constituição de 1934.

A grande temática da Constituição de 1967 foi novamente a segurança nacional. Com essa preocupação, tanto no campo político, como no tributário, houve uma forte concentração dos poderes na figura da União. Certamente, diante dessas ponderações, queda-se dificultosa a tarefa de estudar a igualdade, quando o foco institucional era completamente diverso. Sobremaneira prejudicado se torna o estudo da Carta de

¹⁹ A respeito da vigência da Constituição de 1937, ver: PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 4); e BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. 9. ed. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2008.

1967, quando é considerada questão facilmente constatável: sua curtíssima vigência.

Sem se indagar sobre a natureza jurídica da Emenda Constitucional n. 1, de 31 de outubro de 1969, se expressão do poder constituinte derivado ou se início de uma nova ordem constitucional, por expressão do poder constituinte originário, é fato inegável que o texto original de 1967 teve curtíssima vigência, e, portanto, restrita possibilidade de repercussão jurídica.

Apesar de tais vicissitudes, examinaremos o texto original da Constituição de 1967 e o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, devido às relevantes diferenças existentes.

No texto de 1967, a igualdade genérica estava prevista no artigo 150, parágrafo 1º. Não se encontrava, como ocorreu nos demais textos constitucionais, no *caput* do artigo, sendo certo que os valores inspiradores dos direitos fundamentais são a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade.

Entretanto, o artigo 150, parágrafo 1º, da Constituição de 1967 prevê a igualdade genérica de todos perante a lei, retomando a redação que veda qualquer espécie de discriminação, tendo, dentre outros fatores, o sexo, o credo religioso e a raça. Ou seja, toda vez que o constituinte emprega tal redação, há uma admissão expressa da existência de desigualdades que podem e devem ser combatidas.

Com relação à acessibilidade aos cargos públicos, não há qualquer menção específica para que não houvesse discriminações em razão de qualquer fator, mantendo-se a redação generalista de que os cargos públicos eram acessíveis a todos, igualmente, desde que preenchessem os requisitos legais (art. 95, *caput*).

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969, como já referenciado, transformou profundamente o texto da Constituição de 1967, desde o próprio nome da Constituição, alterado para “Constituição da República Federativa do Brasil”, passando pela incorporação de todos os atos institucionais até então editados, e, por fim, modificando o conteúdo dos dispositivos constitucionais, agora renumerados.

A igualdade foi enunciada sem qualquer diferença em relação ao texto original da Constituição Federal de 1967, passando apenas a constar do artigo 153, parágrafo 1º, havendo menção às formas de discriminação, como sexo ou cor. Da mesma forma que não constou do *caput* do artigo 150, a igualdade também não foi introduzida como princípio ou valor determinante no *caput* do artigo 153, que contempla a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade. Ou seja, a importância da igualdade somente viria a ser reconhecida expressamente no texto da Constituição Federal de 1988.

Certamente, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, não daria conta das modificações que estariam por vir.

3 Os desafios atuais do princípio da igualdade: a fragmentação e os estatutos

3.1 Panorama geral da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em comparação às suas antecessoras, é a mais ampla em termos de igualdade e tratamento isonômico. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem constitucional no artigo 1º, inciso III, é basilar para se entender que o atual texto constitucional nasce sob o signo da igualdade.

Ainda que se tenha que o conceito de dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, que deverá sempre ser atualizado e concretizado, não se sustenta que tenha um significado sempre cambiante, mas que sua extensão esteja sempre em constante construção, aperfeiçoamento e desenvolvimento, através da práxis constitucional. Como são várias as formas pelas quais a dignidade da pessoa humana pode ser concretizada, nesse ponto podemos enfatizar as correntes hermenêuticas relacionadas à noção de direitos fundamentais.

Assim, podemos vislumbrar na dignidade da pessoa humana a ideia de unificação ou de síntese dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana sintetiza e ao mesmo tempo serve de vetor hermenêutico para a interpretação de todos os dispositivos constitucionais. E, por meio do reconhecimento dessa dignidade, a mais radical igualdade, de que todos os

seres humanos, independentemente de quaisquer circunstâncias, são dotados de iguais direitos.

Se não bastasse o princípio da dignidade da pessoa humana, são objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incs. III e IV). A redução das desigualdades sociais e regionais também é prevista no texto constitucional como princípio da ordem econômica brasileira e financeira (art. 170, inc. VII).

Mais do que retórica, simplesmente por fazer constar do texto constitucional tais objetivos e por consagrar a dignidade da pessoa humana, há um reconhecimento de que a sociedade brasileira era (e em certa parte ainda é) extremamente desigual e a norma fundamental busca superar essa vulnerabilidade histórica.

A igualdade alcança sua previsão mais ampla. Além da igualdade formal prevista no artigo 5º, *caput*, pelo qual todos são iguais perante a lei, há inúmeras previsões tendentes à realização da igualdade material, inúmeros preceitos consagram a igualdade material, dispondo sobre pessoas que merecem tratamentos distintos ou direitos que devem alcançar a universalidade.

No tocante às pessoas ou grupos que possui direitos iguais, mesmo que para isso necessitem de tratamento diverso, podemos trazer como exemplo latente o tratamento dispensado a homens e mulheres. Logo no artigo 5º, inciso I, prevê-se de forma expressa a igualdade entre os sexos nos termos da Constituição Federal, medida pedagogicamente necessária e, do ponto de vista jurídico, importante para não deixar dúvidas sobre os limites e a extensão dessa igualdade, que permeia todo o texto constitucional, passando pelas relações de trabalho e de família. Ainda assim, a função social da maternidade não foi contemplada de forma completa e a mulher somente se incorpora às Forças Armadas de nosso país de forma voluntária em tempo de paz, ou compulsória em tempo de guerra.

A criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos, com tutela específica nos artigos 227 e 228 do texto constitucional, o que é uma

modificação profunda dos padrões anteriores²⁰. Infância e adolescência, diferentemente do que é preconizado na atualidade, eram consideradas fases da vida que somente poderia ser plena na condição de adulto. No Brasil, antes do tratamento preconizado pela Constituição Federal de 1988, o termo menor era utilizado, e inicialmente servia apenas como critério da diferenciação daqueles que seriam ou não submetidos a punição criminal. Ou seja, o menor é aquele que não pode ser submetido à legislação penal comum por ter seu desenvolvimento incompleto. E o termo passou a ter ampla utilização, criando-se, até mesmo, a Funabem (Fundação de Assistência e Bem-estar do Menor), já durante o Governo Vargas.

Posteriormente, além de marco da imputabilidade penal, a menoridade passou a ser parâmetro para tutela, caso o menor se encontrasse em situação irregular, o que era o norte do Código de Menores. A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, na qual foi consagrado o princípio norteador de todas as ações voltadas para a infância, do “interesse superior da criança”, ou “o melhor interesse da criança”, traduções da expressão original “*the best interest of the child*” veio a se consolidar no texto da Constituição Federal de 1988, que reconhece a prioridade e a proteção especial.

No que tange às pessoas com deficiência, o texto constitucional foi bastante econômico, se limitando às barreiras arquitetônicas e à acessibilidade física (arts. 227, § 2º e 244). No entanto, felizmente, com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a tutela dos interesses das pessoas com deficiência, com embasamento constitucional, tem sido frequentemente utilizada, com avanços significativos. Mais recentemente, o Brasil aderiu à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e, considerando-se a redação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, em razão da Emenda Constitucional n. 45/2004, tem-se *status* constitucional de suas previsões.²¹

²⁰ Não se pode olvidar da etimologia do termo infância, pois *infans* significa aquele que não tem voz ou palavra.

²¹ A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), no dia 3 de dezembro de 2006, e assinada pelo Brasil no dia 30 de maio de 2007. A aprovação interna do texto da Convenção pelo Congresso Nacional deu-se pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008.

Ainda no texto constitucional temos as previsões relativas aos idosos (art. 230), aos povos indígenas (arts. 231 e 232), como específicas, dentre várias outras existentes de forma explícita ou implícita, de forma esparsa pelo texto constitucional.

No que tange à universalização de direitos, no texto constitucional se dá destaque à universalização da saúde e do direito à educação (arts. 196 e 205). Em que pese o ensino superior não ser ainda universal, e baseado no critério do mérito, avançou-se com relação às Constituições anteriores, que previram o mais básico acesso ao ensino formal, sem garantia – como sói ocorrer na atualidade – de acesso para aqueles que não tiveram a oportunidade na idade adequada.

3.2 Os desafios da igualdade e do tratamento isonômico na atualidade

Passados vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, com a redemocratização do país, a efetivação da igualdade, como princípio fundamental e valor de justiça no sistema, diante de algumas ponderações do item anterior, pode-se inferir que houve muitos avanços. Não houve acanhamento por parte do constituinte em influenciar em questões antes vistas como estritamente privadas, publicizando e interferindo em inúmeras relações sociais e ampliando serviços.

De um sistema em que a mulher não era considerada um sujeito de direito pleno, com os mesmos direitos e deveres que os homens, houve uma sensível evolução. A Constituição Federal de 1988 não recepcionou inúmeros dispositivos discriminatórios existentes no Código Civil de 1916, vigente à época de sua promulgação, no campo dos direitos civis. As relações familiares foram profundamente alteradas pelo reconhecimento da igualdade de direitos e deveres entre cônjuges na relação matrimonial, da união estável como entidade familiar, e da mesma forma, da família monoparental, que ainda é predominante estatisticamente, formada pela mulher e seus filhos.²²

²² As famílias chefiadas por mulheres correspondiam em 2007 a 26,3% do total de famílias existentes no país, conforme Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Outrossim, o sistema constitucional alterou substancialmente a situação de crianças e adolescentes. Tradicionalmente submetidos a um poder quase absoluto de seus pais, foi-lhes reconhecida a qualidade de sujeitos de direito, com especial reconhecimento de sua personalidade em formação, e, conseqüentemente, de direitos que garantam o pleno desenvolvimento.

Ainda na esteira de influência do direito público sobre o direito privado, a previsão constitucional de que um sistema de proteção e defesa do consumidor deveria ser previsto em lei (art. 5º, inc. XXXII) fez com que fosse editada a Lei federal n. 8.078/90 e que esses direitos passassem a ter uma disciplina com forte influência do direito público.

Apesar de não serem mencionados com tanta ênfase no texto constitucional, idosos e pessoas com deficiência também tiveram avanços na legislação infraconstitucional e na conquista de direitos na sociedade. E os povos indígenas, outrossim, ainda que a muito custo, têm tido o reconhecimento de seus direitos, sendo assegurado, mesmo que ainda a demarcação de terras – da mesma forma que o reconhecimento das áreas remanescentes de quilombos – se dê de forma ainda muito lenta, considerando-se os vinte anos de vigência da Constituição Federal.

Desse balanço da Constituição Federal, podemos trazer como consequência, várias previsões legais com a finalidade de assegurar os direitos destes segmentos – entre outros – constitucionalmente previstos.

Assim temos, pela ordem cronológica, os seguintes diplomas infraconstitucionais, tendentes a dar condições iguais para aqueles que foram indevidamente alijados do sistema, até o advento da Constituição Federal de 1988:

a) Lei federal n. 7.716/89 (Lei do Racismo) e Lei federal n. 8.081/90, que criminaliza o preconceito de origem, raça, cor, religião ou etnia praticados nos meios de comunicação;

b) Lei federal n. 7.853/89 (Lei de Apoio às Pessoas com Deficiência);

c) Lei federal n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

d) Lei federal n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);

e) Lei federal n. 8.842/94 (Política Nacional do Idoso);

f) Lei federal n. 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias na admissão e permanência de mulheres na relação de trabalho, tendo como parâmetro a gravidez, esterilização, métodos anticoncepcionais e questões relacionadas à maternidade;

g) Lei federal n. 9.313/96, de distribuição gratuita obrigatória de medicamentos para pessoas com HIV/AIDS;

h) Lei federal n. 9.797/99, sobre a obrigatoriedade de cirurgia gratuita de reconstituição da mama pelo Sistema Único de Saúde, em caso de mutilação causada por tratamento de câncer;

i) Decreto federal n. 3.298/99 (Política Nacional de Integração das Pessoas com Deficiência);

j) Decreto federal n. 3.361/2000, sobre a integração dos empregados domésticos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e ao seguro desemprego;

k) Lei federal n. 10.097/2000, que altera a Consolidação das Leis Trabalhistas (mais conhecida como Lei do Aprendiz);

l) Lei federal n. 10.216/2001, de proteção e direitos das pessoas com transtornos mentais e de alteração do modelo de assistência à saúde mental (Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica);

m) Lei federal n. 10.421/2002, de extensão à mãe adotiva dos direitos de licença maternidade e salário-maternidade;

n) Lei federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);

o) Lei federal n. 10.779/2003, relativa ao seguro desemprego para o pescador profissional que exerça a atividade de forma artesanal;

p) Lei federal n. 10.845/2004, que instituiu o Programa de Complementação Educacional Especializado para as Pessoas com Deficiência;

q) Lei federal n. 10.891/2004, que instituiu o Bolsa Atleta;

r) Lei federal n. 11.096/2005, que institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI;

s) Lei federal n. 11.340/2006, sobre a violência doméstica e familiar (Lei Maria da Penha).

Esses são apenas alguns exemplos de diplomas normativos de âmbito nacional, de caráter superior, que instituíram medidas (efetivas ou não) tendentes à busca de igualdade, em vigor após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Como escolha metodológica, não foram mencionados os tratados e convenções internacionais já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.²³

Merece destaque, no entanto, mencionar que tramitam no Congresso Nacional vários projetos que também são relacionados com a igualdade: a união civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei n. 1.151/95); a criminalização do preconceito por orientação sexual como crime hediondo (Projeto de Lei n. 3.817/2004); o Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei n. 6.264/2005); o Estatuto dos Povos Indígenas (Projetos de Lei ns. 2.057/91 e 2.619/92, apensados), entre vários outros.

Assim, o panorama que se traça em relação à igualdade, nos vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, é um esforço de concretização da igualdade material pela via legislativa.

É interessante notar que no ordenamento jurídico brasileiro, a efetividade é tratada como um problema legislativo. Veja-se que a desigualdade é combatida por meio de previsões legais que muitas vezes carecem de eficiência. Mencionamos aqui a legislação federal de forma breve, mas ao se estudarem medidas legislativas nos âmbitos estadual e municipal, encontram-se inúmeros diplomas dispendo sobre questões antidiscriminação, sem serem dotadas, no entanto, de eficácia social.

Não se deve tomar a adoção de novas leis como um fator *per se* negativo. É comum que se compare o sistema brasileiro com outros sistemas, como o americano, o inglês ou de outros países europeus, que não possuem tantos diplomas legislativos, como mais efetivos em várias questões, variando da punição criminal ao respeito a direitos humanos fundamentais.

²³ Entendemos que os tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, mesmo tendo sido incorporados ao ordenamento jurídico antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem *status* constitucional.

Duas questões devem ser tidas em conta, com muita cautela, quando se trata deste tema. A primeira delas se refere aos sistemas: a mera comparação pode se tornar vazia de sentido se não se consideram as especificidades da *common law*, em relação ao sistema romano-germânico. A introdução deste artigo demonstra diferentes formas de apropriação somente do princípio da igualdade. Não se deve tomar o sistema jurídico apenas em si, mas também considerar como ele se encontra inserido em todas as circunstâncias sociais e históricas que permeiam sua existência.

Tanto há exemplos de experiências bem sucedidas sem a necessidade de previsões e regramentos legais específicos – como o respeito aos direitos do consumidor na Grã-Bretanha –, como há exemplos, no tocante à igualdade, de que a ausência de uma previsão legal (ou quiçá constitucional) acaba por trazer consequências inimagináveis no sistema brasileiro. É o caso da ERA (*Equal Rights Amendment*). Essa proposta de emenda à Constituição norte-americana não logrou o número de adesões mínimo pelos Estados para entrar em vigor. Seu texto é singelo, podendo ser resumindo na previsão de que homens e mulheres são iguais perante a lei, com os mesmos direitos e deveres. Causa espécie que uma emenda com esse teor nunca tenha logrado aprovação na América, e até mesmo que pudesse fazer diferença. Ousamos considerar que sim, tal previsão teria feito diferença em casos julgados pela Suprema Corte americana, em que a igualdade material não é considerada, a fim de reconhecer que uma trabalhadora gestante não pode ser demitida em razão de sua gravidez.²⁴

Assim, não se pode considerar a generalização – a ausência ou a existência de uma lei ou previsão legal – como fator preponderante para a efetivação de um direito ou para a concretização da igualdade consagrada por nosso texto constitucional. A institucionalização por via legal, muitas vezes, é um dado favorável à concretização da igualdade.

Veja-se a questão de gênero hoje, no quadro brasileiro. Ainda que seja necessário avançar ainda mais, a previsão constitucional de igualdade era necessária, tanto quanto a adequação de diplomas infraconstitucionais, para que o próprio texto legal não fosse discriminatório, pois considerava

²⁴ A propósito do caso citado, para maiores detalhes, ver: MINOW, Martha. Razão feminista: ganhando-a e perdendo-a. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 259-276.

a mulher incapaz, dependente de um chefe de família, entre tantas outras previsões do ordenamento brasileiro, que com a Constituição Federal de 1988 foram paulatinamente sendo extirpadas. Por analogia, cremos que para que sejam respeitados direitos independentemente de orientação sexual, faz-se necessária a edição de diplomas que, no mínimo, retirem do ordenamento pátrio inúmeras previsões discriminatórias.

A segunda questão é decorrente da análise do extremo oposto – a legislação em excesso. Há uma crença e – mais grave – uma prática que é legislar proficuamente sobre um tema, considerando que a previsão legal de *per se* resolva as questões relativas à desigualdade. Resulta, inúmeras vezes, em um sistema intrincado, de difícil compreensão, com previsões até mesmo sobrepostas, sem que haja uma eficaz aplicação desses diplomas.

Além disso, há que se cuidar para que a questão da igualdade não se disperse em discussões e defesas de direitos de grupos, que com maior força de mobilização social causem impactos diversos nas políticas públicas, provindo de uma visão fragmentada da igualdade, que deve se dar de forma universal.

Não se trata de considerar que esta ou aquela medida é menos ou mais importante, mas sim ter em conta a noção de direitos humanos como interdependentes. Por certo, a redução das desigualdades demanda inúmeras considerações específicas, mas elas não podem ser fragmentadas, de modo que sejam criados inúmeros estatutos e, conseqüentemente, voltemos a uma situação prévia à Revolução Francesa, de uma sociedade que se protege em estatutos, desta vez traduzidos em estatutos jurídicos.

4 Conclusão

Urge que a legislação infraconstitucional seja revista no que tange à busca da igualdade real para diversos segmentos historicamente excluídos dos direitos fundamentais. A tendência atual é de previsão de direitos para grupos organizados e que conseguem pressão política suficiente para seu reconhecimento.

A prática política não é condenável. Pelo contrário, o exercício da cidadania deve ser cada vez mais ativo e com reconhecimento da legitimidade da atuação dos grupos sociais. E várias medidas – mesmo com a

exacerbação legislativa – ainda se fazem necessárias, seja para erradicar previsões discriminatórias, seja para promover a igualdade.

No entanto, o que vem ocorrendo não é contemplar os desiguais de forma diversa, na medida de suas desigualdades, pois houve uma nociva segmentação da discussão da igualdade, em que os interesses podem se tornar contrapostos e o reconhecimento da legitimidade de tais direitos pode ser considerado contrário ao reconhecimento dos direitos de outros grupos. Está em curso uma polarização de interesses que deveriam caminhar juntos e com a mesma finalidade.

Outrossim, as medidas compensatórias ou que aquinhoam diferentemente certos grupos em relação a outros, com exceção de diferenças de índole natural, que nunca vão deixar de existir, ao menos em princípio (como, por exemplo, a maternidade, em relação a homens e mulheres), devem ser colocadas sempre com revisões periódicas, a fim de se estimular que sejam desnecessárias e revogadas no futuro, a bem da igualdade, na medida mais universal que se puder alcançar.

5 Referências

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. 9. ed. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2008.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuv, 1857.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno Amazonas de. *A cidadania na Grécia e em Roma*. 2. ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT. Brasília: Senado Federal; Centro de Estudos Estratégicos; Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. (Coleção Leituras sobre a Cidadania, v. 2).

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário Jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAFTON, John (Ed.). *The Declaration of Independence and Other Great Documents of American History 1775-1865*. New York: Dover Publications, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamego. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., 9. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINOW, Martha. Razão feminista: ganhando-a e perdendo-a. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 259-276.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia; Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 4).

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998. p. 21-163.

O SEGREDO GOVERNAMENTAL E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Carlos José Teixeira de Toledo*¹

Sumário: 1 Introdução: a origem do segredo. 2 O discurso do segredo. 3 O aparato do segredo. 4 A crítica do segredo. 5 A dogmática do segredo. 5.1 Normativa supranacional. 5.2 Normas infraconstitucionais que prevêm o sigilo de informações e sua interpretação à luz dos princípios da Constituição Federal. 6 Referências.

“A popular Government without popular information or the means of acquiring it, is but a prologue to a Farce or a Tragedy or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance, and a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power knowledge gives.”

James Madison, *Correspondência*, 1822.

“Todo o poder que se oculta, perverte-se.”

Ruy Barbosa, *Jornal do Comércio*, 1895.

“Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.”

Justice Louis Brandeis, *Other people’s money, and how the bankers use it*, 1933.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Administrativo da Universidade Nove de Julho (Uninove).

1 Introdução: a origem do segredo

Certa vez, um homem rústico estava caminhando pelos campos quando se abriu em sua frente uma cavidade. Curioso, adentrou a caverna e ao fundo dela encontrou um anel de ouro, que se desprendera de um cadáver. Já fora da caverna, o homem experimentou o anel e, para sua surpresa, percebeu que a joia era capaz de torná-lo invisível. O anel deu ao homem a irresistível tentação de cometer as maiores vilanias, aproveitando-se da invisibilidade adquirida para tornar-se rico e poderoso, sem responder por nenhum de seus malfeitos.

Essa história, hoje popularizada pela versão cinematográfica de *O senhor dos anéis*, renomada obra do escritor inglês J. R. Tolkien, possui um apelo maior e mais antigo do que supõem os seus fãs cinematográficos.

A ela recorreu Platão, na *A república*, usando a fábula de Gíges – nome do personagem que encontrou o anel – para discutir o fundamento ético de sua sociedade ideal. A fábula serve para os participantes do diálogo platônico questionarem se a justiça é um valor em si mesma ou se o seu valor decorre das utilidades e conveniências da vida social. Gíges, ao obter o anel, consegue colocar-se fora do julgamento de seus pares, suprime a autocensura e a ele se abrem as portas para uma ascensão irresistível.

Não buscamos no presente trabalho enveredar por tal discussão filosófica, mas apenas ilustrar a relação quase arquetípica que há entre a invisibilidade e o poder.

Controlar o fluxo de informações, portanto, é um dos esforços mais compensadores para aqueles que buscam deter em suas mãos o poder. O que não exclui a possibilidade de restrições legítimas, em benefício do todo social.

Seja como for, pode-se dizer que a invisibilidade e o segredo são instrumentos intuitivos utilizados nas relações de poder. O escamoteamento, o mistério, a espionagem e as mistificações sempre foram ferramentas de conquista e manutenção das posições sociais hegemônicas – na economia, na religião, na guerra e, sobretudo, na política.

2 O discurso do segredo

Na arte da guerra – que, segundo célebre *mot d'esprit* inspirado em frase de Clausewitz, é a política continuada por outros meios –, o segredo e a dissimulação sempre foram considerados uma arma indispensável. Por isso, o romano Metellus, em guerra na Espanha, respondeu a alguém que lhe perguntava o que faria no dia seguinte: “Se minha camisa o soubesse, eu a queimaria imediatamente”. E terminou por recomendar: “Deve se perguntar a muitos sobre o estratagema a tomar, mas não se deve confiar senão a pouquíssimos amigos o plano escolhido.”²

À época em que proferidas, essas recomendações tinham amplo justificação doutrinária, sendo que Gentili, em seu tratado sobre o direito da guerra (1598), invoca o testemunho de autores gregos, latinos e canônicos sobre o tema, usando da autoridade máxima de Santo Agostinho: “Se tiveres movido uma guerra justa, vencendo em campo aberto ou vencendo com insídias, nada tira a justiça dela”³. Assim, no campo de batalha, o engodo, a dissimulação e o ocultamento são expedientes admitidos de parte a parte, dignos até de elogio – como o fez Homero em relação ao artilheiro Ulisses.

Difícil discordar dos autores clássicos, no que tange à importância do controle das informações, em tempos de guerra. Outra linha de questionamento se abre, todavia, quando se considera o uso que se pode fazer do segredo na prática governamental interna. Nesse âmbito, a evidente eficácia dos meios colocados à disposição do governante para restringir o fluxo de informações é contraposta à validade moral dos fins a serem atingidos, avaliados sob a ótica dos governados.

Tomando partido nessa discussão, Maquiavel, aconselhando agora não o general, mas o príncipe, recomenda-lhe, que, se necessário, deve ser ardiloso e dissimulado como a raposa, pois “um príncipe prudente não pode nem deve guardar a palavra dada quando isso se lhe torne prejudicial e quando as causas que o determinarem cessarem de existir. Se todos os

² MACHIAVELLI, Niccoló. *A arte da guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 144 e 169.

³ GENTILI, Alberico. *O direito de guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 234.

homens fossem bons, esse preceito seria mau. Mas, dado que são perversos e que não a observariam a teu respeito, também não és obrigado a cumpri-la para com eles”⁴

Esse estilo de aconselhamento político deixaria uma linhagem nas gerações seguintes, nos diversos tratados de “prudência” para soberanos, também denominados “espelho de príncipes”, muito em voga no alvorecer do absolutismo⁵. Na forma de elaboração jusfilosófica, esse aconselhamento foi traduzido na chamada doutrina da *razão de estado*, formulada especialmente a partir do pensamento de Maquiavel e de outro pensador italiano, Botero⁶. Desde então, diversos pensadores políticos se dedicaram a discutir os limites éticos da atuação governamental, desenvolvendo tal doutrina em um momento em que a afirmação do Estado-nação parecia se sobrepor a qualquer outro imperativo – inclusive os de ordem jurídica e moral.

Tal tradição, conforme definição de Swergio Pistone, “afirma que a segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os governantes, para a garantir, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas”, quando essa necessidade se apresentar.⁷

Entre os *topoi* desse discurso, está o argumento da *nobre mentira*, cuja autoridade advém também da obra de Platão, que admite a existência da mentira lícita, porque útil, que pode servir como remédio contra o mal que

⁴ MACHIAVELLI, Niccoló. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 100.

⁵ Croce apontava que “a arte de simular e dissimular, da astúcia e da hipocrisia, era, pelas condições não liberais da sociedade da época, abundantemente praticada, e fornecia material para os inumeráveis tratados de política e de prudência” (apud ECO, Umberto. Os sinais do poder. In: MAZARIN, Cardeal. *Breviário dos políticos*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1997. p. 25).

⁶ Ressalte-se que há diferenças essenciais entre Maquiavel e Botero, sendo que este último buscou estabelecer uma conciliação entre a ética católica e o interesse do Estado – mantendo a ênfase, todavia, na necessidade de conservação do Estado como máxima absoluta de toda ação política. Sobre o pensamento de Botero e suas diferenças em relação ao maquiavelismo, vide: TARANTO, Domenico. O discurso da razão de Estado. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). *História argumentada da filosofia moral e política*. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 244-253.

⁷ PISTONE, Sérgio. Razão de Estado. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. v. 2, p. 1.066.

outrem queira nos infligir ou quando uma pessoa amiga tenta praticar uma ação má, por efeito de loucura ou desvario qualquer⁸. Esse lugar-comum retórico é transferido para o discurso político na própria obra platônica, em que se admite a mentira do governante, desde que seja em nome do bem comum, formulando-se um suposto princípio baseado no argumento apriorístico de que o governante é o demiurgo capaz de catalisar em sua pessoa o conceito de bem comum.

Como observa Celso Lafer, o argumento platônico se baseia em analogia entre o *governante* e o *piloto* ou o *médico*, “legitimadores da perspectiva *ex parte principis* com fundamento na sabedoria e no conhecimento dos governantes que podem, assim, colocar deveres para os governados”.⁹

Reflexo de tal discurso se encontra na argumentação de Hobbes em desfavor da democracia, ao afirmar que “para que haja uma opinião que seja adequada sobre todas as coisas que conduzem à conservação da república [aqui não tomada no sentido de forma de governo oposta à monarquia, mas de *res publica*] não devemos entender somente os assuntos domésticos, mas também os negócios estrangeiros. (...) Ora, como em uma grande assembleia poucos são aqueles que entendem destas coisas, sendo inexperientes em sua maior parte (digo inexperientes e não incapazes!) no que lhe diz respeito, pergunto: com a impertinência de suas opiniões, o que pode ser proporcionado por tal número de conselheiros para uma boa deliberação, que não sejam impedimentos e dificuldades?”¹⁰. Ademais, há outro inconveniente no governo democrático, praticado nas grandes assembleias: “Embora frequentemente, seja de suma importância que tais debates sejam mantidos em segredo, na maioria das vezes eles são, porém, revelados aos inimigos antes que possam surtir qualquer resultado, conhecendo o estrangeiro sua força e vontade tão cedo quanto seu próprio povo.”¹¹

⁸ PLATÃO. *A República*. Tradução de Leonel Vallandro. São Paulo: Ediouro, [199-]. p. 51.

⁹ LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 226.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 146.

¹¹ *Ibidem*, p. 148.

Podemos fazer um sumário do discurso em favor do segredo governamental, embasado na doutrina da razão do estado, deduzindo-o nas seguintes premissas: a) o despreparo dos governados para a participação nas decisões relativas à segurança do Estado; b) a dificuldade de se discutir abertamente assuntos relacionados à segurança do Estado, em virtude da necessidade de sigilo; c) a existência de súditos/cidadãos que conspiram contra a integridade do Estado.

Não é preciso dizer que a doutrina da razão do estado, não obstante sua justificação pretensamente racional e a sua ampla utilização no âmbito das relações interestatais¹², tem sido, sob novas roupagens, um eficiente instrumento retórico para o exercício da autocracia e da dominação política, ao longo da história política contemporânea.

Aliás, tal exercício tem sido utilizado, mesmo a pretexto de “satisfazer a vontade popular”, ao se substituir a figura do soberano unipessoal autossuficiente por um novo avatar da soberania, agora extraída da vontade geral: o partido revolucionário (socialista ou nacional-socialista), a assembleia suprema, o comitê popular, etc. Observa-se então curiosa síntese, visto que, do contratualismo de fundo individualista que oblitera a autoridade absoluta, surge uma nova vertente da mesma “razão instrumental”.¹³

Ao longo do século XX, permeado por conflitos bélicos regionais e mundiais, a doutrina da razão do estado foi “repaginada” pela chamada doutrina de Segurança Nacional, expressão cuja vagueza conceitual é

¹² “(...) é no contexto das relações internacionais, caracterizado por uma situação de anarquia estrutural, que o comportamento segundo a razão do estado – definível como subordinação de qualquer outro valor à necessidade de segurança externa do Estado – se manifesta com maior clareza e abrangência, ou seja, se torna regra e não exceção.” (PISTONE, Sérgio, Razão de Estado, cit., p. 1.071). Não é difícil perceber que a doutrina de “defesa preventiva” do ora superado Governo Bush, em relação aos países supostamente capazes de ameaçar a soberania americana, é uma nova versão do pensamento calcado na razão do estado.

¹³ Ver, nesse sentido, a comparação dialética feita por Caio Druso de Castro Penalva Vita entre as concepções racionalistas aparentemente opostas da razão do estado e do poder constituinte (Razão de estado e poder constituinte: vida e obra por fazer. In: TORRES, Heleno Taveira, Coord. *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. São Paulo: Manole, 2005. Passim).

inversamente proporcional à intensidade de seu uso em contextos de crise governamental, ou para salvaguardar a responsabilidade de agentes públicos.¹⁴

Conforme anota Alberto Nogueira Júnior, “seu objeto sempre foi tudo; os sujeitos passivos, a sociedade inteira; os objetivos a alcançar, vagos e imprecisos, favorecendo o fortalecimento do autoritarismo. Inicialmente, a expressão foi utilizada como justificativa para a perseguição aos opositores políticos; depois, como base para a organização do Estado e de toda a sociedade; experimentou certo abrandamento, especialmente a partir do advento da Lei n. 7.170, de 14.10.1983; hoje em dia, como fundamento para o controle de movimento sociais e a proteção, até mesmo, de programas econômicos”.¹⁵

De fato, percebe-se pela leitura de documento atual da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) quão ampla pode ser a leitura do que venham a ser as “ameaças” à segurança nacional. Trata-se do relatório final do I Encontro Técnico dos Serviços de Inteligência dos Países da América do Sul, em que ficou estabelecido o compromisso dos órgãos participantes de atuarem em colaboração em diversas áreas de trabalho, em especial as relacionadas a “movimentos, ações ou indícios, de qualquer origem, que abordem a questão da pobreza em âmbito sul-americano, cuja utilização possa representar ameaças, preocupações ou desafios a interesses estratégicos dos países da América do Sul, e possuam potencial para evoluir para a adoção de medidas concretas em foros internacionais, multinacionais ou regionais”.¹⁶

¹⁴ Veja-se, por exemplo, a recusa de general do Exército Brasileiro a enviar cópia de inquérito policial militar à Procuradoria da República, sob pretexto de salvaguarda da segurança nacional. Trata-se de IPM instaurado para apurar o roubo de fuzis do quartel militar, sendo que há versões na imprensa de que a recuperação das armas teria sido obtida mediante suposto “acordo” com traficantes (*Folha de S. Paulo*, de 23 mar. 2006, Caderno Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2303200613.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008).

¹⁵ Refere-se Alberto Nogueira Júnior, nesse último segmento, à utilização das agências de inteligência para monitoramento de movimentos sociais como o MST (Movimento dos Sem-terra) e Contag (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura), além de partidos políticos, sindicatos e organizações religiosas, já no período democrático (*Cidadania e controle democrático do acesso aos documentos sigilosos*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/Producao_intelectual/html/tp_download.htm>. Acesso em: 30 mar. 2008).

¹⁶ Documento reproduzido por: FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do silêncio*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 541) Para José Manuel Ugarte, professor de Direito da Universidade de Buenos Aires e pesquisador do tema, essa amplitude do conceito de segurança, especialmente nos países da América Latina, geraram um modelo de órgãos de inteligência distinto dos modelos dos chamados “países

3 O aparato do segredo

Nas sociedades modernas, a prática do segredo deixa de ser um mero mandamento utilitário dos manuais de prudência política, para se tornar uma política permanente do Estado. O processo histórico que levou ao modelo do Estado nacional soberano – classicamente definido como “comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território”¹⁷ – produziu também um duplo conflito: de um lado, a competição entre Estados modernos, visando à hegemonia territorial e/ou econômica, muitas vezes pelo conflito armado; de outro, a insurgência de grupos contrários à ordem política vigente, naquilo que vem sendo definido de maneira sempre polêmica como *subversão*.

Da necessidade de promover o controle das informações no campo da diplomacia, da guerra e da segurança interna, surgiram os aparatos oficiais de informação, continuamente aperfeiçoados tecnologicamente e administrativamente, servindo como auxiliares dos governantes na formulação das políticas nacionais de defesa interna e externa.

Não se pode deixar de considerar essas instituições como sistemas burocráticos, próprios de sociedades economicamente avançadas e politicamente complexas. “Pois uma vez que a administração burocrática é por toda a parte – *ceteris paribus* – a mais racional do ponto de vista técnico-formal, ela é pura e simplesmente inevitável para as necessidades de administração de *massas* (de pessoas ou objetos)”, constata Weber.¹⁸

Ainda sob o enfoque weberiano, convém notar que o monopólio de informações relevantes é um instrumento próprio das instituições burocráticas, o que as torna um polo de poder na organização social. “Toda burocracia

centrais”. Tal modelo se caracteriza pela escassa precisão na atribuição de competências, ausência de diferenciação entre atividades de inteligência interna e externa, sem que haja tampouco distinção entre cidadãos e estrangeiros como alvos da atividade e, por fim, na existência de um sistema centralizado, dependente diretamente do governo central (UGARTE, José Manuel. *El control público de la actividad de inteligencia: la búsqueda de legitimidad y eficacia*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Conselho/CCAI/txtUgarte.htm>>. Acesso em: 30.03.2008.

¹⁷ WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002. p. 56.

¹⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do estado, 1999. p. 146.

busca aumentar a superioridade dos que são profissionalmente informados, mantendo secretos seu conhecimento e intenções”, pois dessa assimetria de informações depende o seu lugar e a sua influência no corpo político.

Embora o segredo muitas vezes se justifique em razão das ameaças efetivas sofridas pela estrutura administrativa – e aqui não se faz distinção entre o Estado e outras formas de associação, como empresas, partidos e igrejas –, Weber considera como preponderante o interesse da própria burocracia no poder, interesse esse resistente ao controle externo dos agentes políticos.

“O interesse da burocracia no poder, porém, é muito mais eficaz além das áreas em que os interesses puramente funcionais determinam o sigilo. O conceito do ‘segredo oficial’ é invenção específica da burocracia, e nada é tão fanaticamente definido pela burocracia quanto essa atitude que não pode ser substancialmente defendida além dessas áreas especificamente qualificadas.”¹⁹

No caso dos sistemas burocráticos de inteligência, essa vocação para o segredo é evidentemente reforçada, pois se confunde com sua missão institucional. Afinal, a atividade de inteligência consiste justamente “na tentativa de descobrir o segredo dos outros através da utilização de meios secretos”.²⁰

O medo é o instrumento de controle da vontade alheia por excelência e o conhecimento das ameaças reais ou imaginárias que pairam sobre a sociedade é uma carta decisiva no jogo do poder. Norberto Bobbio salienta que o poder autocrático, além de se considerar mais eficiente no controle do poder secreto dos outros – dos conspiradores, sediciosos ou, na vertente atual, terroristas – muitas vezes o inventa, como meio para se fortalecer e justificar sua própria existência: “Onde há um tirano, há o complô: se não há, é criado.”²¹

A autonomização da burocracia secreta é um fator ponderável de instabilidade das instituições democráticas, como demonstra a própria

¹⁹ WEBER, Max, *Ensaio de sociologia*, cit., p. 163.

²⁰ CEPIK, Marco. *Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização dos serviços de inteligência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 157.

²¹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 402.

experiência brasileira, narrada com muita acuidade por Lucas Figueiredo, em seu livro-reportagem *Ministério do silêncio*²². Ali se demonstra o grau de influência dos serviços de informação na vida política brasileira dos últimos cinquenta anos. O ápice e ao mesmo tempo o declínio dessa influência se deu na frustrada resistência ao processo de abertura, no período Geisel-Figueiredo, sendo o episódio Riocentro o mais dramático/patético exemplo da desesperada busca por manutenção da influência dos agentes do “poder invisível”.²³

Outro perigo decorrente do segredo governamental e de seu monopólio pelos governantes e/ou burocratas especializados é a manipulação da memória coletiva. Em trabalho anterior, tivemos a oportunidade de analisar o papel da memória coletiva na construção da identidade dos grupos sociais e a constante busca da apropriação e distorção dessa memória por grupos hegemônicos ou conquistadores.²⁴

A tentação de subtrair do exame público documentos de conteúdo histórico, com o intuito de ocultar fatos comprometedores ou evitar embaraços morais e/ou legais, é um ponto de atrito constante entre governo e cidadãos que desejam ter acesso a esses documentos. No Brasil, isso tem sido especialmente observado em razão da demanda por informações acerca dos cidadãos eliminados de forma clandestina no período ditatorial, sendo notória a resistência das instituições estatais ligadas à defesa e inteligência em disponibilizar de tal documentação²⁵. Na França,

²² FIGUEIREDO, Lucas, *Ministério do silêncio*, cit., passim.

²³ O verdadeiro sequestro do governo oficial pela chamada “turma do porão” é relatado de forma igualmente magistral por Elio Gaspari, em sua tetralogia *As ilusões armadas*, especialmente em: *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

²⁴ TOLEDO, Carlos José Teixeira. *Patrimônio cultural urbanístico*: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva. 1997. 190 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

²⁵ Recentemente, foram encontrados, em local próximo à Base Aérea de Salvador, documentos referentes ao período militar parcialmente incinerados. A descoberta coincidiu com a edição da Medida Provisória n. 228, de 9 de dezembro de 2004, que diminuiu o prazo de restrição ao acesso de arquivos classificados. (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u66226.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2008). Ainda em 2004, a descoberta de fotos de um prisioneiro político, erroneamente identificado como Wladimir Herzog, causou grande tumulto político e a edição de uma nota agressiva por parte da cúpula militar brasileira – que depois foi obrigada a se retratar. O general Jorge Félix, ministro chefe do Gabinete de Segurança Institucional (órgão supervisor da atividade de inteligência do país), entrevistado, opinou: “Há dossiês que nos preocupam, porque tratam de pessoas em situações extremamente constrangedoras. Eu

conflito semelhante tem ocorrido, com o intuito de ocultar o colaboracionismo das autoridades francesas na chamada *França de Vichy*, durante a ocupação nazista.²⁶

4 A crítica do segredo

Se o discurso em favor do segredo foi construído a partir do surgimento da soberania estatal e ganhou uma trincheira no seio da burocracia especializada, percebe-se que o mesmo contexto de afirmação e consolidação do Estado contemporâneo foi capaz de produzir o antídoto: o discurso da transparência.

Ao tempo em que a doutrina da razão do estado dispunha do maior prestígio, já havia quem criticasse o uso do arsenal argumentativo e jusfilosófico nela contido, que muitas vezes era mero disfarce para o despotismo. É o uso indiscriminado desse rótulo para justificar os abusos e a tirania que permitem a Baltasar Gracián afirmar: “Não vês como esses aforismos são apresentados como plausíveis e como verdadeiros? Bem examinados, porém, não são nada além de uma acabada imundície de vícios e pecados: razões não de estado, mas de estábulo.”²⁷

A fundação racional do conceito de razão do estado já contém em germe a sua crítica, pois se a razão é acessível a todos – ou pelo menos, se considera que não é uma faculdade exclusiva do monarca – é certo que a discussão sobre os ditames do bem comum podem ultrapassar os limites do salão (ou alcova) palaciana. Portanto, foi uma questão de tempo e de alteração das condições históricas para que o discurso fosse suplantado, reivindicando-se um novo palco para as discussões políticas.

até gostaria de destruir esse tipo de documento. Isso não é história, não vai fazer bem a ninguém. Se aparecer, só vai fazer mal à reputação das pessoas, e tem gente aí, hoje, com 75, 80 anos de idade. Para que serve isso?” (*Folha de S. Paulo*, de 14 nov. 2004; Disponível em: <<http://www.arqsp.org.br/141104a.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008).

²⁶ K., Joseph (Pseud.). Os arcaicos arquivos secretos. Tradução de Patrícia Burrowes. *Le Monde Diplomatique* (edição brasileira), ano 1, n. 6, jul. 2000. Disponível em <<http://diplouol.com.br/2000-07,a1793>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

²⁷ Baltasar Gracián, apud VITA, Caio Druso de Castro Penalva, Razão de estado e poder constituinte: vida e obra por fazer, cit., p. 239.

A afirmação da autonomia do indivíduo, originada no processo do Renascimento europeu e reforçada pelo ideário da Reforma, acabou por enfraquecer a concepção medieval de um direito de natureza puramente metafísica, aproximando os indivíduos do poder de acessar a fonte da informação – e, por consequência, de aproximar-se da fonte do poder.²⁸

A apologia do livre uso da razão sem a necessidade de intermediários e censores já aparece na *Aeropagítica* de John Milton, discurso proferido contra a determinação do parlamento britânico de submeter os livros a censura prévia. Subjaz ao libelo de Milton a conturbada situação política e religiosa da Inglaterra do século XVII, que propiciou ao autor a oportunidade de usar de seu imenso talento retórico para promover a primeira manifestação em defesa da liberdade de imprensa²⁹. Na obra de Milton já estava, em embrião, o direito de informação em suas diversas facetas, entre as quais o direito de ter acesso à informação: “*Dadme la libertad de saber, de hablar y de arguir libremente según mi conciencia, por cima de todas las libertades.*”³⁰

Trata-se de postulação que iria ser constantemente reafirmada no ideário iluminista – cujo uso de figuras metafóricas relacionadas à “luz” (“século das luzes”, “esclarecimento”, etc.) como apelo à racionalidade e de afirmação da autonomia do indivíduo racional é uma obviedade que apenas se reafirma em razão da pertinência ao tema aqui tratado.³¹

No campo da política, o problema da “visibilidade” do poder já havia sido objeto de preocupações de filósofos como Montesquieu e Rousseau, que embora críticos do absolutismo, acabaram por constatar as mesmas

²⁸ Vita, Caio Druso de Castro Penalva. ob. cit., p. 236-241.

²⁹ Sobre o contexto histórico e a importância da obra de Milton, ver: SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Surgimento da idéia de liberdades essenciais relativas à informação: a “Aeropagítica” de Milton. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 86, p. 190-211, 1991.

³⁰ MILTON, John. *Aeropagítica*. Tradução de José Carner. Cidade do México: Sociedade Interamericana de Prensa; Fundo de Cultura Económica, 2000. p. 90.

³¹ Lembra Norberto Bobbio que o lema iluminista por excelência, *sapere aude* (ousai saber), tornou-se um dos motes principais da obra em que Kant explica o iluminismo, sendo por ele traduzido como “tem a coragem de servir-se da tua própria inteligência” (*Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*, cit., p. 406).

incompatibilidades apontadas por Hobbes entre o regime democrático e o governo de Estados de grande extensão territorial.³²

Mais tarde, a discussão seria retomada nos debates dos teóricos da democracia representativa, firmando-se a solução por meio de duas linhas de mecanismos que trabalham no sentido de limitar o poder decorrente da assimetria informacional e permitir a sua disseminação para os destinatários do poder: a afirmação das liberdades individuais relacionadas à informação (liberdade de imprensa, direito de petição, direito de acesso às informações, direito de associação e reunião) e a limitação do poder estatal que poderia constranger ou dificultar tais liberdades (separação de poderes, sistema federativo, sistemas de controle administrativo, mecanismos de participação popular).

Como se pode perceber, a garantia dos direitos relacionados à informação é uma premissa ineliminável da teoria democrática, pois, usando da expressão de Kant, o “uso público da própria razão deve ser sempre livre”³³, sendo que para os pensadores democráticos, mais do que um direito individual, trata-se de uma garantia de que serão superados os entraves para a participação popular nas decisões da *polis*, a pretexto do despreparo ou desinformação dos cidadãos.

Nas palavras de Jefferson, “a base de nosso governo sendo a opinião do povo, o primeiro objetivo deve ser mantê-la exata; fosse deixado a mim decidir se deveriam ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir este último”³⁴, pois “em todo o país em que o homem tem liberdade para pensar e falar, surgem divergências de opinião sobre diferença de percepção e imperfeição da razão; mas para essas divergências, quando permitidas como neste país,

³² Observação trazida por Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender (Democratização pelos “mass media”?: o direito a ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 83, p. 318-347, jan./dez. 1988. p. 323).

³³ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 117. Esclareça-se que Kant não era um entusiasta do sistema democrático e que seu temperamento arquetipicamente prussiano o inclinava a dar valor maior à ordem e à obediência. Todavia, sua defesa da liberdade de consciência e da expressão do pensamento é uma importante contribuição ao pensamento democrático que ganhou corpo nas gerações seguintes.

³⁴ JEFFERSON, Thomas, *Escritos políticos*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 35. (Os Pensadores).

para purificar-se pelo livre debate, são apenas nuvens passageiras que se estendem transitoriamente pelo país e deixam nosso horizonte mais brilhante e mais sereno”.³⁵

Visões idílicas à parte, o fato é que no curso de dois séculos essa afirmação continua válida, sendo o critério de transparência um dos meios de se aferir se um dado governo é autocrático ou democrático.³⁶

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, afirma-se a vigência de um Estado Democrático de Direito, comprometido com a preservação de direitos fundamentais, entre os quais o de acesso à informação e o de controle da atuação governamental pelos cidadãos. Analisemos, pois, a grade normativa que se formou a partir da chamada Constituição cidadã, inclusive os instrumentos supranacionais assimilados nessa nova ordem, de maneira a compreendermos como o segredo governamental se coloca na vida jurídica nacional.

5 A dogmática do segredo

5.1 Normativa supranacional

Dentre os instrumentos de proteção dos direitos humanos, produzidos em âmbito internacional e que têm força normativa reconhecida em nosso país (art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF), salientamos os seguintes:

- a) Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) – artigo XIX;
- b) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) – artigo IV;
- c) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) – artigo 19;
- d) Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica (1969) – artigo 13.

³⁵ JEFFERSON, Thomas, *Escritos políticos*, cit., p. 35 e p. 23-24.

³⁶ “Existe sempre uma diferença entre autocracia e democracia, já que naquela o segredo de estado é uma regra e nesta uma exceção regulada por leis que não lhe permitem uma extensão indébita.” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 101).

Em todos esses documentos, o Estado brasileiro se compromete a respeitar a “liberdade de receber informações” (documento “a”), “liberdade de investigação” (documento “b”), “liberdade de procurar, receber e difundir informações” (documento “c” e “d”).

Delimitando tais direitos, as Declarações ressaltam que, ao exercer tais liberdades, “toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática” (Declaração Universal, art. XXIX, 2); tais direitos “estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático” (Declaração Americana, art. XXVIII).

Ressalvas mais específicas faz o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, salvaguardando especificamente “o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas” e a proteção da “segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”. Em torno desse Pacto se formou uma série de documentos interpretativos, entre os quais se destacam os *Princípios de Siracusa*³⁷ e os *Princípios de Joanesburgo*.³⁸

³⁷ Diretrizes importantes para a interpretação de tais restrições são os denominados *Princípios de Siracusa*, aprovados em reunião convocada pela Comissão Internacional de Juristas e pela Associação Internacional de Direito Penal, para estudo das derrogações e limitações previstas naquele Pacto e apresentados no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Salientamos especialmente os seguintes princípios, atinentes ao nosso assunto: “19. *Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando la fuerza o la amenaza de la fuerza.* 20. *No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público.* 21. *No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos. (...)* 27. *No se utilizarán limitaciones a los derechos humanos basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y sus funcionarios contra la estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra opinión o crítica del público*”. Ver a respeito: FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e de Criminologia*, Rio de Janeiro, Forense, n. 35, p. 60-69, jan./jun. 1983. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo32.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2008; e também: NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto, *Cidadania e controle democrático do acesso aos documentos sigilosos*, cit., p. 23.

³⁸ Os *Princípios de Joanesburgo* foram estatuídos em conferência internacional promovida por entidades de defesa da liberdade de expressão e apresentados à sessão de 1996 da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra, por Abid Hussain, relator especial das Nações Unidas sobre liberdade de opinião e expressão. Foram também recomendados pela Comissão no relatório de Dato Param Kumaraswamy, relator especial da ONU sobre independência de juízes

Semelhante às trazidas pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos são as ressalvas contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 13, anotando-se que tal documento inovou, ao prever que a salvaguarda desses valores exclui censura prévia, estabelecendo tão somente a “responsabilidade ulterior” pela violação dos direitos porventura atingidos.

A Convenção Americana tem por característica dispor de órgãos competentes para analisar assuntos relacionados à violação de suas cláusulas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao longo de sua existência, essas instâncias têm se manifestado com certa constância acerca do direito de acesso à informação, sendo que um dos aspectos que merecem nota é a construção, no âmbito americano, do conceito de *direito à verdade*, aplicável às situações em que a recusa à informação se destina a encobrir outras violações dos direitos previstos na Convenção e impedir que parentes de vítimas e o restante da sociedade tenham pleno conhecimento das circunstâncias em que tais violações ocorreram.

A Comissão Interamericana define o *direito à verdade* como “um direito de caráter coletivo que permite à sociedade ter acesso a informação essencial para o desenvolvimento dos sistemas democráticos e um direito particular para os familiares das vítimas, que permite uma forma de reparação, em particular, nos casos de aplicação de leis de anistia. A Convenção

e advogados e referidos pela Comissão na sua resolução de 1996 sobre a liberdade de expressão. Dentre os citados princípios, destacam-se, para nosso estudo: a) a invocação de segurança nacional para restringir o acesso a informação deverá ser justificada em texto legal e na efetiva necessidade de proteger um interesse legítimo da sociedade democrática (Princípio 11); a lei deverá designar as categorias específicas e exatas de informação cujo sigilo é necessário, em razão da segurança nacional (Princípio 12); o interesse público em conhecer a informação será uma consideração primária na interpretação das leis relativas ao acesso à informação (Princípio 13); a negativa do acesso à informação deve ser motivada por escrito e apreciadas por outra autoridade que terá direito a examinar a informação retida, garantindo-se também a revisão judicial da legalidade da negação (Princípio 14); a punição para aqueles que revelarem informação sigilosa, somente ocorrerá se houver prejuízo a um legítimo interesse da segurança nacional e se o interesse público em tomar conhecimento da informação não se sobrepuser ao prejuízo da revelação (Princípio 15); uma vez que a informação seja disponibilizada ao público em geral, por quaisquer meios, legais ou ilegais, não se adotarão medidas ulteriores para impedir o seu conhecimento público (Princípio 17). (PRINCÍPIOS DE JOANESBURGO. Disponível em: <<http://www.law.wits.ac.za/humanrts/instree/Pjohannesburg.html#11>>. Acesso em: 30 mar. 2008).

Americana protege o direito a obter e a receber informação, especialmente nos casos de desaparecidos, com relação aos quais a Corte e a Comissão estabeleceram que o Estado está obrigado a determinar seu paradeiro”.³⁹

A Corte Interamericana, por sua vez, já declarou em duas ocasiões a infringência desse direito, por parte de signatários da Convenção, associando-a à violação de outros direitos consagrados no Pacto Interamericano.⁴⁰

Tomando-se o tema do direito à informação governamental em seu aspecto mais amplo, aquela Corte, em sentença proferida em setembro de 2006, condenou o Estado chileno a fornecer informações solicitadas pelos suscitantes do contencioso e adequar sua normativa interna sobre acesso a informações governamentais às regras do Sistema Interamericano. Tratava-se, então, de demanda sustentada por ativistas ambientais, aos quais se negou acesso a documentações relativas a projeto de exploração florestal a ser desenvolvido por empresa multinacional, com a autorização do governo local. Trata-se do primeiro caso em que se aborda o assunto de forma específica e principal, não estando associado a outras violações relativas à liberdade pessoal e à integridade física dos interessados.⁴¹

Nossa Constituição, a exemplo de outras Constituições recentes, preocupou-se em incluir, entre os direitos fundamentais, o direito de acesso à informação. Ressaltamos os seguintes dispositivos:

³⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual 2002 da Relatoria Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/vol.3.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

⁴⁰ “A questão do direito à verdade influiu posteriormente em dois casos que considerou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O primeiro destes teve relação com a desaparecimento de Efraín Bámaca Velásquez, líder de um grupo guerrilheiro, em mãos do exército guatemalteco. E o caso Barrios Altos se referiu a um assalto e tiroteio num edifício de apartamentos em Lima, Peru, que teve um saldo de quinze mortos e quatro feridos e que, como se denunciou, foi obra de membros do “Grupo Colina”, um esquadrão da morte dos serviços de inteligência do Exército peruano. Em ambos casos, a Corte entendeu que se tinha infringido o direito dos familiares das vítimas de conhecer a verdade a respeito das violações dos direitos humanos que se denunciavam, mas que não era necessário considerar esse aspecto isoladamente, porque em ambos casos, a questão se tratava como parte da violação dos artigos 8 e 25.” (Idem, § 46).

⁴¹ Trata-se do caso de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola e Arturo Longton Guerrero (Decisão disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2008).

“Artigo 5º (...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - todos têm 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, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

(...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

(...)

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Percebe-se, pela leitura dos textos citados, que o constituinte teve especial apreço por esse direito, estabelecendo no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos não apenas o direito em si, mas também as garantias para o seu exercício, como a obtenção gratuita de certidões e o instrumento processual do *habeas data*.

No que tange à natureza de tal direito, cumpre ressaltar a sua dimensão coletiva, reconhecida pela doutrina antes mesmo da promulgação da Constituição vigente, conforme pontificava Freitas Nobre, ao dizer que “esse direito não é um direito pessoal, nem simplesmente um direito profissional, mas um direito coletivo”.⁴²

⁴² NOBRE, Freitas. *Lei da informação*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 9.

José Afonso da Silva acrescenta:

“O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do *direito de comunicação*, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. (...) A Constituição acolheu essa distinção. No capítulo da comunicação (arts. 220 a 224), preordena a liberdade de informar complementada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo artigo 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara *assegurado a todos o acesso à informação*. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opiniões, ideias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixara de ser mera função individual par tornar-se função social.”⁴³

Tratando-se, portanto, não apenas de direito puramente individual, mas de um direito da coletividade, a ele somente se pode opor direito que tenha igual relevância no campo dos direitos consagrados na Constituição Federal. É sob essa lógica que deve ser lida a ressalva que a Constituição opõe ao acesso de informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” e de que os atos processuais serão sigilosos quando isso for imprescindível ao “interesse social”.

Também nessa linha deve ser compreendido o resguardo à privacidade, bem de cunho individual, mas cuja relevância coletiva é inegável, diante da necessidade de resguardar o indivíduo da opressão estatal, dada a inegável vantagem que o Poder Público detém, no que tange ao acesso

⁴³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 259.

das informações, sobre as pessoas submetidas à sua autoridade⁴⁴. Assim o faz o Texto Constitucional, ao considerar “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, inc. X). Para garantia de tal direito, a Constituição declara “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, inc. XII), permitindo-se a restrição da publicidade dos atos processuais, quando a “defesa da intimidade” o exigir (art. 5º, inc. LX).

Ainda no que tange aos atos praticados nos processos judiciais, dispõe a Carta Política:

Artigo 93 - (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”⁴⁵

Observe-se que o valor da intimidade somente há de prevalecer quando não prejudicar o interesse público à informação, reafirmando-se que o interesse predominantemente individual há de ceder lugar ao interesse da coletividade.

Verifica-se que a Constituição repete, com outras palavras, as ressalvas já consagradas nos textos supranacionais, evitando felizmente, a menção à “ordem” e à “moral pública”, termos de inegável vagueza conceitual,

⁴⁴ Não podemos nos furtar a mencionar aqui o lamentável episódio, ainda sob apreciação do Supremo Tribunal Federal em ação penal, em que várias autoridades da república promoveram, de forma ilegal, a quebra do sigilo bancário de um cidadão que testemunhou fatos comprometedores acerca de um ministro de Estado, no âmbito de uma Comissão Parlamentar de Inquérito. Felizmente, o repúdio unânime a tal procedimento por parte da opinião pública tornou impraticável a permanência do ministro em seu cargo.

⁴⁵ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

que certamente serviriam para legitimar abusos à liberdade de expressão e de acesso à informação.

Não se pode, por outro lado, ignorar a indeterminação do que venha a ser a “segurança da sociedade e do Estado”, visto que também se pode atribuir a essas expressões uma largueza por demais conveniente àqueles que buscam ocultar seus atos da investigação da sociedade – talvez inspirados pela fábula de Giges.⁴⁶

Cabe lembrar também que, quanto à atividade administrativa, o princípio que vigora é o da *publicidade*, conforme preceitua o artigo 37 do Texto Constitucional. Assim, não pode o agente público⁴⁷, alegando proteção de sua privacidade, impedir a investigação dos atos praticados no exercício da atividade pública ou a ela relacionados.⁴⁸

O sigilo, para o agente público, se coloca como um dever associado ao princípio da *impessoalidade* (art. 37 da CF). É o que se nota, por exemplo, da previsão de exigências e restrições especiais – como a chamada *quarentena* – para os servidores que tenham acesso a informações privilegiadas (art. 37, § 7º).

⁴⁶ Além do exemplo já mencionado, desde 2006, a Presidência da República recusa o acesso aos seus gastos com cartões de crédito corporativos, a pretexto de proteger a segurança do presidente (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2303200614.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008). No momento da redação deste texto, a questão é motivo de verdadeira guerra política, com vazamento de informações sobre os gastos feitos pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, que teriam sido promovidos pela própria Casa Civil, como retaliação à insistência da oposição no Congresso em ter acesso aos dados relativos aos gastos do presidente Lula. (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2903200808.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008).

⁴⁷ Serve-nos aqui o conceito de agente público constante da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92): “Artigo 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”.

⁴⁸ “(...) a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois, na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia, sendo absolutamente vedada a interpretação que diminua sua finalidade, no caso, a transparência dos negócios públicos.” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102).

5.2 Normas infraconstitucionais que preveem o sigilo de informações e sua interpretação à luz dos princípios da Constituição Federal

São diversos os dispositivos legais infraconstitucionais que estabelecem o *dever de sigilo* para resguardo de valores garantidos na Constituição Federal⁴⁹. Usaremos aqui o termo *sigilo* no sentido de obrigação legal imposta a alguém de não revelar um segredo (conteúdo), sob pena de responsabilização, conforme distinção proposta por Mário Sérgio Sobrinho.⁵⁰

Para interpretação da referidas normas ao sigilo, devemos ter por princípio que o *dever de sigilo* é sempre dirigido para salvaguardar o interesse legítimo de um terceiro – seja ele um indivíduo, um grupo ou a sociedade inteira. Obviamente, não pode um sujeito alegar *dever de sigilo* para negar-se a revelar informações a seu próprio respeito, pois se trata aí de uma *faculdade* que ele tem de revelar a informação ou mantê-la em segredo, em resguardo de sua privacidade ou, até mesmo, no exercício de seu direito de defesa (art. 5º, LXIII, da CF). Da mesma forma, não pode o detentor de informações relativas a determinada pessoa negar-lhe o acesso às informações, sob pretexto de resguardo do sigilo do próprio peticionante. Embora pareça óbvia a impropriedade de tal procedimento, ele é por vezes utilizado por órgãos públicos para impedir que uma pessoa – ou um familiar, no caso de pessoa morta ou desaparecida – tenha acesso às informações de seu interesse.⁵¹

⁴⁹ Levantamento efetuado por Mário Sérgio Sobrinho, indicando os principais diplomas que estabelecem normas de sigilo: Código Penal, Lei de Imprensa, Lei de Entorpecentes, Lei da Responsabilidade pela Prática dos Atos Relacionados com Atividades Nucleares, Lei de Segurança Nacional, Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei da Propriedade Industrial, Lei das Interceptações Telefônicas, Código Penal Militar e Lei dos Crimes de Responsabilidade das Autoridades Públicas (Segredo de estado e prova ilícita. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2042.pdf>. Acesso em: 10 maio 2008. p. 5).

⁵⁰ “É possível verificar, portanto, ser o segredo o conteúdo que não pode ser revelado, enquanto que o sigilo é o continente que não deve ser transpassado, de modo que se impõe a uma pessoa ou instituição – representada por pessoas – para a preservação do segredo, cuja revelação ou quebra pode acarretar inclusive punição.” (Idem, p. 3).

⁵¹ Nesse sentido, relato feito ao autor por Janaína de Almeida Telles, incansável lutadora em prol do direito de acesso à informação pelos familiares dos mortos e desaparecidos do período da ditadura militar. Sobre a luta dessas pessoas: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br>>.

Em relação àquele que tem o legítimo interesse de obter a informação, o sigilo se coloca como uma *exceção*, a ser oposta pelo detentor da informação, para escusar-se do dever de prestar a informação. Referimo-nos aqui ao conceito de *exceção de direito material* utilizado na teoria geral do direito, como “o direito que assiste a uma pessoa de impedir o exercício contra si, do direito de outrem, arma defensiva contra o ataque do titular do direito, como diz Lehmann. Em síntese, um contradireito”, consoante lição de Orlando Gomes.⁵²

Pontes de Miranda ressalta que “a exceção é contradireito, mas apenas encobre o outro”⁵³, ou seja, não elimina no todo, nem em parte, o direito, apenas encobre a sua eficácia. Não se discute, pois a existência do direito – no caso, o direito de acessar a informação governamental, que é direito pleno de todos os cidadãos –, mas a sua exigibilidade diante de uma situação que, em tese, torna o exercício desse direito prejudicial ao interesse da coletividade.

Ainda com relação à informação governamental, pode-se dizer que é uma *exceção dilatória*, usando ainda o ensinamento de Pontes de Miranda, que enquadra nessa espécie “as que encobrem temporariamente ou cessam de ter efeito a dado momento, ou podem ser destruídas por ato do titular do direito a cuja eficácia se opõem, ou só têm efeito enquanto não se tem por certa alguma situação”.⁵⁴

Para que seja oposta, tal exceção deve ser juridicamente embasada, com base nas restrições previstas no texto da Constituição Federal. Além disso, é necessário que a restrição seja razoável e proporcional em relação aos fins a serem atingidos e ao objeto de sua tutela.⁵⁵

Para Fábio Konder Comparato, as autoridades que aleguem o dever de sigilo para manter segredo sobre informações obtidas em razão do cargo devem “provar, caso a caso, a legitimidade do sigilo, pois que se

⁵² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 138.

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 6. p. 32.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁵ NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto, *Cidadania e controle democrático do acesso aos documentos sigilosos*, p. 19.

trata de uma exceção ao princípio da publicidade de todos os atos oficiais (Constituição, art. 37, *caput*), e o ônus da prova incumbe sempre àquele que invoca a exceção contra o princípio de direito”⁵⁶. De forma análoga se expressa Norberto Bobbio, ao observar que em regimes autocráticos, “o segredo de estado é uma regra”, sendo que na democracia “é uma exceção regulada por leis que não lhe permitem uma extensão indébita”.⁵⁷

O posicionamento de Comparato e de Bobbio ecoa, de certa forma, a preocupação de dois famosos juizes da Suprema Corte americana, na busca por estabelecer os lindes para a atuação do Estado na matéria. A partir de 1917 – data em que entrou em vigor naquele país uma lei de repressão à espionagem – Oliver Wendell Holmes e Louis Dembitz Brandeis tentaram estabelecer como parâmetro a regra do “perigo evidente e atual” (*clear and present danger*) como maneira de evitar os abusos das autoridades legislativas e executivas na política da liberdade de expressão dos cidadãos. Para tanto, os julgadores deveriam usar da “regra da razão” (*rule of reason*), ou seja, analisar caso a caso a iminência e a realidade do perigo.⁵⁸

Posteriormente, outros juizes da Suprema Corte, como Benjamin Cardozo e Wiley Rutledge formularam a doutrina da posição preferencial (*preferred position*) das liberdades democráticas da Primeira Emenda, considerando a liberdade de expressão como “matriz, a condição indispensável de quase todas as outras formas de liberdade” (Cardozo) e afirmando, no exame de leis limitadoras dessa liberdade, que “a presunção usual em favor da lei é contrabalanceada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda” (Rutledge).⁵⁹

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O direito à verdade no regime republicano. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 9, n. 195, p. 43, fev. 2005. Aqui, evidentemente, o autor usa o termo “exceção” em outra acepção, no sentido de uma regra especial, que derroga uma regra geral, que por sua vez é decorrente do princípio republicano.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*, cit., p. 101.

⁵⁸ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 147-157 e 269-292. Essa linha interpretativa tem sido muito influente naquela Corte, embora o seu uso tenha sido afastado em períodos de maior turbulência política e conseqüente recrudescimento das preocupações referentes à segurança do país – o que ocorreu no auge do período da Guerra Fria e hoje se observa em razão do pânico disseminado pelo terrorismo.

⁵⁹ Apud RODRIGUES, Leda Boechat, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, cit., p. 270-271.

Não se pode deixar de observar a similaridade entre as soluções oferecidas pelos magistrados americanos e o crescente uso em nossa doutrina e jurisprudência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetros interpretativos e harmonizadores das normas da Constituição, adotando-se como ponto de partida a preservação da integridade dos direitos fundamentais.

Através do uso de tais parâmetros, aproxima-se nossa cultura constitucional, malgrado seu extremado apego ao positivismo formalista, da técnica cunhada especialmente pela hermenêutica constitucional como *ponderação de interesses* (também denominada *ponderação de princípios* ou *valores*), pela qual se busca, sob a premissa da unidade de Constituição, resolver eventuais conflitos entre os princípios nela consagrados, postos à prova em uma situação concreta.⁶⁰⁻⁶¹

Esse tipo de operação tem sido especialmente utilizado pela jurisprudência estrangeira para solucionar a colisão de interesses relacionados à liberdade de expressão e de informação com outros interesses consagrados nos textos constitucionais – como os direitos relativos à privacidade

⁶⁰ Confira-se, nesse sentido, a atualíssima entrevista do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski: “Sempre que há colisão de valores, deve-se levar em conta os grandes princípios constitucionais. É a visão da moderna hermenêutica constitucional, que vem da doutrina alemã e dos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, que prestigia os princípios fundantes da Constituição. Não se pode dizer, em termos meramente abstratos, que um princípio é mais importante que outro. É preciso sopesá-los em face de um caso concreto. Assim, somente numa dada situação de fato é possível avaliar se a liberdade de expressão tem ou não precedência sobre a defesa da honra, da intimidade. Os princípios constitucionais só podem ser interpretados à luz da realidade fática subjacente, que definirá os contornos que eles assumirão num certo momento.” (Entrevista, *O Estado de S. Paulo*, de 19 abr. 2006, Editoria nacional, p. A8).

⁶¹ Trata-se de operação de cunho racional-argumentativo, necessariamente justificada, assim descrita por Daniel Sarmento: “A ponderação de interesses tem de ser efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compressão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto. Nestas compressões, deve ser utilizado como parâmetro o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. (...) O princípio em questão impõe que as normas sejam adequadas para os fins a que se destinam, sejam o meio mais brando para a consecução destes fins e gerem benefícios superiores aos ônus que acarretam (trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).” (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 198-199). Invertemos a ordem da explicação contida no texto do autor, para melhor didática, no presente artigo.

(vida privada, honra, imagem, etc.)⁶². Também no âmbito interamericano, a OEA preconiza o uso dessa técnica para resolver conflitos entre esses valores consagrados constitucionalmente.⁶³

No contraste específico entre a liberdade de informação e a segurança do Estado, Daniel Sarmento relata o julgado da Corte Constitucional alemã em que, analisando uma decisão criminal acerca da revelação de segredos de Estado publicados na imprensa, afastou a punição do responsável, por entenderem os juízes que o interesse da opinião pública, no caso concreto, era superior ao da segurança estatal.⁶⁴

Concluindo este artigo, podemos constatar que, no contexto do regime republicano e, no caso brasileiro, em vista dos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, consagrados na Constituição Federal, considera-se o sigilo uma situação de caráter excepcional e necessariamente limitada no tempo, tendo em vista o interesse público de acesso à informação, mormente se essa informação diz respeito às atividades de caráter estatal.

Por conseguinte, eventuais limitações que venham a ser impostas à liberdade de informação e ao acesso à informação de interesse público – assim consideradas também as de interesse individual, mas de relevância pública – somente serão válidas se aferidas concretamente quanto à sua razoabilidade e proporcionalidade, não se admitindo o sacrifício imoderado ou injustificado desse direito, dada a sua importância na própria manutenção do Estado Democrático de Direito.

⁶² Sob esse enfoque, Edilson Pereira de Farias analisa a ponderação de interesses na jurisprudência dos Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Itália (*Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 175-183.

⁶³ Ver Lei Modelo de Acesso à Informação Administrativa para Prevenção da Corrupção. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/dr_alfredo_chirino_sánchez.htm>. Acesso em: 06 abr. 2008.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 166.

6 Referências

BANISAR, David. *Freedom of information and access to government record laws around the world*. Privacy International, Londres, 2004. Disponível em: <www.freedominfo.org/documents/global_survey2004.pdf>. Acesso em: 10 maio 2008.

BENTHAM, Jeremy, *The Panopticon writings*. Ed. Miran Bozovic. Londres: Verso, 1995. Disponível em: <<http://cartome.org/panopticon2.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CEPIK, Marco. *Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização dos serviços de inteligência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual 2002 da Relatoria Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/vol.3.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. O direito à verdade no regime republicano. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 9, n. 195, p. 43, fev. 2005.

DUBNER Stephen J.; LEVITT, Steven D. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ECO, Umberto. Os sinais do poder. In: MAZARIN, Cardeal. *Breviário dos políticos*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1997. p. 23-31.

FARIAS, Edílson Pereira de Farias. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do silêncio*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e de Criminologia*, Rio de Janeiro, Forense, n. 35, p. 60-69, jan./jun. 1983. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo32.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. São Paulo: Vozes, 1987.

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GENTILI, Alberico. *O direito de guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

JEFFERSON, Thomas, *Escritos políticos*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

K., Joseph (Pseud.). Os arcaicos arquivos secretos. Tradução de Patrícia Burrowes. *Le Monde Diplomatique* (edição brasileira), ano 1, n. 6, jul. 2000. Disponível em <<http://diplo.uol.com.br/2000-07,a1793>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. Para a paz perpétua. In: GINSBURG, J. (Org). *A paz perpétua: um projeto para hoje*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 31-88.

LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 225-237.

MACHIAVELLI, Niccoló. *A arte da guerra*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005.

_____. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

MANGUEL, Alberto. *Uma história da leitura*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MAZARIN, Cardeal. *Breviário dos políticos*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1997.

MILLÁN SALAS, Francisco; PERALTA ORTEGA, Juan Carlos. El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, n. 5, p. 203-222, 1995.

MILTON, John. *Aeropagítica*. Tradução de José Carner. Cidade do México: Sociedade Interamericana de Prensa; Fundo de Cultura Económica, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOBRE, Freitas. *Lei da informação*. São Paulo: Saraiva, 1968.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. *Cidadania e controle democrático do acesso aos documentos sigilosos*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/Producao_intelectual/htm/tp_download.htm>. Acesso em: 30 mar. 2008.

PISTONE, Sérgio. Razão de Estado. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. v. 2, p. 1.066-1.073.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Leonel Vallandro. São Paulo: Ediouro, [199-].

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 6.

PRINCÍPIOS DE JOANESBURGO. Disponível em: <<http://www.law.wits.ac.za/humanrts/instree/Pjohannesburg.html#11>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

PRINCÍPIOS DE SIRACUSA. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RYAN, Cornelius. *O mais longo dos dias*. Porto Alegre: L&PM, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SEELAENDER, Airton Lisle Cerqueira Leite. Democratização pelos “mass media”? o direito a ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 83, p. 318-347, jan./dez. 1988.

_____. Surgimento da idéia de liberdades essenciais relativas à informação: a “Aeropagítica” de Milton. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 86, p. 190-211, 1991.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. Segredo de estado e prova ilícita. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_dout_crim/crime%2042.pdf>. Acesso em: 10 maio 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUN TZU. *A arte da guerra*. Tradução de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2000.

TÁCITO. *Anais*. Tradução de Leopoldo Pereira, Rio de Janeiro: Ediouro, [1985?].

TARANTO, Domenico. O discurso da razão de Estado. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). *História argumentada da filosofia moral e política*. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 244-253.

TOLEDO, Carlos José Teixeira. *Patrimônio cultural urbanístico: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva*. 1997. 190 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

UGARTE, José Manuel. El control público de la actividad de inteligencia: la búsqueda de legitimidad y eficacia. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Conselho/CCAI/txtUgarte.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

VITA, Caio Druso de Castro Penalva. Razão de estado e poder constituinte: vida e obra por fazer. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. São Paulo: Manole, 2005. p. 233-255.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1999.

_____. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS LÍCITOS

Cristiana Corrêa Conde Faldini¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Responsabilidade ou dever de indenização? 2.1 Relevância e imprescindibilidade da prática do ato lícito. 2.2 Relevância da distinção entre licitude e ilicitude do ato. 3 Caracterização da licitude para fins de responsabilidade. 3.1 Fundamento e objetivo da responsabilidade. 3.2 Caracterização e apuração do dano indenizável. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade do Estado, instituto que, considerado como “instrumento de legalidade material”², se julga pertinente abordar diante da atuação positiva do Poder Público.

Em que pese o tema responsabilidade civil do Estado já ter sido profundamente debatido, pareceu oportuno promover estudo dirigido à prática de atos lícitos pelo Poder Público, de forma a repensar sua abrangência no contexto social contemporâneo.

O caráter democrático do Estado, assim declarado na Constituição, permanece e deve influir sobre a configuração da Administração. A responsabilidade do Estado deve continuar a servir de instrumento de defesa dos administrados face à ingerência da Administração Pública, mas sua ampliação desordenada ensejaria substanciais prejuízos aos próprios cidadãos. Assim,

¹ Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da USP e doutoranda em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 14. Para o autor, o instituto da responsabilidade do Estado merece revigoramento apto a “torná-lo meio eficiente de defesa dos cidadãos”.

quando se faz menção ao “princípio da confiança legítima”³, deve-se ter em mente que os princípios democráticos devem informar sim a atuação administrativa, pois é sabido que “inexiste democracia sem democracia da Administração”⁴, mas não podem servir a distorções caracterizadoras do enriquecimento sem causa dos particulares.

Novos balizamentos da dicotomia interesse público e interesse privado norteiam o estudo, de forma a reenquadrar a atuação lícita da Administração Pública dentro desses novos conceitos.

O objeto de estudo do trabalho proposto está centrado na formulação teórica da responsabilidade do Estado por atos lícitos, buscando demonstrar a relevância da distinção da juridicidade da conduta do Poder Público no tocante às consequências ao erário público para compatibilização do interesse público com o interesse particular.

Aborda também alguns aspectos práticos dessa responsabilidade, perpassando critérios para estabelecimento da indenização, sem que o enfoque signifique negativa de vigência do princípio da igualdade ou venha a representar qualquer concepção predefinida de supremacia do interesse público.

Com efeito, não se propõe restringir ou afastar aprioristicamente a responsabilidade do Estado por atos lícitos, o que está consagrado constitucionalmente e não se dissociaria do ordenamento sem que restasse abalado o próprio Estado de Direito. O que se procura, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, é promover enquadramento crítico daquela consequência.

³ O princípio da confiança legítima, consagrado no ordenamento alemão e em fase de expansão para outros ordenamentos, apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica e remete à continuidade das leis, à subsistência das normas. Mais amplo que o conceito de direitos adquiridos, abrange direitos ainda não adquiridos, mas que se encontram em vias de constituição, assim como dá proteção a compromissos cuja realização a Administração Pública acenou como prováveis, tutelando os administrados contra rupturas abruptas ou radicais mudanças de rumo. Ainda com projeção discreta, mas relevante, visa a que a Administração Pública somente altere seu comportamento ou a disciplina legal em vigor quando for estritamente necessário, face ao objeto da medida e às finalidades (públicas) a alcançar. Nessa linha, preventivo o estabelecimento de um regime de transição. (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 246-248).

⁴ MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, cit., p. 168-169.

2 Responsabilidade ou dever de indenização?

A origem da palavra responsabilidade reside no latim, no termo *respondere*, “de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare centum? Spondeo*, ou seja, prometes-me dar um cento? Prometo)”.⁵

A idéia, portanto, é de responder por algo⁶. Quando os legisladores franceses conceberam a responsabilidade civil, indicaram a culpa como seu fundamento maior – sem ela não haveria obrigação de reparar. A noção já era cunhada na Idade Média; nos séculos XIII e XIV, associava-se a culpa à responsabilidade.⁷

Discorrendo sobre a evolução da concepção jurídica de responsabilidade, Giselda Maria F. Novaes Hironaka apresenta precisa e oportuna síntese:

“Será por volta do final do século XVIII que a *responsabilité* se tornará presente no vocabulário jurídico, ainda que não apareça, imediatamente, nos códigos do início do século XIX. Entretanto, quando o assunto se consagra na atenção dos doutrinadores desse mesmo século, a responsabilidade então concebida será a responsabilidade baseada na idéia de culpa e, em especial, será a continuidade terminológica da concepção jurídica que havia iniciado seu percurso no fim do século anterior – dentro, já então, do pensamento jurídico da Revolução, mas distante, agora, de uma concepção racionalista.”⁸

De forma simplista, certo é que a associação do conceito à culpa, remetendo à idéia da prática indevida de determinado ato em lugar de outro, esperado, levou muitos doutrinadores a repelirem esse conceito, quando se trata de analisar as consequências danosas da prática de atos lícitos.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura: alguns casos de indenização no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 26, n. 100, p. 628-658, out./dez. 2000.

⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5. p. 187.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 73 e 77.

⁸ *Ibidem*, p. 86.

Renato Alessi ensina que, em relação aos atos lícitos, não seria adequado falar em responsabilidade⁹. Haveria lesão a direito e em relação aos atos ilícitos haveria violação a direito. Assim, quando se tratar de danos oriundos de atividade lícita do Estado, adequado seria dizer “dever de indenização”, ao passo que para os atos ilícitos, corresponderiam as expressões responsabilidade e ressarcimento¹⁰. A afronta a direito propriamente dita só ocorreria no caso de violação, mas, em decorrência do princípio da igualdade dos administrados face aos encargos públicos, e a fim de evitar enriquecimento sem causa, assiste ao lesado o direito a indenização.

A lição decorre de interpretação deveras ampla ao artigo 42 da Constituição italiana¹¹, ainda em vigor, que fala em indenização e versa sobre direitos reais, sendo que o autor estende sua incidência a direitos pessoais. Para o autor, haveria autorização constitucional para a prática de atos lícitos que interferissem na esfera juridicamente protegida dos administrados, inclusive no campo dos direitos pessoais, aplicando-se, para restabelecimento do equilíbrio financeiro, o mecanismo da conversão de direitos acima mencionados em indenização.

⁹ “Già si è avuto occasione di accennarvi nel corso del lavoro e si è avuto occasione di dire che il fondamento teorico e positivo di questa forma speciale di responsabilità è del tutto distinto dal fondamento teorico e positivo della normale responsabilità, laonde solo impropriamente può essere denominata responsabilità.” (ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939. v. 1, p. 244).

¹⁰ Renato Alessi enuncia que havendo sacrifício de direitos, corresponde indenização, ao passo que somente violação de direitos ocasiona ressarcimento e, portanto, responsabilidade. Transcreve-se trecho da lição: “Per tale ragione, il danno che ai private deriva da questo sacrificio di un vero diritto, non potrà, in base alle normali regole che governano la responsabilità della pubblica amministrazione, trovare un risarcimento. Cio non pertanto in molti casi in cui da una norma giuridica viene previsto il sacrificio di un diritto privato per il soddisfacimento di un interesse pubblico, dalla norma stessa viene disposta la rifusione del danno per tal modo cagionato al cittadino, dando luogo così a quella forma speciaie di responsabilità della pubblica amministrazione cui si è accennato, e cioè allà responsabilità per danni legittimi. È chiaro però, naturalmente, che questa rifusione del danno non avrà la natura di un vero e próprio risarcimento (e di fatti dalle leggi che lo contemplano è denominata per lo più indennizzo anziché risarcimento), così come il fondamento teorico e positivo di questa speciale forma di responsabilità sarà sostanzialmente diverso dal fondamento teorico e positivo della vera e própria responsabilità, la quale presuppone la violazione di un diritto soggettivo.” (ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 246).

¹¹ “Artigo 42 - A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e salvo indenização, expropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os direitos da sucessão legítima e testamentária, e os direitos do Estado sobre as heranças.” (tradução livre.)

Tamanha elasticidade do dispositivo constitucional italiano, embora tenha contribuído para ressaltar a necessidade da distinção entre atos lícitos e ilícitos como causa de pedir indenização ou ressarcimento, não foi compartilhada pelos demais doutrinadores italianos, mesmo aqueles que reconhecem a oportunidade da diversidade de fundamentos.¹²

A atuação estatal tem como escopo precípua promover o bem comum, o que enseja, na maioria das vezes, sacrifícios de direitos de particulares em prol da comunidade. E se o sacrifício de direitos de particulares configurar danos patrimoniais a uma parcela específica de administrados, a solução encontrada será a preponderância do interesse público e a contrapartida do dever de indenização, consubstanciado na *conversão do direito* atingido ou sacrificado em equivalente expressão patrimonial.

A doutrina italiana sugere que, nos casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos, a indenização deveria equivaler apenas e tão somente ao prejuízo sofrido, como se fosse obrigação inerente à condição de cidadão submeter-se à consecução do interesse público mediante sacrifício de bens ou direitos particulares. Não seria, portanto, caso de responsabilidade propriamente dita, apenas de aplicação da equação supra mencionada: conversão do direito violado em equivalente expressão patrimonial.

No mesmo sentido preceitua Guido Zanolini¹³, que afirma ser inadequado o emprego da expressão responsabilidade para a contrapartida dos danos oriundos de atividades lícitas do Estado. A responsabilidade do Estado somente se configuraria mediante a prática de conduta ilícita, da qual resultassem danos, tendo em vista que quando o prejuízo adviesse da prática de ato lícito, corresponderia a um sacrifício do qual não poderia o administrado se esquivar.

Fernando Garrido Falla, à semelhança de Alessi, entende que se devem indenizar os danos provenientes de atos lícitos e responsabilizar o Estado pelos danos provenientes de atos ilícitos.¹⁴

¹² ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano; Giuffrè, 1958. v. 1, p. 335 e ss.

¹³ Ibidem, p. 350.

¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 244.

Restringiram, portanto, a utilização do termo responsabilidade para as hipóteses de infração legal, de atos ilícitos, fazendo distinção que muitos autores não aceitam ou abandonaram.

Os que dispensam o rigorismo terminológico traduzem o conceito para o sistema jurídico, para lhe conferir o sentido de dever moral de não prejudicar o outro¹⁵. E, nesse sentido, caberiam os atos lícitos, de forma que seria adequado falar em responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos.

Miguel Maria de Serpa Lopes também perfilha esse entendimento, ao traduzir responsabilidade civil como dever de reparar o *prejuízo*.¹⁶

Para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷, cabe responsabilidade ou indenização quando o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta indiretamente (como consequência do ato e não sua finalidade¹⁸) a lesão a um direito alheio. Para o autor, apenas nos casos em que o poder deferido ao Estado pela norma jurídica tem como conteúdo restringir ou aniquilar direito alheio é que se pode afastar o conceito de responsabilidade. Nesses casos, quando o sacrifício de direitos é querido pela norma, não há responsabilidade, mas mero cumprimento do dever legal.¹⁹

A doutrina assente em não falar de responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder cujo conteúdo reside em aniquilar direito alheio, do que é exemplo a desapropriação. Haveria, nesse

¹⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 689, p. 118, mar. 1993.

¹⁶ “Sob esse critério, a responsabilidade torna-se um conceito secundário; supõe sempre uma relação entre dois sujeitos e que se resolve, em última análise, numa obrigação de reparação. Consequentemente, responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, com a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.” (SERPA LOPES, Miguel Maria, *Curso de direito civil*, cit., v. 5, p. 188-189).

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 959. Sintetiza o autor: “Entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os casos em que o Direito confere à Administração poder jurídico *diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem*. Diversamente, consideramos inclusos no tema da responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado, orientada para certo fim não necessariamente entrecrocante com direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.” (Ibidem, p. 960).

¹⁸ A respeito do tema, v. item 3, infra.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, ob. cit., p. 960.

caso, mero cumprimento da lei. A norma, nesse caso, fala propriamente em indenização, conforme o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal.²⁰

Esse entendimento é comungado pela doutrina pátria e estrangeira, como bem salientam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández²¹, que excluem da abrangência do instituto da responsabilidade a desapropriação – que se rege por regime jurídico diverso –, sob pena de caracterização de dano jurídico (ou seja, previsto na lei) indenizável.

Pondera-se, neste passo, por exemplo: nos casos em que não se está meramente aplicando a lei e indenizando (quando a lei expressamente traz o benefício e determina a indenização), mas há dano causado sem culpa, não se poderia falar em responsabilidade? Houve um ilícito, pois ocorreu uma lesão jurídica (leia-se restrição a direitos positivados da vítima), a diferença é que o ilícito não está no ato principal, na sua finalidade, mas aparece como sua consequência, como resultado.

Amaro Cavalcante não se opunha à utilização dos termos *responsabilidade* e *civil*, afirmando que “a responsabilidade civil significa tão somente a obrigação de prestar uma reparação pecuniária que restabeleça a situação patrimonial anterior do lesado”²². Entretanto, reconhecia a limitação da extensão do dever do Estado indenizar somente na esfera civil, de forma que é preciso respeitar o posicionamento que considera a expressão *responsabilidade civil do Estado (ou de pessoa jurídica)* pleonástica. Tratando-se, pois, de pessoas jurídicas, não haveria no ordenamento pátrio, segundo o autor, além da civil, outra sanção à qual pudessem ser submetidas, de forma que se tornaria desnecessário adjetivar a responsabilidade.

A respeito dessa questão conceitual, válido ainda registrar o posicionamento trazido à baila por Elcio Trujillo, que entende descabido utilizar o adjetivo *civil* para conceituar a responsabilidade cabível ao Estado, mas sob fundamento diverso, qual seja o receio de que a expressão possa

²⁰ Constituição Federal: “Artigo 5º - (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1977. v. 2, p. 319.

²² CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905. p. 218.

induzir à idéia de que a relação jurídica em questão seria regida pelo direito privado.²³

Em que pese o registro feito e o fato de efetivamente usarmos em alguns trechos do trabalho a expressão responsabilidade do Estado (sem o adjetivo *civil*), não se está a acatar a lição exposta, que parece demasiadamente zelosa. Ora, não se pode negar que a origem da responsabilidade do Estado remonta mesmo ao direito civil, de forma que a adjetivação do substantivo pode configurar resquícios dessa aproximação. Cremos, contudo, que o instituto da responsabilidade do Estado já está suficientemente disciplinado por regras e princípios publicísticos, de forma que não achamos relevante o temor por eventual equívoco de interpretação ou de aplicação de regime que poderia advir da utilização da expressão *responsabilidade civil do Estado*.

Por outro lado, aqueles que entendem ainda aplicável a responsabilidade subjetiva do Estado²⁴ não lançam mão do adjetivo *civil* para justificar a incidência de regras e princípios típicos do direito privado. O raciocínio vai além dessa conclusão simplista, mais baseado na natureza jurídica dos atos praticados.

E, ainda que não se utilize a expressão responsabilidade *civil* do Estado, a supressão do termo não possui o condão de afastar a aplicação de normas do direito privado, mais especificamente do Código Civil, como no caso de caracterização e apuração dos danos.

Julgamos, dessa forma, dispensável a adjetivação, inclusive reconhecendo a existência de algumas normas e posicionamentos doutrinários que possibilitam admitir a responsabilidade da pessoa jurídica no campo penal.

²³ TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LEUD, 1996. p. 36.

²⁴ Importante, com base nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, distinguir a objetividade da conduta à qual se atribui o dano da objetividade da responsabilidade: “A primeira é sempre objetiva, pois o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda sê-lo-á ou não. Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que o *direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 968-969).

Não se deve, assim, inferir qualquer posicionamento desta subscritora pelo emprego, ou não, da expressão responsabilidade *civil* do Estado.

Voltando à possível distinção de emprego das expressões responsabilidade e indenização, Elcio Trujillo, em outro trecho de sua obra, refere-se à segunda como espécie da primeira, valendo transcrever suas oportunas lições:

“A rigor, toda manifestação da atividade estatal traz ínsita a questão da responsabilidade – obrigação de responder quando, pelos seus atos, ocasionar prejuízo ao patrimônio de outrem.

Submete-se, portanto, o Estado a uma sanção jurídica cuja natureza é essencialmente patrimonial, consistente na reparação do dano, através de uma prestação pecuniária.

Na esfera civil, pode-se falar em ‘restituição’, ‘ressarcimento’, ‘reparação’ e ‘indenização’ como espécies de consequências que a responsabilidade é suscetível de engendrar.

A restituição consiste na devolução de um bem pelo ofensor ao ofendido. É a consequência mais simples do ato lesivo, não chegando a configurar autêntico ressarcimento, exceto em hipóteses muito raras. O ressarcimento é o pagamento do dano ocasionado em toda sua extensão, incluindo o prejuízo emergente e o lucro cessante. O termo ‘reparação’ é utilizado nos casos em que o dano não tem caráter patrimonial.

A indenização no sentido próprio, surge em direito público, nos casos em que os atos, embora lícitos, acarretem prejuízo.

Assim, no que se refere à responsabilidade do Estado, se decorre do ato ilícito, tem como consequência o ressarcimento, se decorre de ato lícito, a consequência é a indenização. Embora seja esta a terminologia correta, tem-se difundido o uso da palavra ‘indenização’ significando genericamente o *quantum* para satisfazer a obrigação de índole extracontratual qualquer que seja, considerando-a sinônimo de ressarcimento.”²⁵

O posicionamento pode parecer deveras diplomático, visto que logra conciliar as correntes doutrinárias contrapostas. Entretanto, não se pode

²⁵ TRUJILLO, Elcio, *Responsabilidade do Estado por ato lícito*, cit., p. 39-40.

negar que a lição resolve a questão de forma suficiente, inclusive porque é passível de ser deduzida da letra da Constituição Federal, que mencionou: “(...) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”²⁶

“Responder”, na língua portuguesa é definido etimologicamente como “responder. (...) 4. Corresponder (a algo), seja como seu oposto, ou como consequência, complemento, equivalente. 5. Revidar (a uma agressão física ou moral) com outra. 6. *Responsabilizar-se*. Int. (...)”²⁷

Assim, tecnicamente até seria mais adequado falar em dever de indenizar do Estado pela prática de atos lícitos, mas a obrigação fica genericamente abrangida pelo emprego da expressão responsabilidade, razão pela qual a maior parte dos autores pátrios reputa indiferente a distinção. De mais a mais, ainda que se exija a presença do ilícito para configuração da responsabilidade, pode-se arguir em defesa da generalidade do emprego do termo que a atuação lícita da Administração Pública, para ser indenizável, deve necessariamente apresentar resultado ilícito (dano indenizável).

Edmir Netto de Araújo, embora não ingresse na distinção específica, dá o sentido do termo: “A conotação da palavra responsabilidade é sempre estabelecida com a idéia de imputabilidade a alguém, relativamente ao desequilíbrio que esse alguém causou na ordem regular ou natural das coisas.”²⁸

Embora o presente trabalho, na maior parte das vezes, respeite a *distinção* de situações, falando de responsabilidade e ressarcimento quando se referirem a ato ilícito, e em dever de indenização no que se refira aos atos lícitos, não implica que se tenha adotado a teoria de Renato Alessi.

O uso da palavra indenização foi difundido para as duas hipóteses e etimologicamente bem significa “tirar o dano”, de forma que, nesse aspecto, parece mesmo adequado a ser empregado em quaisquer dos casos. Mesmo porque também já se mencionou a presença do elemento ilícito

²⁶ Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

²⁷ Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p. 602.

²⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 712.

– no resultado – nos casos de indenização por ato lícito, o que seria suficiente para adotar o termo responsabilidade.

Pode-se lançar mão dos ensinamentos de Hans Kelsen, que reputa o conceito de responsabilidade como direcionado àquele que sofre a sanção²⁹. Sanção como consequência do ilícito, que está no resultado. Pode-se, no entender do jurista e aplicável ao caso presente, responder por conduta própria – culposa – ou alheia, situação em que a relação de antijuridicidade estará no resultado (dano). É a que o autor alude como “responsabilidade por culpa” ou “por resultado”, respectivamente. E responsabilidade não é um dever, mas a relação do indivíduo contra o qual o ato coercitivo é dirigido, com o delito por ele ou por outrem praticado. O dever é a omissão do delito. O dever de indenização apenas existe quando a não indenização do prejuízo ilicitamente causado é considerada pressuposto de uma sanção. Ou seja, a sanção da execução civil constitui dois deveres: o principal – não causar prejuízos; e o subsidiário – ressarcir os prejuízos ilicitamente causados – que toma o lugar do principal quando este é violado. O dever de ressarcir os prejuízos não é uma sanção, mas um dever subsidiário. Se esse dever não for cumprido, surge a sanção (indenização compulsória do prejuízo). Esta, como dito, pode ser imposta a outrem, que é sujeito de uma responsabilidade (relação...),

²⁹ Sanção, na lição exposta por Hans Kelsen, pode ter o caráter de ato de coação estatuído contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, ou não, ou seja, não requerer qualquer ação ou omissão para imposição (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 163). É o ato coercitivo que constitui o dever jurídico (Ibidem, p. 182). A chamada indenização do ilícito consiste em pôr termo à situação criada em virtude da conduta contrária ao direito (Ibidem, p. 164). Em síntese despreziosa e um tanto desprendida do objeto do trabalho, mas apenas para fins ilustrativos, o ilícito, no entender do autor, não é antijurídico, mas sim pode ser qualificado como jurídico, porque pressuposto de uma sanção e, portanto, não estaria fora do direito. É um fato por ele previsto (Ibidem, p. 166-170). “A sanção, porém, não tem de ser dirigida contra o delinquente, ou apenas contra ele, mas pode também ser dirigida contra um outro indivíduo – ou contra outros indivíduos. Nesse caso, a ordem jurídica tem de determinar a relação em que o delinquente está para com o indivíduo ou os indivíduos que respondem pelo seu delito.” (Ibidem, p. 171). O indivíduo que cumpre o dever que lhe impõe a norma, *observa* a norma; aquele que viola o direito e motiva a imposição de uma sanção, *aplica a norma* (Ibidem, p. 173). Quando a ordem jurídica pressupõe, para a ocorrência do ilícito, determinada ação ou omissão para produção ou não impedimento de um evento indesejável, tem-se a responsabilidade por culpa. “O momento a que chamamos culpa é uma parte integrante específica do fato ilícito: consiste numa determinada relação positiva entre o comportamento (atitude) íntimo, anímico, do delinquente e o evento produzido ou não impedido através da sua conduta externa: consiste na sua previsão ou na sua intenção, àquele evento dirigida. Estamos perante uma responsabilidade pelo resultado onde não exista uma tal relação, onde o evento não é previsto nem intencionalmente visado.” (Ibidem, p. 180-181).

mas só surge quando nem um – o causador – nem o outro, indenizem o prejuízo.³⁰

O ilícito no resultado (dano), portanto, pode perfeitamente viabilizar a utilização do termo responsabilidade do Estado, ou responsabilidade civil do Estado, quando a causa de pedir residir em danos causados pela atuação lícita do ente³¹, até porque essa tem sido a linguagem diuturna da jurisprudência emanada de nossos mais altos tribunais.

2.1 Relevância e imprescindibilidade da prática do ato lícito

Quando se falou da função estatal executiva, mencionou-se a necessidade da edição de uma série de atos com vistas à concretização das finalidades públicas. Isso parece não ser objeto de controvérsias. Ao contrário, é o que se espera do Estado.

Renato Alessi, em 1939, tratando das atividades lícitas da Administração Pública, reconhecia a supremacia do interesse público, que julgava ser jurídica e, portanto, lhe retiraria a condição de absoluta, *in verbis*:

“Se ciò può avvenire anche in diritto privato, il fenomeno acquista una importanza ed un rilievo tutto particolare in diritto pubblico, in dipendenza della posizione di supremazia in cui si trova la pubblica amministrazione nei confronti con i singoli cittadini.

La pubblica amministrazione, come si as, deve tendere al soddisfacimento di interessi della collettività, interessi pubblici, interessi perciò di natura prevalente nei confronti con gli interessi privati. Avviene perciò frequentemente che essa debba dare soddisfacimento ad un interesse pubblico com il sacrificio non soltanto di meri interessi privati, ma anche di interessi tutelati: com sacrificio, perciò, di diritti soggettivi privati, nel che si estrinseca appunto la supremazia della pubblica amministrazione.

Questa supremazia della pubblica amministrazione però, como si as, nello Stato moderno, Stato di diritto, non è assoluta, sibbene giuridica,

³⁰ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 182-183.

³¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos. In: CASELLA, Paulo Borba et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*: Guido Fernando Silva Soares (*amicorum discipulorum liber*). São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-23.

nel senso che deve fondarsi su norme giuridiche, potendo estrinsecarsi soltanto nei modi, casi, limiti, determinati dalla norma stessa; il sacrificio dei diritti in cui si estrinseca la supremazia stessa operato mediante atti legittimi, e cioè atti rientranti formalmente e sostanzialmente in questa sfera giuridica della pubblica amministrazione, non potrà mai, perciò, costituire violazione dei diritti stessi, in quanto che questi affievoliscono di fronte alla norma, e nell'ambito della norma su cui la supremazia in questione si fonda.”³²

Celso Antônio Bandeira de Mello também alude à imprescindibilidade da prática do ato e à respectiva necessidade compensatória:

“Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de se poder realizar outro interesse maior. Vale dizer: opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial.”³³

O regime jurídico-administrativo compreende prerrogativas concedidas à Administração e sujeições, limites impostos à sua atuação. É corrente tratar-se, em direito administrativo, da tensão entre esses dois aspectos: a autoridade da Administração e a liberdade individual.

³² ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 245-246. Tradução livre: Se isto pode ocorrer também em direito privado, o fenômeno adquire uma importância e uma relevância toda particular em direito público, dependendo da posição de supremacia em que se encontra a Administração Pública na sua relação com os administrados. A Administração Pública, como é sabido, deve visar à satisfação dos interesses da coletividade, interesses públicos, interesses, portanto, de natureza prevalente no que respeita aos interesses privados. Ocorre, no entanto, frequentemente, que ela deve satisfazer ao interesse público não apenas com o sacrifício de interesses privados, mas também de interesses tutelados, com sacrifício, portanto, de direitos subjetivos privados, fato que exterioriza a supremacia da Administração Pública. Essa supremacia da Administração Pública, como se sabe, no Estado moderno, Estado de Direito, não é absoluta, é jurídica, no sentido de que deve se fundar em normas jurídicas, podendo exteriorizar-se apenas nos modos, casos e limites determinados pela própria norma; o sacrifício dos direitos nos quais se exterioriza a supremacia realizada mediante atos legítimos, a significar atos formalmente e substancialmente atinentes a essa esfera jurídica da Administração Pública não poderia jamais, portanto, constituir violação dos próprios direitos, relativizados diante da norma e no âmbito da norma sobre a qual a supremacia em questão se funda.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 958.

Nesse contexto, se estuda o poder de polícia, por meio da qual a Administração condiciona o exercício dos direitos dos particulares ao bem-estar coletivo. Nada há de errado em limitar o exercício dos direitos individuais, restrição inerente à condição de direito subjetivo³⁴. Ou seja, ao mesmo tempo em que o poder de polícia é limitação à liberdade individual, tem por finalidade assegurar essa própria liberdade e os direitos essenciais ao homem.

A expressão poder de polícia, no entanto, vem sendo bastante criticada. O *poder de polícia*, para Carlos Ari Sunfeld³⁵, é mera função de aplicar as leis reguladoras dos direitos. Não haveria *faculdade* administrativa, visto que o poder de regular direitos é da lei. Ou seja, há que compatibilizá-lo com o princípio da legalidade. Gordillo³⁶ propõe a extinção da própria idéia de poder de polícia.

Não se pode deixar de afirmar, contudo, que, em sentido amplo, o chamado poder de polícia é o setor de atividade estatal que compreende tanto as leis que delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade quanto os atos administrativos que dão execução às leis, e consiste em limitar os direitos individuais, em benefício do interesse público. Este, por sua vez, diz respeito aos mais variados setores da sociedade, como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Trata-se de conceito amplo, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro o define como conceito moderno.³⁷

Identificar o interesse público é tarefa que nunca foi fácil, posto que muitas vezes confundia-se o interesse público com o oficial, o que não é correto, pois a Administração Pública não é titular daquele, o que lhe confere, inclusive, *status* de indisponibilidade.

³⁴ Conforme lição de Guido Zanobini, tudo aquilo que é juridicamente garantido, é também juridicamente limitado. (*Curso di diritto amministrativo*, cit., v. 1, p. 187-190).

³⁵ Para o autor, a noção de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, que não intervém na economia, apenas fixa limites negativos à liberdade e propriedade. Diante do Estado Social, perfil positivo do Estado, fica difícil enquadrar posturas novas, como, por exemplo, o cumprimento da função social da propriedade, o tabelamento de preços, intervenção em instituição financeira etc. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 9-15).

³⁶ GORDILLO, Agustín. El poder de policía. In: *Tratado de derecho administrativo: a defensa del usuario y del administrado*. v. 2, cap. 5. Disponível em: <www.gordillo.com/Tomo2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 111.

Não se pode ignorar que a determinação do conteúdo do interesse público vem sofrendo alterações, principalmente nos últimos anos. Antes utilizado como critério para distinguir o direito público do privado, tal critério tornou-se falho, em face da aproximação dos regimes jurídicos experimentada nas últimas décadas³⁸. Vivencia-se realidade de fluidez entre o interesse público e o privado. A situação é de multiplicidade de interesses públicos, entre os quais se enquadram inúmeras atuações de particulares.

A tendência atual consagra a participação da sociedade no processo de apuração, de definição do que é interesse público. A Administração Pública deve compartilhar a identificação e a garantia do interesse público (muito embora, no mais das vezes, à Administração Pública ainda caiba a decisão final). Denota-se a função atual de ponderação dos interesses em confronto, de busca do estatuto da compatibilidade entre os interesses.

Que o interesse público é finalidade da Administração Pública e que toda sua atuação deve pautar-se pela perseguição dele não parece cabível questionar. Também já se esclareceu que a finalidade da atuação da Administração Pública deve ser controlada, para exigir que se dirija ao atendimento do interesse público. Este define os fins e fundamentos legítimos da atuação estatal: o bem comum, o mais compreensivo e abstrato fim, fundamento da permanência da vida social.

O princípio do interesse público é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. É um pressuposto lógico do convívio social. Há autores que vêm questionando a

³⁸ Alexandre Pasqualini discorreu sobre a relativização dessa dicotomia, valendo transcrever pequeno trecho de seu artigo: “Indivíduo e Sociedade: tais são os dois principais ângulos da geografia humana. Esses dois ângulos são, ao mesmo tempo, as suas duas necessidades (*ananke*). Uma não existe sem a outra. Mas há duas guerras nestas duas fronteiras: a guerra da opressão, que é a preponderância do Estado sobre o indivíduo; a guerra do individualismo, que é a supremacia do indivíduo sobre o Estado. Dois excessos produtos de um único erro: a falta de identidade moral entre ambos. Assim, superando a esquizofrenia do contratualismo clássico (Locke), a ética deve ser uma e una. O princípio do interesse público, sem ferir a abertura e a pluralidade dos valores, há de ser essa espécie de norte axiológico (=metaprincípio), em cujo magnetismo, Estado e Indivíduo, na *ágora* ou na *hestia*, no parlamento ou no mercado, asseguram a racionalidade do convívio entre o exercício da autonomia e a criação de instituições – instituições essas fora das quais, num retorno ao estado de natureza, já não resta nada além de barbárie e voluntarismo. A vontade individual, enquanto ser-para-si, tem de ligar-se à dos outros numa atmosfera que a todos oriente e envolva – a esta desafiadora e exigente atmosfera dá-se o nome de interesse público.” (O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 36).

condição de princípio e da *supremacia* do interesse público. A par de se insurgirem contra a rotulação da concepção (se é um princípio, um postulado jurídico, etc.), questionam a regra de prevalência apriorística. Outros entendem que o princípio da supremacia do interesse público não está expresso na Constituição Federal, mas há dispositivos dos quais se deprenderia sua nítida aplicação, como nos institutos da desapropriação e da requisição.

Humberto Ávila³⁹ entende que no interesse público estariam contidos múltiplos interesses, carecedores de ponderação entre si, mas não hierarquicamente superiores. Exalta o papel conciliador que a Administração Pública vem assumindo. Nesse sentido, não se admitiria a regra abstrata de preferência no caso de colisão. O princípio da supremacia do interesse público seria um “dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente”⁴⁰, da qual entende não se deprender esse caráter de preferência, da seguinte forma:

“Dessa discussão orientada pela teoria geral do direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’). Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade.

(...)

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 119.

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.⁴¹

Com efeito, a doutrina moderna a respeito da evolução do direito administrativo é uníssona em afirmar que a atuação da Administração Pública sofreu alterações. Não é mais dado à Administração o poder unilateral e final de decidir o que é interesse público sem atrelá-lo a contexto sócioeconômico, confundindo-o, muitas vezes, como dantes, com o interesse oficial. Novas formas de participação (exigidas legalmente até mesmo para tornar válido o procedimento, não apenas legitimá-lo) influenciam a definição do interesse público em um dado caso. A transparência exigida no processo formativo de decisão possibilitou que a sociedade (e também o Judiciário) controle a solução escolhida, restringindo a possibilidade de desvios, o que não significa a eliminação do núcleo essencial da discricionariedade, apenas a refina.

Como dito, ainda que o processo de identificação do que é o bem comum, ou do que é o interesse público, venha evoluindo, remanesce a opção de escolha da Administração, quando se mostrarem possíveis duas ou mais soluções.

Nesse sentido, até se pode falar em relativização da supremacia alegada ou democratização do conteúdo do interesse público, mas parece acertado afirmar que a viabilização da vida em sociedade ainda se dá quando é possível preconizar o bem comum em detrimento do interesse particular⁴². Deve-se, para tanto, considerar todos os princípios que informam o

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o princípio da supremacia do interesse público, cit. p. 126-127.

⁴² Maria Sylvia Zanella Di Pietro vincula o desenvolvimento do direito público à supremacia do interesse público sobre o individual: “Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve

sistema jurídico, bem como dar o máximo de transparência possível para o processo de escolha do que seja o interesse público. O princípio do interesse público – ainda que não se fale em supremacia – também continua limitando e norteando a atividade da Administração Pública, filtrando sua atuação para conferir-lhe legítima atuação.

A evolução do conceito de interesse público e a superação do individualismo que marcou o período imediatamente posterior à Revolução Francesa possibilitaram que se admitisse o condicionamento do exercício do direito de propriedade para consecução do bem-estar comum. Ou seja, cunhou-se a noção de que o direito de propriedade não pode ser exercido de forma ilimitada, seja porque deve coexistir com outros direitos, seja porque há interesses públicos em jogo.

Depreende-se do exposto, portanto, ser perfeitamente jurídica a sobreposição do interesse público sobre o particular, com vistas à tutela do interesse comum.

2.2 Relevância da distinção entre licitude e ilicitude do ato

Nosso ordenamento não tece distinção entre atos lícitos ou ilícitos no que concerne à responsabilidade do Estado. Ou seja, havendo direito infringido (tendo a lesão sido direta ou indireta), seja por meio de ato lícito,

de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os *interesses públicos têm supremacia sobre os individuais*. (...) O direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a consequente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o sem campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional. Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do direito constitucional e administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.” (*Direito administrativo*, cit., p. 69-70).

seja mediante ato ilícito, omissivo ou comissivo, exsurge a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, oportuno transcrever as lições de Fernando Facury Scaff:

“O problema da responsabilidade do Estado não deve ser enquadrado na dicotomia *atos lícitos ou atos ilícitos*, uma vez que limitar o montante a ser pago pelo dano ocasionado em razão do ato praticado ter sido fruto de uma atividade lícita ou ilícita é algo que fere a mais elementar noção de justiça, posto que, para o indivíduo que foi lesado, o que importa é a recomposição integral de seu patrimônio, sendo-lhe irrelevante se o ato que lhe causou prejuízo foi ou não baseado na legalidade.”⁴³

Como dito, para tal finalidade não importa distinguir se o Estado agiu de forma ilícita (violação direta de direito de particular) ou lícita (restrição indireta de direito de particular, em virtude de atuação necessária e esperada para consecução do bem comum).

Há, inclusive, autores que entendem que as funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos, bem como que os particulares não podem escolher, prever ou minimizar a atuação estatal lícita, de forma que a responsabilidade do Estado também deveria ser mais extensa.

Contudo, é importante lembrar que de fato não se evita ou minimiza a atuação estatal, mormente a lícita, mas é certo que ela, a despeito de causar danos – consequência indireta – também visa à consecução dos interesses da sociedade, que é beneficiada.

De forma sintética, tem-se no ordenamento brasileiro as seguintes causas de pedir para responsabilidade do Estado: a) comportamentos ilícitos (comissivos ou omissivos) estatais – a finalidade da responsabilidade é a exata contrapartida do princípio da legalidade; b) comportamentos lícitos – a finalidade da responsabilidade é garantir repartição dos ônus provenientes dos atos que tenham gerado lesão, evitando que apenas alguns

⁴³ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 151.

particulares suportem prejuízos, quando o interesse é de todos – contrapartida do princípio da igualdade.⁴⁴

Entretanto, para fins de fixação de indenização, não há, a princípio, qualquer distinção prática entre atos lícitos ou ilícitos. Relevante tornou-se apenas verificar a consequência, ou seja, perda da situação juridicamente protegida.

Entretanto, cremos que o assunto mereceria melhor reflexão, para apurar o cabimento da distinção.

Weida Zancaner⁴⁵, reconhecendo a relativa escassez doutrinária sobre o ponto específico, reputa fundamental, até do ponto de vista prático, a distinção, lição que julgamos oportuno transcrever:

“É necessário que se perceba não ser idêntica a situação do administrado, em alguns casos, quando este é vítima de atos ilícitos e quando este tem seus interesses contrariados por atos lícitos da administração. Esta questão, que pode parecer ter cunho eminentemente acadêmico, é, a nosso ver, não só importante do ponto de vista prático, como também constitui um dos pontos que os doutrinadores quase não versaram, sendo que, quando o fizeram, trataram o tema de forma bipartite, não esclarecendo através da teoria objetiva a problemática da indenização por danos causados por atos lícitos e ilícitos.

Como já dissemos, a teoria objetiva, apartando a culpa e elegendendo por critério o nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade administrativa, fez cair por terra, na maioria dos casos, a necessidade de distinção entre atos lícitos e ilícitos.

A culpabilidade, uma vez determinada como sendo de um agente, só tinha importância para o Estado que, com isto conseguiria direito de regresso contra seu funcionário, podendo, destarte, ressarcir-se daquilo que havia pago ao administrado lesionado.

Apenas e tão somente nisso parecia residir o interesse da distinção entre atos lícitos e ilícitos, pois, uma vez ilícito o ato e sendo determinado seu agente causador, o Estado adquiria o direito de regresso.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 976.

⁴⁵ ZANCANER, Weida. *Responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 35-36.

Com efeito, o Estado intervencionista, fonte geradora, como vimos, da própria responsabilidade objetiva do Estado, consegue, de muitas formas, escapar de algumas reparações de pequena monta ou inerentes às mais corriqueiras de suas atividades, em virtude do princípio universalmente consagrado que nos diz haver ‘igualdade de todos os administrados perante os encargos públicos’. Desta forma, não só se estabeleceu que os encargos públicos existem e que os administrados são obrigados a suportá-los, como também, de forma universal, se disciplinou que, para que um administrado pudesse lograr ressarcimento de encargo lesivo, este encargo deveria ser *anormal e especial*. (...)

Com a objetivação da responsabilidade e não mais havendo necessidade de provar ilicitude ou culpabilidade do ato, muitos se esqueceram de que ninguém é obrigado a suportar um instante sequer um ato ou fato ilegal.

(...)

Estes atos ilícitos não são, de nenhuma forma, encargos que a Administração possa impor ao administrado, mesmo porque a Administração Pública deve ater-se ao princípio da legalidade, não se coadunando sua atuação com os eventos ilícitos, ilegais.

Dessa forma, a ocorrência de ato ilícito desonera o administrado de uma carga à qual estaria obrigado, se lícita fosse a atividade. Podemos dizer que, com a atividade lícita, há que se ter tolerância; com a ilícita, pode-se ser, a qualquer momento, intolerante, pois ainda que mínimo o dano, ninguém é obrigado a suportá-lo.”

Assim, no entender da jurista, a ilicitude do ato ensejaria imediata impugnação, a qualquer momento e por qualquer motivo, o que conferiria ao direito subjetivo violado caráter “mais potente”⁴⁶, do que o gerado por dano lícito, embora não ocasione nenhum impacto no que concerne à indenização propriamente dita.

Em que pese a lição da jurista, nossa opinião, todavia, é de que, passado período razoável de tempo, verificou-se tendência à redução da tolerância jurisprudencial com os atos lícitos. Assim, o que na época em que foi cunhado o pensamento conduzia à necessidade de identificação do ilícito,

⁴⁶ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 40.

para possibilitar a caracterização do dever de ressarcimento, hoje não mais se verifica. Lícito ou ilícito o ato, a tendência é tutelar o direito subjetivo dos administrados, muitas vezes indiscriminadamente.

Não que tenha perdido relevância, em absoluto, a tese citada, mas apenas acrescentaríamos que a necessidade de perquirição da licitude ou ilicitude do ato ainda se faz presente, ou pelo menos assim deveria ser, mas agora para fins de relativização da amplitude da responsabilidade, nas hipóteses de atuação do Estado conforme a lei.

Com efeito, não nos parece de todo irrazoável que se restrinja a contrapartida monetária, ou a extensão das verbas envolvidas, quando se tratar de danos ocasionados pela prática de atos lícitos, ou seja, queridos pela sociedade (ainda que se tenha que lançar mão do conceito de maioria, para viabilizar a governança).

O registro feito pela autora⁴⁷, de que não se estará, em absoluto, deslocando a responsabilidade para o campo subjetivo, fica reiterado, vez que a discussão permaneceria restrita aos aspectos de legalidade do ato administrativo (e, portanto, via inversa, da conduta), não se discutindo culpa.

Para reflexão, oportuno transcrever os ensinamentos de Rui Stoco:

“Uma das contingências de quem vive nas grandes cidades é justamente a de adaptar-se a restrições impostas pelo convívio social. As exigências urbanísticas obrigam e conduzem a alterações de vida e afetam o próprio conceito de direito de propriedade, que vai perdendo sua aparência egoisticamente unitária para ganhar contornos de solidariedade, em nome da função social, tal como previsto no artigo 182 da Constituição Federal.”⁴⁸

A análise do dever de indenização do Estado pela prática de atos lícitos não pode ser feita dissociada do benefício que determinada medida enseja. É função precípua do Estado promover o bem comum, de forma que sua atuação não pode ficar engessada pela contrapartida remuneratória em todos os casos em que um direito do administrado seja limitado.

⁴⁷ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 36.

⁴⁸ STOCO, Rui, *Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza*, cit., p. 129.

O Estado é criação do direito, de forma que, sem prejuízo do controle e punição pelos desmandos e excessos, não se pode promover tamanha abstração, a pensar que seja figura diversa, da qual não fazem parte os administrados.

Por outro lado, o atual papel de regulador que vem assumindo o Estado fornece subsídios para a provocação do questionamento do dogma da responsabilidade objetiva do Estado, em especial quando de sua atuação lícita. Caberia ainda essa amplitude de responsabilidade?

O período em que o intervencionismo caracterizou a atuação estatal recomendava a extensão e objetivação da responsabilidade do Estado como forma de remédio jurídico para os administrados, contra investidas desmedidas do Poder Público. O momento presente caminha para, cada vez mais, um Estado não interventor, distante da prestação direta das demandas da sociedade.

Vale registrar alguns pensamentos a respeito. Regulação estatal compreende toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo), definição baseada no segundo sentido conferido por Vital Moreira à regulação (“toda a intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas, ficando de fora a participação direta do Estado na própria atividade econômica.”)⁴⁹.

É a regulação estatal uma forma de intervenção do Poder Público no campo da economia, no qual em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. Embora haja alguma restrição à atividade individual, a intervenção é indireta.

No Estado Liberal, o Estado abstinha-se da intervenção na economia – leia-se atividades econômicas –, sendo a regulação praticamente inexistente (muito embora já existisse o instituto da concessão, o que dá leve contorno de atividade de regulação).

Em virtude da necessidade empiricamente verificada de regulação das atividades econômicas e sociais para garantia do bem-estar coletivo, chegou-se a um modelo de Estado Social, durante o qual o Estado

⁴⁹ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35.

promovia intervenção direta na economia e participava diretamente da atividade econômica.

A época coincide com o período em que foram rascunhadas as teorias ampliando a responsabilidade do Estado.

Demonstrada a incapacidade ou impossibilidade do Estado promover a regulação, prestar e executar atividades econômicas diretamente, passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza pela regulação pelo Estado da atuação dos particulares, nas últimas décadas do século XX. Ou seja, o Estado não muda seu caráter intervencionista, apenas a forma de intervenção, como bem preceitua Eros Grau.⁵⁰

No Brasil, iniciou-se movimento de superação da intervenção direta do Estado na economia, de forma que as notícias sobre atividades de empresas públicas e autarquias acabaram cedendo lugar às agências reguladoras, aliadas às correntes notícias sobre privatização. Havia (e ainda há) evidente objetivo de retirar o investimento e custeio público de atividades antes só praticadas pelo Estado.

O movimento privatizador de grandes empresas estatais e de quebra de monopólio levou ao retorno de vários serviços públicos (então assim qualificados) para a atividade privada, a título de concessão, permissão ou autorização, ou a título de atividade regulada. De Estado intervencionista, passou a Estado regulador, o que tornou necessária a regulação do exercício privado.

Importante esclarecer que essa superação de intervenção direta não significa volta ao Estado Liberal ou a qualquer filosofia econômica próxima do *laissez faire*. Isso porque o que se tem verificado é que, embora o Estado tenha se retirado da intervenção direta nas atividades econômicas, continuou e continua exercendo fortemente essa intervenção (que em algumas áreas até se intensificou), sua função reguladora, só que de forma indireta.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136.

Assim, não se pretende ingressar mais profundamente no assunto, até porque se está a abordar mais especificamente a atuação direta do Estado. Mas fica o registro da possibilidade de questionamento da regra que prevê a responsabilidade objetiva do Estado nas hipóteses de atuação indireta, sob o novo modelo mencionado, principalmente quando lícita.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que perquirir a juridicidade da conduta estatal para fins de configuração da medida de responsabilidade do Estado acabaria mesmo por mitigar a regra da objetivação da responsabilidade. Isso porque implicaria a análise do acerto da conduta, sua adequação, finalidade e forma, o que aumentaria, em tese, o ônus do administrado. A questão pode muito bem ser equacionada nos mesmos termos utilizados para a responsabilidade objetiva, da qual é efeito a inversão do ônus da prova. Assim, poderia o Estado demonstrar a licitude de sua conduta e “beneficiar-se”⁵¹ da eventual redução indenizatória.

3 Caracterização da licitude para fins de responsabilidade

Já se mencionou anteriormente que não é só a atividade ilícita do Poder Público que enseja seu dever de recompor o patrimônio do particular pelos danos causados. Ventilou-se que a atuação lícita do Estado pode atingir, de forma negativa, o patrimônio de um particular ou de um grupo deles.

Ou seja, a despeito da realização de uma finalidade pública, que vai ao encontro dos interesses da sociedade, advém uma consequência negativa da atuação lícita, consubstanciada na verificação de danos no patrimônio de um grupo específico de particulares, embora eles também se beneficiem do serviço realizado.

A casuística tem demonstrado que alguns atos comissivos lícitos são indenizáveis, enquanto que outros não.⁵²

⁵¹ Beneficiar-se entre aspas porque, em verdade, é a sociedade que arca com o ônus do pagamento das indenizações.

⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello salienta poderem ser ditos atos lícitos indenizáveis, atos jurídicos e atos materiais, reputando ao resultado da atuação a configuração ou não do dever de indenizar. (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 976).

Edmir Netto de Araújo tece sintéticos delineamentos sobre a dicotomia lícitos/ilícitos:

“Os atos (ou omissões) humanos podem ser lícitos ou ilícitos. *Lícito* é a qualidade de algo que é conforme a lei, admitido pela lei, legal, ou seja, aquilo que é justo ou permitido. No caso dos *atos jurídicos*, somente o são, no direito brasileiro (CC, art. 185), os atos lícitos que tenham por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Ilícito, ao contrário, é então aquilo que é contrário à lei, à moral, ao direito, ou seja, injurídico ou *ilegítimo*.

Na verdade, para a ciência do direito, ilícito é uma categoria jurídica cujos elementos são: ato ou omissão humanos, infringência à norma legal do ramo jurídico considerado, dano e responsabilidade: alguém causa, neste último aspecto, desequilíbrio à ordem natural-legal da sociedade e por seu restabelecimento deve responder.”⁵³

Não cabe perquirir o elemento culpa ou dolo na causa dos danos, até porque a atuação da Administração tinha outro objetivo e finalidade. Eles, quando alcançados, é que geram os danos mencionados. Assim, não se pode falar sequer de *faute de service* porque não há culpa individuada, nem culpa anônima do serviço público, mas sim atuação regular e lícita da Administração Pública.

A presença do elemento culpa é dispensável. No caso de responsabilidade por atos ilícitos, ainda que se aplique a teoria objetiva, há a presença do elemento culpa, seja para dispensar sua demonstração ou presumir sua existência. No caso dos atos lícitos, pode-se falar que genuinamente não há o elemento culpa a ser considerado para fins de dever de indenização.⁵⁴

Com efeito, a consideração do elemento culpa, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, é reconhecida por Yussef Said Cahali, ao se

⁵³ ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de direito administrativo*, p. 737.

⁵⁴ “Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexos causal ou nexos de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexos de causalidade, o Estado deve ressarcir.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 430).

reportar aos danos injustos que tem sua causa na deficiência ou falha do serviço público:

“A primeira regra, assim, ainda que resquício da teoria civilística ajustada ao direito público, permite reconhecer a responsabilidade indenizatória da Administração quando o dano sofrido pelo particular tiver a sua *causa* na culpa individuada do agente, na culpa anônima ou na deficiência do serviço.

Aliás, identificada aquela causa subjetiva, ainda que imputada ao serviço anônimo, tem-se desde logo o dano como *injusto*, mostrando-se até mesmo despicienda qualquer digressão em torno da responsabilidade objetiva.

Sem dúvida, a regra assim enunciada descarta a chamada teoria do risco integral, tendendo mais para a teoria do chamado risco ou acidente administrativo, aproximando-se da culpa ou da *faute de service*.”⁵⁵

O dever de indenizar que nasce da prática de atos lícitos só pode mesmo se configurar com a atuação positiva da Administração. Admitir a omissão lícita como fato gerador da obrigação de indenizar significaria dizer que o Estado sofreria repercussão patrimonial para todas as suas inações, sempre que elas gerassem prejuízo. Para as omissões, portanto, seria exigível a ocorrência de dois fatores: se havia o dever do Estado agir – *e aí entendemos que a questão se resolve pelo elemento subjetivo da falha do serviço público* –, e se os danos experimentados são injustos, ou seja, se houve dano jurídico com repercussão patrimonial a um administrado ou um pequeno grupo deles.

A questão se deslocaria, assim, para a investigação da causa⁵⁶ do evento danoso, objetivamente considerada, mas sem se perder de vista a

⁵⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 51.

⁵⁶ “Causa é a razão da existência de uma coisa ou situação. Para os efeitos da responsabilidade objetiva patrimonial do Estado, causa é o comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, material ou jurídico, da pessoal estatal ou de quem lhe faça as vezes, que determina, de forma idônea, direta ou indireta, a ocorrência danosa. A causa constitui a razão prática e inexcludente do dano que se pretende imputar ao Estado para que a responsabilidade deste possa daí se originar. Para constituir, juridicamente, razão de ser do dano, a causa tem que, além de idônea, ser suficiente à produção do resultado havido como antijurídico responsabilizável, além de ter que se relacionar, direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, com o resultado indigitado como injusto. O fator provocador do dano tem que ser, necessariamente, vinculado, ainda que não como fator único de ocorrência, com o cometimento estatal ou que lhe seria devido juridicamente assumir.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 97-98, jul./set. 1991).

regularidade da atividade pública, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, na determinação do que seja o dano injusto, pois só esse merece reparação.⁵⁷

Caio Mário da Silva Pereira⁵⁸ bem precisa essa relação, que se forma em consequência do funcionamento do serviço público, independentemente de ser bom ou mau. A relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do agente público é que se mostra fundamental a exigir a reparação, fundada no princípio da igualdade dos ônus e dos encargos públicos.

No que concerne à atuação lícita da Administração, não há que se falar em culpa, mas também não se pode resolver a equação apenas pela relação de causalidade – atuação do Poder Público e dano na esfera do administrado.

Os danos advindos da prática de atos lícitos pelo Estado constituem seqüela de uma atividade legítima que tinha em mira satisfazer outro interesse jurídico. Não se dispensa totalmente a presença do ilícito, só que ele sai da esfera do sujeito ativo e passa à do resultado experimentado pelo sujeito passivo da relação jurídica.

A existência ou inexistência do dever de indenizar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano – lícita ou ilícita – mas pela qualificação da lesão sofrida. Ou seja, a questão se resolve no lado passivo, não do lado ativo. Deve-se, portanto, indagar a respeito do dano indenizável. Tem-se, portanto, que a configuração do dever de indenizar pela prática de atos lícitos perpassa a questão pertinente aos condicionamentos de direito, as restrições à esfera juridicamente protegida dos administrados e seus limites, posto que o excesso na medida tende a caracterizar o dever de indenização, desde que presentes os elementos configuradores do dano antijurídico.

A visualização do conceito de antijuridicidade a que se reportaram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez⁵⁹ possibilitou o deslocamento da ilicitude da conduta do agente para o evento danoso. Passou

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 27.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 116.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 303 e ss.

a ser primordial a existência de um dano que um administrado, ou uma reduzida parcela deles, não tem o dever de suportar.

Explica-se: o dano deve ser ilegítimo, não a conduta que o causou. Ocorre, portanto, verdadeira “responsabilidade”⁶⁰ objetiva, pois o dano é decorrente de um benefício. Se houver culpa do agente que pratica o ato, dando conta que pretendia, com finalidade, o dano causado, o ato caracteriza-se como ilícito, com as implicações dessa conclusão advindas. No mesmo sentido, estando o ato eivado de vícios que maculem sua licitude, no mesmo tom resolve-se a equação.

O fato da indenização pela prática de atos lícitos resolver-se à guisa da responsabilidade objetiva, que já se mencionou prescindir de prova da culpa para sua caracterização, não significa que a obrigação seja absoluta. Aliás, a exemplo do que se exige quando se trata da responsabilidade, em direito público ou privado, há que haver dano concreto.

As atividades são lícitas, tanto que o Estado pode e, em muitos casos, deve praticá-las. Em sentido amplo, configuram uso de seu poder de polícia, desde que tenham sido respeitados os seus limites. Por exemplo, a proibição de comercialização de determinado alimento, em face de descoberta de potencialidade de dano à saúde pública (ainda que após o licenciamento da atividade, inspeção e autorização): nesse caso, há o dever de proibir, mas pode ser imposta a contrapartida indenizatória, visto que a atividade havia sido inicialmente autorizada pelo Poder Público e estava sendo desempenhada dentro dos critérios por ele ditados.

É bem verdade ser inerente à vida em sociedade o dever de suportar certas limitações administrativas, que só devem ser indenizadas nas hipóteses de caracterização de dano especial e anormal, adiante referidos. Conforme nos ensina Renato Alessi, esses *sacrifícios de direito* podem estar autorizados diretamente na norma, que prevê a consequência, ou decorrerem indiretamente da atuação da Administração.⁶¹

⁶⁰ Responsabilidade, aqui mencionada entre aspas, para remeter à discussão levantada no item anterior, no qual se indicou a existência de posicionamento doutrinário contrário ao emprego desse conceito para os casos de atos lícitos.

⁶¹ “Come si vede negli esempi adottati, il sacrificio di un diritto spesso è legittimato da una norma espressa la quale può prevedere direttamente il sacrificio (come nel caso dell’espropriazione, della distruzione di piante e di animali ecc.), ovvero può legittimarlo soltanto indirettamente in quanto

Nos casos em que os sacrifícios de direito são o objeto da norma, ou seja, decorrem diretamente da sua aplicação, a doutrina é assente em afastar a configuração de responsabilidade. Com efeito, não há ilícito na conduta nem no resultado, mas mero cumprimento de dever jurídico. Esse dever, se descumprido, enseja o estabelecimento da relação de responsabilidade e a imposição da sanção (dever compulsório de indenizar).⁶²

São típicos os casos de ingerência no direito de propriedade, do qual é exemplo clássico a desapropriação. Ou seja, quando a norma impõe a contrapartida compensatória pela restrição imposta (sacrifício de direito), forma relação jurídica dissociada da responsabilidade do Estado. Note-se que aqui responsabilidade aparece em sentido distinto de dever de indenizar. Ele consta da norma e sua violação impõe uma sanção, o que difere da responsabilidade, que é relação que se forma com a violação do dever jurídico de indenizar e determina o destinatário da sanção. A responsabilidade pressuporia assim a violação à lei; o dever de indenizar, a aplicação da norma.⁶³

Há que se investigar, portanto, dentre os sacrifícios de direito impostos, aqueles que geram dever de indenizar, posto que acarretam de forma acessória e indireta restrições a direitos juridicamente protegidos de terceiros, ocasionando desproporcionalidade entre o benefício que veiculam e os danos que ocasionam.

Carlos Ari Sundfeld orientou critérios para atos lícitos indenizáveis e atos lícitos não indenizáveis, tratando de distinguir “condicionamentos de direitos”⁶⁴ dos “sacrifícios de direitos”, na medida que os primeiros geram

*preveda ed autorizzi una attività dalla qualche derivino danni imprevisi a privati cittadini. Talora invece il sacrificio è legittimato dall'assoluta necessita pubblica ed urgenza (23) e cioè in sostanza dal diritto di difesa (legittima difesa e stato di necessita) che allo Stato spetta così come ad ogni soggetto.” La responsabilità della pubblica amministrazione.” (ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 249).*

⁶² KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit. (vide item 2).

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ “Os condicionamentos administrativos são as situações subjetivas passivas, impostas pela lei e controladas pela Administração (ou impostas pela Administração Pública, com base em lei, e por ela controladas), aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício, traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos do direito) ou suportar (sujeições). (...) Os condicionamentos de direitos são administrativos quando a lei, ao prevê-los, atribui à Administração poderes explícitos para atuar (impondo-os concretamente, fiscalizando seu exercício, sancionando, etc.). (...) Os condicionamentos são disseminados em todo o Ordenamento; de fato, a ausência de limites é incompatível com a ideia de direito subjetivo. Por isso, compreensível que nem todos os

compatibilização entre o interesse público e o privado, impondo gravame normal ao administrado, e os segundos impõem restrições, constrangimentos extraordinários, de forma que arcar com eles configuraria patente ofensa ao princípio da igualdade⁶⁵. Essa igualdade, no caso de condicionamento de direitos, é interpretada para que não se lhe dê o caráter de absoluta, pois seria inviável na prática que fosse aplicada indistintamente a todos os administrados.

Exemplifica-se: o proprietário de uma área próxima a um estabelecimento hospitalar não poderá destiná-la a abrigar uma quadra de escola de samba. Mas não lhe cabe direito a indenização, pois sabidamente há outros destinos passíveis de serem dados ao bem. Ou seja, é a parcela de sacrifício que cada administrado deve arcar para viabilizar a gestão do interesse público.

Para Carlos Ari Sunfeld, todo sacrifício de direito produz diminuição patrimonial⁶⁶ e depende de processo judicial. Reputa o critério da generalidade e da singularidade como insuficientes a resolver a distinção entre os sacrifícios de direito e os condicionamentos de direitos, dada a incerteza do que se pode qualificar como geral. Assim, ao lado dessa idéia básica, deve-se lançar mão de outros critérios, analisando a questão sob o ponto de vista do princípio da igualdade, não se exigindo mais de uns que de outros. A configuração do sacrifício de direitos, assim como a apuração do dano, devem levar em conta medidas de racionalidade e razoabilidade, mostrando-se presentes quando importar onerosidade excessiva ou eliminar o conteúdo mínimo do direito.⁶⁷

condicionamentos de direitos sejam administrativos. A lei civil, ao regular o direito de propriedade, fixando seus contornos, também submete o proprietário a condicionamentos. (...) Não cabe pretender distinguir os condicionamentos administrativos dos condicionamentos de direito privado por alguma característica íntima do interesse que visam realizar. Os condicionamentos administrativos protegem interesses públicos – daí caber à Administração atuar – e os condicionamentos de direito privado tutelam interesses privados – razão porque só os particulares beneficiados estão autorizados a exigir seu cumprimento. (...) Os condicionamentos, conquanto representem situação desfavorável para o particular, justamente por delimitarem o campo de atuação legítima do titular do direito (é dizer: por apenas traçarem seu perfil) não conferem direito à indenização.” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 54-57).

⁶⁵ Ibidem, p. 55.

⁶⁶ “É situação subjetiva passiva voltada a diminuir, suspender ou eliminar possibilidades de desfrute genericamente admitidas pelo Ordenamento. Restringe o direito a campo menor do que o normal e dependeriam de processo judicial para serem instituídos.” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 88).

⁶⁷ Ibidem, p. 91-92.

A proposta de Carlos Ari Sundfeld parece bastante didática, visto que a nomenclatura eleita tem um quê de autoexplicativa. Condicionamentos regem, sacrifícios restringem. Ainda que não se ingresse no mérito da proposta do autor, que entende superada a noção de poder de polícia, tal como cunhada anteriormente, e sugere a substituição do termo por administração ordenadora, auxilia-nos o conteúdo conceitual apresentado, tal como a distinção entre condicionamentos de direitos e sacrifícios de direitos.⁶⁸

Mas não há como negar que são vertentes do poder de polícia, ainda que em sentido amplo, e mesmo que no futuro o termo seja substituído por outro que melhor traduza seus delineamentos. Esse argumento pode ser ilustrado por um julgado do Supremo Tribunal Federal, que equiparou medidas de polícia praticadas pelo Município do Rio de Janeiro à desapropriação indireta⁶⁹. Ou seja, o Poder Público, no exercício de seu poder de polícia, buscando resguardar o interesse social de população carente, acabou por causar lesão ao patrimônio de um particular específico, que deve ser ressarcido. A não ser que consideremos a atuação da Municipalidade como ilícita, temos como inadequado falar em desapropriação indireta, seja porque ela exige ilicitude da atuação do Poder Público, seja porque não houve desapossamento por parte da Prefeitura.

Feita essa ilustração, voltemos à esclarecedora lição de Carlos Ari Sundfeld, em relação ao que seja condicionamento de direito, que se distinga do sacrifício de direito porque este “é constrangimento extraordinário, excedente dos padrões de normalidade habitualmente aceitos”, enquanto aquele, “mesmo quando gerado por ato específico, corresponde a gravame *normal*, tido por indispensável e coerente com os graus de exigência da

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 90 e ss.

⁶⁹ “Se é verdade que o Município não deu causa à invasão mesmo porque seria um desvio de função e ato eivado de grave ilegalidade, o certo é que interferiu quando a proprietária adotou medidas legais cabíveis na defesa de seu direito de propriedade e, a partir daí, colaborou eficientemente para configurar um fato consumado irreversível, com o reconhecimento e facilitação da fixação de uma comunidade decorrente das invasões, em franca oposição aos direitos da proprietária. Tal atuação do Poder Municipal, com as medidas tendentes ao definitivo assentamento dos invasores da área, em oposição aos direitos de propriedade, em relação aos quais não houve negligência de seus titulares, caracteriza verdadeira desapropriação indireta, em decorrência do que tem a obrigação de indenizar com pagamento de justo preço.” (STF – AG RE n. 282.213-2, j. 19.11.2002, *DJU*, de 07.02.2003). Note-se, dessa transcrição, que tecnicamente se trata de dever de indenização decorrente de interferência legítima do Município para solução de problema social. Entendeu o Sodalício que esse ato configurava desapossamento e, portanto, gerava dever de indenização.

vida social, ou que não provoca prejuízo, ou o provoca por breve tempo ou em reduzida extensão”.⁷⁰

Ressalva deve ser feita, contudo, no que concerne à distinção entre sacrifício de direito e lesão de direito, visto que o objeto daquele seria “justamente a imposição de restrição ou extinção do direito”. A lesão de direito, no entender do jurista, seria o “prejuízo causado por comportamento estatal, lícito ou ilícito, cujo objeto específico não é a restrição ou extinção do direito; a lesão é, portanto, efeito reflexo de comportamento administrativo”. É por isso que o autor afirma que o sacrifício de direito deve necessariamente ser instituído por processo judicial (porque seriam sinônimos de expropriação de direitos) e demandaria indenização prévia. A lesão, por seu lado, também propiciaria o *ressarcimento* do prejuízo.⁷¹

De toda sorte, seja porque ocorreram lesões de direito, seja porque foram instituídos sacrifícios de direitos, certo é que o descumprimento do dever de indenizar, em ambos os casos, dá lugar à formação da relação jurídica de responsabilidade, que ocasiona a imposição compulsória da recomposição dos danos.

Note-se assim que a questão não deixa de ser semântica. A classificação varia entre os autores, de modo que se deve observar o conteúdo das lições. Pode-se falar ainda em sacrifícios de direitos não indenizáveis (impostos em caráter geral) e sacrifícios de direitos indenizáveis (causam danos particularizados). E, como já se comentou, a questão não deixa de ser resolvida no âmbito do resultado, ou seja, na configuração e apuração dos danos verificados. A classificação ou conceituação varia, mas o conteúdo do que se veicula não.

Tratando-se de atos lícitos, que de forma indireta impõem sacrifícios de direitos (genericamente considerados) ou lesão de direitos a alguns particulares, que excedem o limite do razoável a que devem se submeter, e, não havendo tal ato – ou sua norma autorizadora – estabelecido indenização

⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 94.

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, cit., p. 95. Vê-se ainda que o autor não afasta o emprego do termo *ressarcimento* à contraprestação precuniária devida em virtude de danos decorrentes da prática de atos lícitos. Pode-se, portanto, reportando ao item 2 deste artigo, afirmar que a questão pode ser analisada como responsabilidade do Estado.

correspondente, nasce a pretensão indenizatória que, até por exclusão, deve ser processada pela modalidade objetiva. Isso porque exigir a submissão do assunto à responsabilidade subjetiva e perquirir de culpa que, dada a licitude do ato, inexistente, deixaria ao desamparo os administrados que tiveram seus direitos sacrificados.

Mas também, em respeito ao bom senso, a relação de causalidade não deve ficar restrita à equação atuação lícita + dano ilícito = indenização. Outros critérios informam essa relação, ou pelo menos deveriam fazê-lo. Falaremos adiante.

Marcelo Caetano⁷² enuncia como requisitos à configuração do dever de indenização pela prática de atos lícitos: (i) existência de um sacrifício especial ou anormal – do que se depreende que não pode incidir sobre a maioria das pessoas ou um grande número delas; (ii) que esse sacrifício seja permanente – ou seja, que altere com contornos de definitividade a esfera juridicamente protegida dos sacrificados; (iii) que não se considere esse sacrifício aceitável.

A respeito da lição, parece oportuno esclarecer que o terceiro requisito indicado pelo autor é dotado de uma carga de subjetividade inegável, posto que a apuração do aceitável deve levar em conta o contexto em que foi editado, inclusive o social. O campo é fértil à aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de aferir a dosagem e o equilíbrio entre o sacrifício e o benefício.

A regra, como se sabe, é reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado diante de comportamentos positivos, ilícitos ou lícitos⁷³, e, ainda para as hipóteses de omissão⁷⁴. Juarez Freitas, entretanto, salienta que a desobediência do dever de proporcionalidade na atuação do Poder Público eiva de antijuridicidades seus atos⁷⁵, podendo-se concluir que, de lícitos, passam a ilícitos.

⁷² CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2, p. 1.237-1.239.

⁷³ Quanto ao emprego da expressão responsabilidade, para os atos lícitos, v. item 2.

⁷⁴ Quanto à responsabilidade objetiva para a atuação omissiva do Estado, v. nota 24.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 186-188.

O princípio da proporcionalidade começou como importante limitador do poder de polícia e se expandiu para princípio vinculante de toda a atividade administrativa, no sentido de que visa à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Refere-se à vedação do manejo da autoridade de forma não equânime, à quebra do equilíbrio entre benefício e restrição e vincula-se ao princípio da finalidade.⁷⁶

Os princípios da racionalidade e da razoabilidade⁷⁷ permitem identificar no caso concreto as situações em que o administrador ultrapassa o campo de atuação que lhe foi conferido pela lei e transforma-se em arbitrário, o que o transforma em ato ilícito, porque todo ato arbitrário e excessivo infringe o ordenamento jurídico.

Na responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa o fato objetivo da atividade administrativa, regular ou irregular. É imprescindível, todavia, que esse dano seja suscetível de avaliação pecuniária⁷⁸, não se admitindo que a compensação ou a restituição do equilíbrio a que alude o princípio da igualdade seja atingido por prestação material.

Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Difere de condicionar o dano. Ou seja, um ato pode ser condição do dano, mas não sua causa. Pode-se dizer “dar causa”, mas não ser a causa. Nesse sentido ocorre com os atos lícitos. A consequência danosa é indiretamente causada pelo ato lícito, que tem outra finalidade pública que motivou sua edição.

Yussef Said Cahali, a despeito de indicar como fundamento da responsabilidade a causalidade, a indica como pressuposto necessário para configuração do dever de ressarcimento, em qualquer teoria que se adote⁷⁹.

⁷⁶ A respeito do tema, ainda que dentro do contexto da atividade regulatória do Estado, ver: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, p. 69-93, jan./mar. 2003.

⁷⁷ Ele ora aparece como vertente do princípio da proporcionalidade, ora o inverso. De toda forma, fica o registro de sua formulação original como princípio do devido processo legal substantivo.

⁷⁸ LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 119, jul./set. 1996.

⁷⁹ Assim, o prejuízo de que se queixa o particular tem que ser consequência da atividade ou omissão administrativa: “A responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre

Prossegue o autor, reportando-se a lição de Roberto Brebbia, ao elencar as diversas doutrinas a respeito da relação de causalidade. Vale a transcrição, pela profundidade do conteúdo que se extrai da síntese:

“Assim: 1) teoria da equivalência das condições: esta doutrina sustenta que *todas* as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma *condição* desse resultado para que exista relação causal; um fenômeno é *condição* do outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato consequente se teria produzido tal como ocorreu (condição *sine qua non*); 2) teoria da causa próxima e da causa direta: esta doutrina (tal como a da causa eficiente) procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância, a que considera *causa*; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formulação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; 3) teoria da causalidade eficiente: de acordo com esta doutrina, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; *causa* seria, pois, para esta teoria, a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno; 4) teoria negativa de Mayer: M.E. Mayer aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que, sendo toda condição *sine qua non* relevante, carece de importância na prática comprovar a existência de uma relação de causalidade para o efeito de imputação das consequências; o que resultaria decisivo sob tal aspecto seria a indagação da culpabilidade; 5) teoria da causalidade típica: Beling enuncia uma doutrina que de certa forma conduz também à negação do problema da causalidade, pelo menos dentro do âmbito do direito penal, substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo; 6) teoria da causalidade adequada: esta doutrina sustenta, assentando, assim, a sua discrepância fundamental com a doutrina da equivalência, que não basta que um fato seja condição de um resultado para que o

submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor.” (CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 94).

agente se possa considerar *autor* desse evento, *toda vez que as condições não sejam equivalentes.*”⁸⁰

A respeito do assunto, ainda de acordo com o autor, o Supremo Tribunal Federal entende como aplicável ao nexos de causalidade a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexos causal. Por essa linha de pensamento, admite-se o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abrange sempre o dano direto e imediato e, em alguns casos, o dano indireto e remoto – desde que para este não tenha havido concausa (circunstâncias anteriores, concomitantes ou posteriores à ação que impactam o nexos causal, quebrando-o ou o desviando). Aproxima-se, assim, como a grande parte da doutrina, da teoria da causalidade adequada, que permite encontrar soluções coerentes, ou seja, perquirir sobre a causa direta e eficiente. “Em outros termos, e sempre em função das circunstâncias de cada caso concreto, impende considerar se o dano sofrido pelo particular vincula-se direta e adequadamente ao ato (comissivo ou omissivo) imputado ao agente da Administração.”⁸¹

Assim se resolveria a questão dos atos lícitos, cujos danos poderiam ser considerados causados pela atuação da Administração Pública, ainda que indiretamente.

José Joaquim Gomes Canotilho salienta que mesmo em se tratando de atos lícitos, o dano é querido, tendo o agente consciência do prejuízo causado⁸². Fala-se, assim, que haveria verdadeira autorização para causar o dano. Não é a conclusão que se retira da doutrina pátria: ela evidencia sempre o caráter indireto do dano, destacando que o resultado pretendido era, em verdade, a satisfação de determinado interesse público.

No que concerne à restrição do direito de propriedade, quando decorre indiretamente da edição de atos do Poder Público protetivos do meio ambiente, bem oportuna se mostra a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸³, sob a rubrica “restrições do Estado sobre a propriedade privada”,

⁸⁰ CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 93-94.

⁸¹ *Ibidem*, p. 100.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., p. 77-78.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 118-128.

introduzindo o assunto com a noção de condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem estar-social, cujo alcance foi se estendendo, para culminar com o princípio da função social da propriedade. Com fundamento nesse princípio, são atualmente impostas obrigações de fazer, resultado do desenvolvimento da noção, que antes abrangia apenas obrigações de não fazer.

Trata, assim, dentre as modalidades de restrições sobre a propriedade privada, das limitações administrativas, que impõem obrigações de fazer ou deixar de fazer, em caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse de todos. Lança mão do critério de atingirem propriedades indeterminadas, sob pena de, na corporificação de uma coisa específica, constituírem servidão administrativa.

O proprietário conserva os direitos inerentes ao domínio, devendo observar as normas que disciplinam o exercício desses direitos e, em princípio, não faz jus a indenização. Claro que se está a considerar a imposição lícita de limitações administrativas, sob pena de transferir a análise da questão para a égide da responsabilidade do Estado por atos ilícitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁴ entende que quando é necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, atinge-se o direito e consubstancia-se servidão. Não caberia, assim, falar em limitação administrativa. Entretanto, não compartilha do posicionamento de que as servidões e tombamentos seriam sempre indenizáveis, enquanto que as limitações administrativas não. Nesse sentido, a instituição de reserva legal em área particular constituiria servidão (lembrando que para tanto deve haver averbação da reserva legal na matrícula do imóvel, ensejando mesmo ato específico da Administração Pública).

Pode-se, portanto, situar os atos protetivos do meio ambiente⁸⁵ editados pelo Estado, que culminam por estabelecer obrigações de não fazer aos proprietários, dentro do contexto da prática de atos lícitos que *podem*

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 875-876.

⁸⁵ Saliencamos possível impropriedade em utilizar o termo meio ambiente, visto que muitos estudiosos o qualificam como redundante, já que *ambiente* (“aquilo que cerca ou envolve os seres vivos e/ou as coisas”, cf. Aurélio, ‘ambiente’) traria em si o conteúdo de *meio*. Nesse sentido, mas invocando a possibilidade da expressão composta reforçar o sentido do termo, ver: SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

gerar danos (resultado ilícito) econômicos a particulares, sendo a questão resolvida na esfera da responsabilidade do Estado, tendo em vista que não constituem medidas adotadas para impingir restrição direta e determinada a imóveis em particular, mas sim visam à proteção da biodiversidade local, levando em conta a extensão dela para sua delimitação. Diferem, é bom repetir, da desapropriação, ato cuja finalidade é mesmo aniquilar a propriedade, o bem material, não apenas condicionar-lhe o exercício do direito pertinente.

O direito de propriedade, assim como qualquer outro, não é absoluto, admite condicionamentos, tudo para normalizar⁸⁶ as relações entre os administrados. Assim, o proprietário de área que abrigue mata preservada não pode desmatá-la, mas isso não significa que não possa dar outra destinação à área.

No mesmo sentido, o fato do loteador ter que reservar áreas públicas em seu empreendimento⁸⁷, e até mesmo doá-las à Municipalidade local, não lhe confere o direito de pleitear indenização pela restrição desse uso. Não há excesso ao condicionamento de direitos. E por quê? Porque o proprietário pode utilizar o restante de sua área, e as áreas públicas doadas, em verdade, atendem à “compensação”⁸⁸ ambiental e social pelo adensamento da região. Há casos, inclusive, de valorização do lote, em razão das áreas públicas.

Ainda que esses atos atacados possam constituir o excesso a que aludiu Carlos Ari Sunfeld para qualificá-lo como indenizável, certo é ser preciso analisar o conteúdo do ato protetivo do meio ambiente que ensejou a restrição ao direito de propriedade, para verificar eventual adequação de eventual pretensão indenizatória.

Nesse contexto, o essencial é a identificação do dano indenizável, dado que sua extensão acaba por identificar qual a modalidade de restrição sobre a propriedade privada que incide, representando critério objetivo

⁸⁶ Do sentido de norma pode-se mesmo colher a função de normalizar as relações em coletividade.

⁸⁷ Pelo artigo 4º da Lei n. 6.766/79, eram fixadas em 35% da área total do terreno; com a alteração do dispositivo legal pela Lei n. 9.785/99, a competência para estabelecimento do percentual mínimo de áreas públicas passou às Municipalidades.

⁸⁸ Não se está a falar de “compensação ambiental” como instituto do direito ambiental. O termo deve ser tomado em sua acepção corriqueira, trivial.

para a compensação dos prejuízos decorrentes da atuação lícita do Poder Público, na sua exata medida, sem onerar os cofres públicos com valores desarrazoados nem negar vigência ao princípio da igualdade de repartição dos ônus entre os administrados.

3.1 Fundamento e objetivo da responsabilidade

Não obstante muitos autores entendam que as teorias sobre a responsabilidade civil tendem a evoluir para adotar a da responsabilidade objetiva, indicando como indícios dessa “contaminação” o conceito de culpa presumida (que seria, em síntese, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo), a responsabilidade subjetiva resiste como regra geral no direito privado. A culpa permanece como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar.

A transposição das idéias da teoria da culpa civilista para a responsabilidade subjetiva do Estado resultou no desenvolvimento da teoria da culpa administrativa. Por ela, só assiste direito a indenização àqueles que comprovem a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* por parte dos representantes do Poder Público. Deve necessariamente haver violação de dever jurídico, do que se pode inferir que a responsabilidade subjetiva do Estado deve necessariamente envolver a prática de atos ilícitos.

Distingue-se esta teoria da preceituada pelo Código Civil porque não é necessário promover a individualização da culpa. A culpa é do próprio serviço público, diversamente do que ocorre na teoria civilística, em que:

“O individualismo jurídico fundamenta a responsabilidade civil na idéia de culpa. Todo dever jurídico, nessa filosofia, há de resultar da vontade individual. Uma vez que a responsabilidade civil de uma pessoa consiste na obrigação de reparar o dano que causou, só se explica e determina por atividade ou abstenção ilícita. Assim, a noção de culpa surge como construção técnica necessária a fundamentar essa obrigação. Elaborou-se, em consequência, a teoria subjetiva da responsabilidade.”⁸⁹

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 450.

A aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado para os casos de omissão é defendida por reconhecida doutrina, como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou a ‘falta do serviço’ quando este não funciona, *devendo funcionar*, funcional mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva.”⁹⁰

Nos casos em que a responsabilidade processa-se pela modalidade subjetiva, portanto, consentiu-se que se fundava na culpa, cuja presença constitui requisito à configuração do nexo de causalidade.

Oportuno registrar que se pode discordar da qualificação da culpa como *fundamento* do dever de ressarcimento, sendo mais adequado afirmar-se que ela é *forma* de imputação de responsabilidade, não seu fundamento. Não se deve olvidar que o princípio da legalidade informa o próprio instituto da responsabilidade do Estado, uma vez que instituído como peça do Estado de Direito, de forma que calha à utilização.

Entretanto, tratando-se de responsabilidade objetiva, foi esclarecida a prescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração do dever de indenizar, bastando a verificação do nexo de causalidade entre a atuação do Poder Público e o evento danoso, e desde que não incidente nenhuma excludente de responsabilidade.

O fundamento da responsabilidade objetiva, que não se confunde com as condições e causa do ressarcimento ou indenização, refere-se à justificativa da existência do instituto⁹¹, de forma que não se confunde com o risco, à semelhança da crítica feita à culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 967.

⁹¹ *Ibidem*, p. 970.

André de Laubadère assim manifestou-se, deduzindo que a culpa não seria fundamento da responsabilidade, mas somente condição para sua verificação: “*La faute (ou le risque) constituent seulement la condition exigée selon les cas pour que l’administration soit t  ue de r  parer mais non le fondement, c’est-   dire la justification de la responsabilit  .*”⁹²

Refutados a culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade do Estado, coube    doutrina encontrar novos rumos.

Ren   Chapus⁹³ indicou como fundamento da responsabilidade do Estado fato de outrem, visto que o Estado integra a rela  o jurídica diretamente, mas atua sempre por intermédio de seus agentes.    o que o autor chama de risco-proveito, uma vez que auferir proveito da atua  o de seus agentes, de modo que fica obrigado a responder pelos danos que eles, na mesma qualidade, causem a terceiros.

Para o jurista, a responsabilidade do Estado    indireta, o que não recebeu integral concordância de muitos doutrinadores, que viram uma aproxima  o indesejada de sua teoria com o direito civil, afastando-se do direito público.

Distanciando-se desse posicionamento, houve quem reputasse como fundamentos da responsabilidade do Estado o nexos de causalidade entre a atua  o da Administra  o e o evento danoso e a lesão sofrida.⁹⁴

Entretanto, tecnicamente, parecem acertados os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, no que concerne aos fundamentos da responsabilidade. Para ele, quando se trata de atos lícitos, o dever de

⁹² LAUBAD  RE, André de. *Traité de droit administratif*. 7.   d. Paris: LGDJ, 1976. v. 1. p. 704. Tradu  o livre: A culpa (ou o risco) constituem somente a condi  o exigida, de acordo com os casos (*concretos*), para que a Administra  o seja obrigada a indenizar, mas n  o seu fundamento, ou seja, a justificativa da responsabilidade.

⁹³ “*En principe, la responsabilit   de la puissance publique est une responsabilit   pour faute. C’est dire, s’agissant des personnes publiques et, d’une façon générale, des personnes morales (par exemple, sociétés concessionnaires ou sociétés d’entreprise de travaux publics) que l’engagement de leur responsabilit   est subordonné    la faute d’un (au moins) de leurs représentants, agents ou préposés, puisqu’une personne morale (qui est une abstraction) ne saurait ni vouloir, ni agir, ni commettre de faute. Par conséquent, la responsabilit   pour faute des personnes publiques (notamment) appar  t comme une responsabilit   du fait d’autrui, analogue    la responsabilit   des commettants du fait de leurs pr  pos  s    laquelle se rapporte l’article 1384, al. 5, C. civ.*” (CHAPUS, Ren  . *Droit administratif general*. 15.   d. Paris: Montchrestien, 2001. v. 1, p. 1.293).

⁹⁴ CAVALCANTI, Amaro, *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 284.

indenizar decorre do princípio da igualdade, por meio do qual não pode apenas uma parte dos administrados ser onerada por um benefício destinado a todos. Já no caso de atos ilícitos, o dever de ressarcimento é decorrência direta da aplicação do princípio da legalidade, ou seja, é a contrapartida da infração legal.⁹⁵

Diria, apenas, em acréscimo, que a incidência dos princípios mencionados pelo autor é recíproca, tratando-se a aplicação dos mesmos, respectivamente, de forma precípua, mas não exclusiva. Isso porque tanto o princípio da igualdade quanto o princípio da legalidade informam o Estado de Direito e, por consequência, a responsabilidade do Estado constitui garantia dos administrados, face à ingerência da Administração em suas esferas particulares.

Guido Zanobini compartilha do fundamento principiológico, valendo transcrever sua lição para as hipóteses de atos lícitos:

“De outro lado, pode ocorrer que uma responsabilidade derive de um evento danoso, mesmo se ele deriva ou é consequência de uma atividade lícita e legítima. O mesmo não vale no tocante aos particulares, os quais devem responder unicamente pelos atos contrários ao direito e apenas nesta situação, isto é, haja ou não haja também um dano a ser reparado. Isso revela um fundamento diverso da responsabilidade nos dois casos: para os particulares deve-se procurar na regra geral de obediência à lei e de observância de cada dever a eles imposto pelo ordenamento; para o Estado e para os entes públicos, mesmo não sendo estranhas as razões acima, a responsabilidade se baseia especialmente no princípio mais substancial de justiça distributiva, que tende a evitar qualquer dano injustificado e não repartido de forma equânime entre todos os administrados.”⁹⁶

⁹⁵ “No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 971).

⁹⁶ “D'altra parte, può darsi che una responsabilità derivi da un evento dannoso, anche se questo sai conseguenza di un 'attività lecita' e legittima. Regole opposte valgono nei riguardi dei privati: i quali devono rispondere unicamente degli atti contrari al diritto e solo in quanto tali: vi cia, cioè, o non vi

Otto Mayer busca fundamentar o cabimento da indenização no princípio da equidade, de tal forma que quando o indivíduo é submetido a um sacrifício especial⁹⁷ frente aos demais administrados, se caracteriza o nexo de causalidade entre o evento danoso e a atuação lícita ou não do Poder Público.

Maurice Hauriou⁹⁸ fundamenta o cabimento da responsabilidade objetiva do Estado na contrapartida do enriquecimento sem causa, enquanto Léon Duguit⁹⁹ refere-se à segurança social, de forma que sempre¹⁰⁰ que houver dano ao administrado, haveria obrigação de repará-lo.

Weida Zancaner, embora acolha a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello quanto a fundamentação da responsabilidade, preceitua que a causa de imputação – que difere de fundamento – da responsabilidade do Estado é o dano antijurídico, conceituado como “todo aquele que, proveniente de atividade lícita, constitua flagrante injustiça, pois injustiça é gênero de que a antijuridicidade é espécie; dessa forma, o dano lícito será antijurídico caso seja anormal e especial, não havendo por que não conceituar o dano anormal e especial como antijurídico”.¹⁰¹

Mencione-se ainda o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa¹⁰², o que já seria suficiente, *per si*, para justificar a indenização.

*cia anche un danno da riparare. Cio rivela un diverso fondamento della responsabilità nei due casi: pei singoli, questo è da ricercare nell'obbligo generale di obbedienza allá legge e di osservanza di ogni dovere loro imposto dall'ordinamento; per lo Stato e per gli enti pubblici, purê non essendo estranee tali ragioni, la responsabilità si basa specialmente sopra un principio piú sostanziale di giustizia distributiva, che tende ad evitare qualunque danno ingiustificatoe non equamente ripartito su tutti i consociati.” (ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, cit., v. 1, p. 336. Nossa tradução).*

⁹⁷ O sacrifício especial mencionado pelo autor configura-se quando os prejuízos sofridos afetam o indivíduo de maneira desigual e desproporcional e se traduz em dano material que, não compensado, ensejaria enriquecimento sem causa. (MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Traducción de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Arayú, 1954. p. 215-218).

⁹⁸ Nesse sentido, as expropriações, diretas e indiretas, requisições, danos oriundos de atividades lícitas constituiriam, na falta de indenização, enriquecimento sem causa da Administração. (HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public français*. 11. éd. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 336).

⁹⁹ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1952. v. 3. p. 459-537.

¹⁰⁰ A configuração de dano indenizável será abordada no item 3.2, não se devendo ler o termo “sempre” como conclusivo.

¹⁰¹ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 56.

¹⁰² A respeito do tema, ver: NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Carmen Lúcia Antunes Rocha indica o princípio da legalidade como instrumentalização da justiça material, mas que carece de outros princípios para lhe darem efetividade. Nesse passo, menciona que o princípio da responsabilidade estatal dá a medida do caráter democrático de um Estado de Direito. “Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela aplicação deste princípio se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado, e principalmente, a medida de efetividade do princípio da legalidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito.” E mais adiante, afirma que “a responsabilidade é princípio, perpassando todo o sistema jurídico democrático e afetando-o em sua interpretação e aplicação”.¹⁰³

O objetivo claro da indenização e decorrência de seu fundamento é a manutenção do equilíbrio entre as partes, devolver ao particular o prejuízo que lhe foi imposto involuntariamente, como desdobramento do princípio da igualdade diante dos encargos públicos.

Até por isso, Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁰⁴ retira da responsabilidade do Estado a condição de instituto sancionador. Vale a transcrição:

“Atos lícitos ou ilícitos do Estado podem dar azo à aplicação do princípio da responsabilidade e a natureza jurídica obrigacional daí resultante surgirá da mesma raiz do direito, mas com matizes específicos. Afasta-se de qualquer das figuras de responsabilidade estatal oriundas daqueles atos a natureza de sanção, que outras searas jurídicas acolhem. Responsabilidade do Estado não é instituto sancionador, é instituto restaurador de direito. O que se busca é a tutela do espaço juridicamente protegido daquele que sofreu dano em virtude da atuação estatal, não a detração do autor do dano. O enfoque do princípio recai sobre o particular que suportou, sem obrigação jurídica, própria e válida, o dano e não sobre o Estado que lhe deu causa.

¹⁰³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, cit., p. 81 e 83.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 84-85.

A responsabilidade, na hipótese aqui cuidada, não é punição do Estado, é proteção ao direito do particular. O comportamento estatal do qual decorreu o dano pode até ser, e muitas vezes o é, efetivamente, reprovável, censurável, inválido juridicamente; outras vezes, não. Nada disto muda a imprescindibilidade e extensão do princípio da responsabilidade, pois não se busca por esta figura a reprovação do Estado; procura-se a proteção do indivíduo; não se busca a repulsa da entidade pública, mas a sua correção e coerência aos ditames da justiça, pela priorização do indivíduo que nele se encontra e dele necessita.”

E, embora não entenda relevante distinguir a juridicidade da conduta do Estado para fins de fixação de indenização, transferindo para a configuração desse dever a situação do particular e a sua vinculação com o Estado, a que acrescenta que, para aplicação do princípio da responsabilidade, é imperiosa a presença do elemento dano proveniente da atuação do Poder Público, reputa fundamentos diferentes ao restabelecimento das condições anteriores, quando se trata de atos lícitos e de ilícitos. Eis a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“Há, em ambas as hipóteses, uma satisfação pelo dano provocado, mas tem-se assentado, já agora com alguma frequência e louvável rigor jurídico, que, enquanto o dano decorrente de ato estatal lícito demanda o suprimento patrimonial de natureza compensatória, o dano oriundo do cometimento estatal ilícito requer o ressarcimento de natureza reparatória. É que naquele caso, de que se precisa é do reequilíbrio jurídico da situação do particular através da neutralização patrimonial do dano ocorrido, enquanto neste o que se aspira é a restauração do estrago pela retratação estatal que se converte em espécie pecuniária; naquele há uma recomposição, neste há um saneamento da esfera juridicamente protegida de alguém atingido pelo comportamento do Estado.”¹⁰⁵

A contrapartida do princípio da igualdade em favor do Poder Público pode ser exemplificada pela contribuição de melhoria. Caso um número restrito de particulares seja beneficiado com a valorização de seu imóvel

¹⁰⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, cit., p. 85.

em decorrência de uma obra pública, poderá haver a cobrança de contribuição de melhoria (art. 81 e ss. do CTN), cujo escopo é devolver aos administrados em geral o que alguns poucos receberam sem que tivessem feito jus a tanto.

Por fim, cumpre registrar que decorre da aplicação do princípio da igualdade diante dos encargos públicos uma forma de controle da própria Administração Pública, visto que, ainda que àquela seja possível sacrificar interesses particulares em prol de atender interesses públicos primários, deve fazê-lo com fundamento no ordenamento jurídico em vigor, do qual também se retira a adequação da medida e sua extensão, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.2 Caracterização e apuração do dano indenizável

Ao Estado cabe invocar a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade para descaracterização do nexo de causalidade que obrigatoriamente deve existir para configurar o direito a indenização, enquanto que a vítima, além do nexo de causalidade, deve provar a existência do evento danoso. Quanto a isso não há objetivação ou presunção de existência, pena da mais flagrante violação do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Das lições de Álvaro Villaça Azevedo, tira-se que “todo patrimônio se compõe de bens materiais e imateriais, quando, pelo ato ilícito de quem não seja seu titular, ele vier a perder-se, em uma parte ou totalmente, ocorrendo uma diminuição pecuniária, em dinheiro, o prejuízo material concretiza-se”¹⁰⁶. Conforme for material ou imaterial o prejuízo, o dano será material ou moral.

Nesse ponto, a responsabilidade do Estado aproxima-se do instituto correspondente no direito privado¹⁰⁷. Dano, na definição de Maria Helena

¹⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça, Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura: alguns casos de indenização no direito do trabalho, cit., p. 633.

¹⁰⁷ “As regras pertinentes à indenização não apresentam maior peculiaridade em face do direito administrativo. Aplicam-se os princípios e as regras de direito comum, seja no tocante ao dano material ou ao dano moral. Normalmente, as dificuldades envolverão a questão da prova.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 823).

Diniz, “pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.¹⁰⁸

Lesão, portanto, compreende os danos reais oriundos do fato lesivo. O dano pode ser direto – quando decorre da ação como consequência imediata – ou indireto, quando consiste numa consequência da perda imediatamente sofrida pelo lesado. Tratando-se de interesse público, caracteriza-se a impossibilidade de restabelecimento material da situação anterior, de forma que a situação resolve-se pela indenização pecuniária.

Ela, por sua vez, abrange o dano emergente, que é exatamente o que o lesado perdeu, o *deficit* e o lucro cessante, que consiste no aumento do patrimônio que seria experimentado pelo indenizado. Ambos exigem prova de concretude, o que significa que mesmo o lucro cessante deve ser certo, não podendo configurar mera possibilidade, o que leva Maria Helena Diniz a falar em *probabilidade objetiva*.¹⁰⁹

O critério para composição dos danos materiais está fixado no artigo 402 do Código Civil, que dispõe abrangerem, as perdas e danos devidas ao autor, “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Compreendem, como dito, o dano emergente e o lucro cessante. “Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. (...) Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda do ganho esperado.”¹¹⁰

Assim, no que concerne ao dano, temos que deve ser certo e não eventual, deve causar lesão a um direito, ou seja, configurar lesão jurídica, além de lesão econômica¹¹¹. No caso de atos lícitos, ressalta-se a necessidade dos danos também serem a) especiais: oneram situação particular

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7. p. 66.

¹⁰⁹ “Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda da chance, de oportunidade ou de expectativa, que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão julgante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar *seu quantum*.” (DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, cit., p. 72).

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 629.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 985-986.

de alguém ou de alguns, o que afasta a característica de generalidade, já que não recaem sobre a coletividade de forma genérica e abstrata; b) anormais: superam os agravos inerentes ao convívio social, tendo em vista que “a vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais”.¹¹²

Sem a anormalidade e a especialidade do dano porventura causado, o ato fica reduzido a restritivo de direito apenas, não sujeito à indenização. Plenamente aceitável que sejam exigidas certas características diferenciadas para a configuração de dano indenizável, quando decorrente de atuação estatal lícita. Devem os danos, nessa linha, exceder a dimensão do exigível dentro das necessidades sociais em questão, bem como configurar particularização do resultado, não se entendendo o critério da especialidade como aplicável somente ao ato causador do dano.

Nesse sentido:

“Subsiste, porém, entre os danos provenientes de ato lícito, um que, por seu grau, por seu porte, implica em indenização ou ressarcimento, e usamos as duas expressões porque, entre nós, elas são e devem ser sinônimas, esta espécie de dano anormal e especial que, por onerar um particular de modo abusivo, merece ser repartido, o que só se pode fazer mediante indenização efetuada pelo Estado. Dessa forma, o efeito é o mesmo, pois, se lícito o ato, mas anormal e especial o dano, exigível se torna o ressarcimento, visto que o dano anormal e especial configura só por si uma injustiça, e a forma de reparação não há por que ser diversa daquela existente para a reparação dos danos provenientes de atos ilícitos.”¹¹³

Dano antijurídico, na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandes¹¹⁴, seria aquele suscetível de avaliação econômica, efetivo e individualizável, podendo surgir da atuação lícita ou ilícita da

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 987.

¹¹³ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 40.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon, *Curso de derecho administrativo*, cit., v. 2, p. 319-320.

Administração Pública. Não se considera nenhum limite de tolerância para sacrifícios dos direitos dos administrados no caso da atuação lícita. Havendo possibilidade de expressão monetária, deve ser indenizado. Não se funda a teoria no princípio da igualdade dos administrados frente aos encargos públicos para aferição do cabimento de indenização. Para identificação do dever de indenizar, basta a verificação da ocorrência de dano antijurídico, visto que a análise desloca-se para a ilicitude do evento danoso.

O raciocínio exposto, embora apresente fundamentos sólidos, deixa de considerar o aspecto do benefício trazido pelo ato lícito à sociedade como um todo. Sim, porque se o dano é especial – ou seja, atinge parcela reduzida e específica da sociedade, o benefício é geral, aproveita a todos. De forma que não parecem ser duas situações *idênticas*.

Weida Zancaner, além de reputar fundamental distinguir entre atos lícitos e ilícitos, tendo em vista a necessidade dos administrados suportarem cargas inerentes aos condicionamentos de direito, que podem ainda se adjetivar de proporcionais, nas hipóteses de indenização decorrentes de danos causados pela atuação lícita da Administração, estabelece que o prejuízo deve ser anormal e especial, o que lhe conferiria o caráter de flagrante injustiça.¹¹⁵

Haveria, sob essa perspectiva, duas análises de conteúdo a serem feitas: uma pertinente ao conteúdo da restrição, do que se depreenderia o caráter de licitude da medida – seria o exame de legalidade; outra sobre o conteúdo do dano, para qualificá-lo como injusto ou não. Dano antijurídico para a autora, então, constituiria injustiça. Assim, passado o crivo da legalidade e constatado que o dano decorreu de atuação lícita da Administração Pública, o mesmo deve então ser qualificado como especial e anormal, para configurar dano antijurídico e, via de consequência, ser indenizável.

Em que pese essa exposição, parece que os critérios de anormalidade e especialidade exigidos para a configuração do dano indenizável trariam consigo a carga de injustiça pretendida pela autora. Entretanto, a identificação do justo toma rumos filosóficos, posto que se o ato lícito era necessário, oportuno, regular, válido e tinha finalidade pública, talvez se possa

¹¹⁵ ZANCANER, Weida, *Responsabilidade extracontratual da administração pública*, cit., p. 44-45.

refutar o argumento de que o dano causado – de forma indireta – fosse injusto. Ele, para fins de configuração do dever de indenizar, será ilícito porque afetou esfera juridicamente protegida do particular e, somente sob a óptica dele poderia ser qualificado como injusto.

Rui Stoco discorda da extensão de antijuridicidade conferida por Weida Zancaner, visto que não vê o instituto como espécie do gênero injustiça. Antijurídico seria, nesses termos, o que se contrapõe ao jurídico, ao ordenamento jurídico num Estado de Direito. Nem tudo que é injusto, prossegue, é ilegal. Diz o autor que “o conceito de antijuridicidade é eminentemente objetivo, na medida que traduz um adjetivo, um qualificativo, estando sempre em contradição com a ordem jurídica, independentemente da percepção pessoal de cada um”.¹¹⁶

Não basta, portanto, que o dano seja injusto, embora essa característica *possa* ensejar a infração ao ordenamento jurídico que lhe conferiria o *status* de antijurídico.

Carmen Lúcia Antunes Rocha¹¹⁷ também reputa essencial a injustiça do dano, mas cuja conceituação acaba vinculando-o de forma indissociável à condição de antijuridicidade. Assim:

“Dano injusto é a ofensa imposta ao patrimônio jurídico do particular, criando-se uma situação de agressão aos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. A apuração objetiva da injustiça do dano repousa no cotejo da situação patrimonial juridicamente prevista e assegurada ao indivíduo e a situação criada pelo comportamento estatal. Tem-se, disto, que o dano injusto é objetivamente considerado por meio da identificação da lesão jurídica.”

¹¹⁶ STOCO, Rui, Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza, cit., p. 126. Em outra obra, o autor analisou a relação entre ilicitude e injustiça, da qual se destaca o seguinte trecho: “Antes de mais nada, para melhor defini-lo, é necessário que não se confunda *ilícito* com *injusto*. Se a ilicitude é um predicado da ação, o atributo com que se qualifica uma ação para denotar que é contrária ao ordenamento jurídico, o injusto ‘é um substantivo que se emprega para denominar a ação mesma já qualificada como antijurídica; o injusto é, portanto, a própria conduta antijurídica’. Ilicitude, é, em resumo, a relação de contrariedade entre a conduta humana e as exigências do ordenamento jurídico, idônea a produzir a lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico devidamente protegido.” (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 132-133).

¹¹⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, cit., p. 101.

Dessa forma, para que um dano seja indenizável, portanto, não basta ser econômico, deve constituir dano jurídico, qual seja, ofensa a um bem jurídico protegido pelo ordenamento, reconhecido como um direito do administrado. É o que Renato Alessi¹¹⁸ define como lesão jurídica, além da econômica.

Celso Antônio Bandeira de Mello também reputa fundamental ter havido dano que corresponda a uma lesão jurídica, além da econômica. Não se deve confundir, portanto, dano patrimonial com dano em direito¹¹⁹. Quando decorrentes de atos lícitos, somados – e apenas somados, ensejam o dever de indenizar. O sistema normativo deve proteger o bem jurídico atingido, reconhecendo-o como direito do administrado.

Tem-se, portanto, que a obrigação de indenizar em decorrência da prática de atos lícitos não é absoluta. Aliás, pode-se mesmo inferir essa conclusão da responsabilidade objetiva, na medida que a configuração do nexo de causalidade faz nascer aquele dever, mas não confere ao lesado certeza na procedência do pedido ressarcitório. A prova dos danos não só lhe incumbe, como eles devem obedecer aos requisitos próprios do direito comum.

Quanto ao dano moral, pode ou não ter reflexos patrimoniais, mas é indenizável em ambos os casos. No primeiro caso, pode ser feito por arbitramento; no segundo, pode-se considerar algum outro fator mais concreto para a apuração do valor. As dificuldades de apuração dos danos morais não são objeto central deste trabalho, principalmente em virtude da sua complexidade. Valem, contudo, breves comentários sobre a matéria.

A natureza não econômica do dano moral impede uma avaliação pecuniária precisa, de modo que a indenização traduz-se num conforto à vítima.¹²⁰

¹¹⁸ ALESSI, Renato, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., v. 1, p. 259-261.

¹¹⁹ “O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá. O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediendo a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 984-985).

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 806-807.

O ordenamento francês também caminhou nesse sentido. Havia resistência em indenizar só os danos morais (*les larmes ne se monnaient pas*¹²¹), mas o contraste casuístico gerado inverteu a conclusão. Como exemplo, menciona-se que ocasionar lesões corporais em um adulto resultaria em indenização, mas a morte de uma criança, sob o raciocínio então adotado, não acarretaria ressarcimento, visto que uma criança não tem repercussão econômica¹²². O absurdo da solução ensejou alteração de posicionamento jurisprudencial na França.

Parece, contudo, que o dano moral decorrente de ato lícito não se mostra recorrente. É preciso que haja possibilidade de expressão monetária para que seja atendido o princípio da igualdade da repartição dos ônus entre os administrados. Não há como negar a dificuldade de ilustrar uma hipótese de dano moral decorrente de atuação lícita.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal estabelece que a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas acarreta direito à indenização por dano material ou moral. No entanto, parece que a licitude da conduta do Poder Público afastaria a violação dos bens juridicamente protegidos, porque fundada em outras normas constitucionais. Assim, a interpretação sistemática levaria o ato lícito a não configurar violação desses direitos.

Calham os ensinamentos de Cristiane Derani¹²³ que, sintetizando o pensamento de Ronald Dworkin¹²⁴, dispõe serem os princípios normas que versam a respeito de algo a ser realizado o mais amplamente possível, dentro das relativas possibilidades do direito e dos fatos. Seriam mandados de otimização que podem ser preenchidos em diferentes graus. Portariam em si pressuposto de fato suficiente a caracterizá-los como norma, muito embora a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras. Estas poderiam ser colocadas como concreção daqueles. O conteúdo dos princípios só é plenamente observável quando de sua aplicação e compreensão corresponder o entendimento de seus limites, ou seja,

¹²¹ As lágrimas não se pagam com dinheiro (Nossa tradução).

¹²² RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 305 e ss.

¹²³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 48-51.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

o conhecimento de um princípio é permitido pela contraposição e análise conjunta com outros princípios e a realidade em que se insere. Regras são normas que podem ou não ser preenchidas, inexistindo gradação de preenchimento. A vigência de uma norma exige que seja cumprido seu mandamento, nem mais, nem menos. Assim, a distinção entre regras e princípios é qualitativa, inexistindo distinção hierárquica em grau de importância.

Prossegue a autora, no que concerne à colisão de princípios e conflito de regras, dispondo que duas normas, utilizadas independentemente, podem trazer resultados inconciliáveis uma com a outra. Por outro lado, quando dois princípios colidem, um dos princípios dá lugar ao outro, pelo simples raciocínio de precedência de um sobre o outro dentro de determinada situação concreta. Há diferença de pesos entre os princípios conforme o caso concreto, pesos esses definidos pela sociedade em dado contexto e controláveis pelo princípio da proporcionalidade. Assim, a precedência de um princípio sobre outro numa situação não declara a não aplicabilidade do outro para outras situações, permanecendo válido como norma dentro do ordenamento. O conflito entre regras desenvolve-se na dimensão da validade, não de pesos.

Parece acertado dizer que, no caso de danos morais, estaríamos diante mais de um embate de princípios que de regras, de forma que não seria conciliável a solução de dano moral decorrente de atuação lícita da Administração Pública, dada a carga de subjetivismo que implicaria. Para ser indenizável, o dano deve ocasionar restrição na esfera juridicamente protegida da vítima – é a carga de ilícito que todo dano, para ser indenizável, traz em si – e deve ser objetivamente exprimível em moeda corrente, inclusive sob pena do Estado ser alçado à condição de segurador universal.¹²⁵

Não se mostraria a violação ao princípio da igualdade dos administrados diante dos encargos públicos, visto que a aferição dos danos morais depende de apreciação subjetiva da ofensa, sendo que o princípio da responsabilidade do Estado exige que se restabeleça a situação anterior, o que, no caso de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem não seria possível obter. Reforce-se nesses casos ser cabível compensação

¹²⁵ A expressão “segurador universal” é utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se referir à responsabilidade do Estado por omissão, mas se mostra apropriada à hipótese em comento. (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 979).

monetária arbitrada dentro de critérios, ainda que os mais objetivos possíveis, variáveis caso a caso. O conforto a que se visa com a indenização não é efetivamente exprimível em dinheiro.

Dessa forma, que a Constituição Federal não faça distinção entre os atos lícitos e os ilícitos como fonte de obrigação de indenizar vá lá, mas não se pode fazer tábula rasa dos demais princípios que informam o ordenamento jurídico, quando da apuração dos danos indenizáveis.

Neste ponto, oportuno registrar, ainda que se destine à responsabilidade do direito comum – que se sabe ser regida pela modalidade subjetiva, a norma do artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002, da qual se pode extrair a preocupação do legislador com a adequada proporcionalidade da indenização: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Ainda que se trate de norma excepcional, que a prudência recomenda interpretar-se restritivamente, não deixa de representar corroboração ao que aqui se argumenta, de que o elemento subjetivo pode sim influenciar na fixação da indenização, evitando condenações desproporcionais.

Colhe-se exemplo ilustrativo da jurisprudência francesa, ao analisar o caso *Deberles*¹²⁶: em caso de demissão injusta de funcionário, decidiu-se por indenização equivalente ao total dos vencimentos que deveria ter recebido, *menos* o que conseguiu obter com seu trabalho durante o período da demissão. A fórmula adotada pelo Conselho de Estado francês é precisa para restabelecer o equilíbrio, afastando a configuração de enriquecimento sem causa.

A questão é casuística. Apurar o dano depende do caso concreto, exige bom senso e ponderação. Há que se observarem os critérios para caracterização do dano, supra mencionados, apurando-lhe a estrita medida do prejuízo. E, no caso de atos lícitos, há que se perquirir sobre o cabimento de inclusão de acréscimos ao valor do dano propriamente dito, tais como lucros cessantes e, em alguns casos, juros compensatórios.

¹²⁶ BRAIBANT, Guy et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 6. éd. Paris: Sirey, 1974, p. 210-213.

Sabe-se que a liquidação dos danos depende de prova, que já se mencionou incumbir ao lesado, não ao Estado, dito que a objetivação é da responsabilidade, não da indenização. E, diversamente da responsabilidade contratual – que admite a existência de dano presumido, de que é exemplo a mora – a responsabilidade extracontratual exige a efetiva materialização do dano.

A inclusão dos lucros cessantes não é afastada de plano, mas exige ainda maior cautela, lembrando que se está na seara de aplicação do princípio da igualdade dos administrados diante dos encargos públicos. Ou seja, qualquer excesso representa enriquecimento ilícito em detrimento dos demais e também viola dito princípio. Nesse contexto, o Código Civil francês consagra a existência dos juros de mora, que se diferenciam dos juros de dano¹²⁷, estes cabíveis apenas quando da má fé do devedor.

Ou seja, enquanto que o dano emergente consiste no prejuízo causado em direitos já existentes na titularidade da vítima, o lucro cessante representa os danos referentes a direitos ainda não pertencentes ao lesado. Dano futuro, assim como lucro cessante, deve se distanciar de dano hipotético e consubstanciar algo além de expectativa de direito.

4 Considerações finais

O pensamento exposto neste trabalho corrobora que o Estado está sujeito à responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da

¹²⁷ Artigo 1.153 do Código Civil francês. Permite ainda que o juiz altere o termo inicial dos juros de dano: “Article 1.153 - Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. Article 1.153-1 - En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement. En cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa.”

Constituição Federal, pelos atos praticados em decorrência do exercício de qualquer de suas funções. Não obstante, resistindo a responsabilidade subjetiva como regra geral no direito privado, pode-se defender a aplicação dessa modalidade para os casos de omissões da Administração Pública.

No que concerne à Administração Pública, a prática de atos positivos, ainda que lícitos, pode causar repercussão negativa no patrimônio de alguns particulares, ou seja, pode ensejar a ocorrência de danos indenizáveis, até porque seria incompatível com o princípio da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos deixar os administrados sem reparação. Nesse contexto, não se dispensa totalmente a presença do ilícito, só que ele sai da esfera do sujeito ativo e passa à esfera do resultado experimentado pelo sujeito passivo da relação jurídica.

A esses casos mostra-se mais adequada a subsunção à regra da responsabilidade objetiva, dado que se pode afirmar não haver o elemento culpa a ser considerado para fins de dever de indenização. Nessa linha, o Estado não causa os danos de forma *direta*, mas participa em algum momento de sua formação, estabelecendo outra relação jurídica. Diferem, portanto, substancialmente das situações em que o Poder Público pratica ato cuja finalidade é aniquilar o patrimônio ou direitos de particulares para atendimento do interesse comum, do que é exemplo clássico a desapropriação.¹²⁸

Sabe-se ser inerente à vida em sociedade o dever de suportar certas limitações administrativas ou, mas genericamente, intervenções públicas na esfera jurídica dos administrados, que não deixam de ser vertentes do poder de polícia e que podem se converter em direito à indenização, nas hipóteses de caracterização de dano especial e anormal. Essa ponderação deve levar em conta medidas de racionalidade e razoabilidade, para que se repute presente o dever de indenizar somente quando o ato lícito importar onerosidade excessiva ou eliminar o conteúdo mínimo do direito.

O objetivo claro da indenização e decorrência de seu fundamento é a manutenção do equilíbrio entre as partes, de forma que os danos indenizáveis devem corresponder ao prejuízo comprovado do particular. Relevante mostra-se o exame de juridicidade da conduta do Estado para, em

¹²⁸ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit. (vide item 2).

se tratando de conduta lícita, exigir os requisitos de anormalidade e especialidade para o dano ser considerado indenizável, neutralizando-se posicionamentos que culminam por objetivar a indenização, não a responsabilidade.

5 Referências

ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939-1941. v. 1-2.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos. In: CASELLA, Paulo Borba et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares (amicorum discipulorum liber)*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-23.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. 1979. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1979.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. Alguns casos de indenização no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 100, p. 13-37, out./dez. 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BRAIBANT, Guy et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 6. ed. Paris: Sirey, 1974.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2.

_____. Da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 100, p. 323-336, out./dez. 1988.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 15. éd. Paris: Montchrestien, 2001. v. 1.

_____. *Responsabilité publique et responsabilité privée*. Paris: LGDJ, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DEBBASCH, Charles. COLIN, Frédéric. 7. éd. *Droit administratif*. Paris: Economica, 2004.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 19-33, jan./mar. 1948.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1952. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 186-188.

_____. A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 241, p. 21-37, jul./set. 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1977. v. 2.

GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, n. 7, p. 11-49, jan./abr. 1952.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. *L'amministrazione pubblica dello stato contemporaneo*. Padova: CEDAM, 1988.

_____. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORDILLO, Agustín. El poder de policia. In: _____. *Tratado de derecho administrativo: a defensa del usuario y del administrado*. v. 2, cap. 5. Disponível em: <www.gordillo.com/Tomo2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public français*. 11. éd. Paris: Recueil Sirey, 1927.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pres-
suposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e res-
ponsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 7. éd. Paris: LGDJ, 1976. v. 1.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 117-124, jul./set. 1996.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, p. 69-93, jan./mar. 2003.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Traducción de Horacio H. Heredra e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Arayú, 1954.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981.

_____. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 41-56, abr./jun. 1978.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 8. éd. Paris: Montchrestien, 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASQUALINI, Alexandre Correa da Camara. O público e o privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 15-37.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REALE, Miguel. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, n. 87, p. 24-34, jul./set. 1988.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 79-122, jul./set. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. 2. éd. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1945.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Responsabilidade do Estado: indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57/58, p. 7-17, jan./jun. 1981.

SERPÁ LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUSSE, Marcel. La notion de faute caractérisée. *Revue du Droit Public*, Paris, v. 120, n. 5, p. 1.378-1.393, set./out. 2004.

_____. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*. Paris, LGDJ, 1994. (Bibliothèque de Droit public, 174).

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do Estado por obras que realiza. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 689, p. 114-133, mar. 1993.

_____. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, n. 731, p. 86-88, set. 1996.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Leud, 1996.

VEDEL, George. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

ZANCANER, Weida. *Responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano; Giuffrè, 1958. v. 1.

CONSTITUIÇÃO E MEMÓRIA HISTÓRICA

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna¹
Martha Cecília Lovizio²

Sumário: 1 A Constituição cidadã. 2 Tortura e a disciplina da consciência. 3 A identidade de uma sociedade. 4 Anistia e responsabilidade coletiva. 5 Elaboração do passado. 6 Memória histórica. 7 Conclusão. 8 Referências.

“Por consequência, quando num plano de autenticidade total, reconheci que o homem é um ser no qual a essência é precedida pela existência, que é um ser livre, que não pode, em quaisquer circunstâncias, senão querer a sua liberdade, reconheci, ao mesmo tempo, que não posso querer senão a liberdade dos outros.”

Jean Paul Sartre³

1 A Constituição cidadã

Transcorridos vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi batizada pelo falecido deputado Federal Ulysses Guimarães, à época presidente da Constituinte, como “Constituição cidadã”, algumas reflexões merecem ser realizadas a respeito da repercussão das normas nela impressas, em face da realidade social brasileira.

A confecção desse raciocínio exige que se faça rápida digressão acerca dos fatos que antecederam a edição da Lei Maior.

O Brasil viveu ao longo de sua história republicana alguns momentos de poder autoritário, sendo o mais recente o que ficou conhecido como *regime militar*, implantado no país em 31 de março de 1964, até

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Doutora em direito pela Universidade de São Paulo.

² Procuradora do Estado de São Paulo, atuando na Procuradoria Judicial.

³ SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 25.

a redemocratização em 1985, com a eleição, ainda de forma indireta pelo Congresso Nacional, de um civil como presidente da República. Durante esse período, alternaram-se os mandatários ditatoriais, em especial o presidente Garrastazu Medici, que governou nos chamados “anos de chumbo”, período assim conhecido por ter sido o mais duro e repressivo, quando a liberdade de expressão não era uma prática comum e a tortura foi um exercício infeliz do poder.

Convém lembrar que o referido governante rejeitava oficialmente a realização de tortura, como bem se vê pela reportagem da revista *Veja* de 3 de dezembro de 1969, mas admitia sua ocorrência: “O Presidente Garrastazu Medici determinou aos órgãos responsáveis pela segurança pública e combate à subversão – vários deles acusados de torturar presos políticos e até simples suspeitos depois inocentados – que devem rever imediatamente seus esquemas de repressão e pôr fim ao uso de métodos violentos.”⁴

Saturado o regime militar, buscou-se uma estabilidade social, em razão da necessidade do exercício e a organização do poder, com uma maior participação popular, o que não era novo para a humanidade, mas era original para o Brasil, razão pela qual houve a necessidade de uma nova Constituição, que auferisse direitos e garantias à sociedade, para que o que se viveu não mais ocorresse.

Desse modo, o final do regime militar representava uma necessidade de revisão dos valores criadores da identidade brasileira e a força de uma nova Constituição dependia do fortalecimento de um governo estável e legítimo, passível de resolver os problemas estruturais do país.⁵

⁴ A VIOLÊNCIA fora da lei. *Veja*, São Paulo, n. 65, de 03 dez. 1969 (Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_03121969.shtml>. Acesso em: 10 maio 2009. A situação, à época já era de domínio público, pois a reportagem da mesma edição constatava: “Nos últimos anos, o conflito entre a lei e o arbítrio muitas vezes passou do estado latente para o conhecimento público – inclusive no exterior, onde tem surgido contínuas e, para o governo, irritantes denúncias de violências contra os direitos humanos no Brasil.” (Ibidem).

⁵ “O destino da nova Constituição do Brasil vai depender em larga parte da adequação do novo instrumento às enormes exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos, dos quais possa a Nação esperar a solução de seus problemas cruciais de natureza política e estrutural.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 381).

Havia, portanto, uma instabilidade social que legitimava a realização de uma nova Constituição, que pretendia ser um remédio útil e capaz de resolver a inquietação e a crise social.

Quanto a uma instabilidade social, no dizer de Paulo Bonavides uma crise dessa natureza não é relativa a uma constituinte, mas à sociedade, ao Estado e ao governo, ou seja, é uma crise das instituições, assim:

“É a mesma crise política da Constituinte dissolvida em 1823 e soprada, de último, cento e setenta anos depois, pelo seu agente mais ativo e gerador de instabilidade, desequilíbrios e comoções: o social, que mina as estruturas normativas vigentes, proclama a injustiça das relações humanas e subverte todo o quadro dos comportamentos políticos, em virtude da inadequação do instrumento constitucional à realidade circunjacente.”⁶

Ocorre que, as Constituições sempre variaram conforme o regime político do momento, assim como as intenções econômicas preferidas em determinada ocasião histórica, o que nesse sentido explica Paulo Bonavides: “A *teoria* das Constituições, produto da razão humana, ou seja, de reflexões racionalistas acerca de um modelo lógico de organização política da sociedade, conduziu à elaboração de uma primeira camada de Constituições, de acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista.”⁷

Como exemplo, tem-se o momento histórico pós-Revolução Francesa, quando havia uma grande inquietação para impedir a volta do velho regime absolutista, com os antigos privilégios da elite, o que culminou na promulgação da Constituição francesa de 1791. Muito embora com a manutenção da monarquia, quando a igualdade entre os cidadãos não era uma prática, mas apenas um ideal, demonstrado pelo fato de que somente os homens, proprietários de terras e com determinada renda poderiam fazer parte da Assembleia Nacional, no entanto não deixava de ser uma conquista, visto que estava carregada de diretrizes que apontavam para a liberdade e igualdade entre os homens.

⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 383.

⁷ *Ibidem*, p. 225.

Com efeito, as Constituições pós-revolucionárias têm por escopo evitar uma contrarrevolução e somente quando as instituições se encontram consolidadas é possível abrandar sua inflexibilidade, como ocorreu com a solidificação do Estado Liberal e, desse modo, realizada a Constituição francesa de 1830, pois o capitalismo já era uma realidade e o Estado não deveria intervir nas relações privadas, o que de certa maneira, contribuiu para o desenvolvimento industrial e o enriquecimento das nações, sob a égide burguesa.

Entretanto, no final do século XIX as Constituições liberais não mais satisfaziam aos interesses da sociedade, em que o ser humano, principalmente o sem poder econômico, um operário da indústria, era tratado como um objeto a mais da produção, facilmente repostos, o que trazia enorme insatisfação e aflição.

Essa situação tornou necessária a criação de um Estado social, mas a verdadeira crise social ocorreu principalmente após a 1ª Guerra Mundial, quando se ansiava por um equilíbrio na sociedade, razão pela qual houve a promulgação da Constituição alemã de 1919, conhecida por Constituição de Weimar, proclamada logo após a derrota da Alemanha, ainda no berço da república democrática-social. Ela instituiu direitos sociais, entre eles a desapropriação por interesse social; mesmo no paradoxo que criou entre um programa reformista para um novo Estado e uma política pública conservadora, o seu artigo 153 que estabelecia: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral.”

Essa socialidade pareceu uma novidade eficiente para resolver todos os males, todavia alçar à importância o social decorre da própria experiência humana, não sendo uma construção fictícia de um legislador ou doutrinista que vise compelir à melhoria das relações jurídicas, e não é porque está explicitada nos textos legais que deve ser levada em conta, mas porque decorre do fenômeno da experiência humana.

Portanto, a liberdade social suprimida, mesmo sendo um bem natural, com o regime totalitário, em que se tornou escassa e o medo reinava, não foi possível que a sociedade convivesse e progredisse em harmonia, sendo

falsa a sensação de bem-estar alardeada pelos governantes, pois as políticas públicas para o bem-estar do povo também passam pelo direito a relações sociais livres do medo e a falta de liberdade reflete no sistema social, além da premissa de que a nossa sociedade é composta de homens livres e iguais, com um ideal de razão pública, que para John Rawls cumpre um dever de civilidade, que “é parte da base política e social da paz e da compreensão entre os povos”⁸, em que todos são chamados a participar para a realização de uma justiça básica:

“Em uma sociedade nacional, esse ideal é realizado ou satisfeito sempre que juízes, legisladores, executivos e outros funcionários do governo, assim como candidatos a cargo público, agem a partir da ideia de razão pública e em conformidade com ela, e explicam aos outros cidadãos as suas razões para sustentar questões políticas fundamentais em função da concepção política de justiça que consideram ser a mais razoável. Dessa maneira, cumprem o que chamo o seu dever de civilidade para com os outros cidadãos. Portanto, se juízes, legisladores e executivos agem a partir da ideia de razão pública e em conformidade com ela, isso é demonstrado continuamente pelo seu discurso e pela sua conduta.”⁹

Claro que Rawls representa um pensamento democrata-liberal de justiça, modelo escolhido atualmente por nosso país, apoiado na ideia de tolerância e pluralismo do Estado Democrático de Direito, em contraponto ao neoliberalismo, que defende uma economia livre de qualquer ingerência, em que o modelo liberal de um Estado não intervencionista dá lugar a um que mantenha um equilíbrio entre a livre iniciativa e a defesa dos interesses sociais. Durante o regime militar, não era assim que o Executivo pensava e atuava.

Outro aspecto não se poderia esperar, sobretudo porque o homem sempre viveu em sociedade e dela depende para se reconhecer como ser humano, em uma relação simbiótica que jamais justificaria a visão individualista do direito pelo detentor do poder, que se pode crer ter sido um

⁸ RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 73. O autor lecionou filosofia em Harvard e é conhecido como o principal teórico da democracia liberal.

⁹ *Ibidem*, p. 71.

lapso histórico, comprovado pela mudança de paradigma, pois o ser humano, desde a antiguidade, não era visto como um ser isolado, pois ora estava ligado ao cosmo ou, principalmente na época pós-cristianismo, a uma divindade.

Portanto, na consolidação da democracia, fazia-se necessária uma nova Constituição.

Convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, a Assembleia Nacional Constituinte iniciou os trabalhos a partir de 1º de fevereiro de 1987 e terminou em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, quando houve a ampliação do reconhecimento dos direitos sociais e fundamentais.

Como prova desse privilégio da cidadania, o título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, que consagra os princípios essenciais do Estado de Direito, além de elencar os direitos e garantias individuais, instrumentalizando-os com a criação de novas ações judiciais, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data*, assim como a ampliação dos direitos protegidos pela ação popular.

No discurso proferido pelo deputado Ulysses Guimarães, fica clara a intenção da nova Constituição:

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

Para mais adiante: “O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou.”

Concluindo:

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

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

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

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer! Muda, Brasil!”

O que se pretendia com a nova Constituição era evitar o que aconteceu com a aplicação do Ato Institucional n. 5, o AI-5, uma emenda constitucional por ato do Poder Executivo, como os outros quatro o eram, mas que, decretado em 13 de dezembro de 1968, dava poderes ao presidente da República para fechar o Congresso Nacional, a legislar amplamente, a intervir nos Estados e Municípios, a suspender os direitos políticos, a confiscar bens. Ainda, suspendeu as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo, assim como garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Para fundamentar essa abusiva conduta, as considerações levantadas foram, em preâmbulo do decreto:

“A Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, ‘os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da

ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria’ (Preâmbulo do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964).”

Desse modo, justificou-se o AI-5 nos atos que o regime considerava como subversivos, sentindo-se legitimado a utilizar todos os meios necessários para a defesa dos interesses do país, ou deles próprios, pois, em nome de segurança e desenvolvimentos econômico, as garantias individuais suprimidas seriam o modo de sufocar qualquer oposição e fazer com a sociedade desconhecesse o que realmente ocorria.

Em razão desse triste fato histórico, a Constituição de 1988 atribuiu mais poderes ao Congresso Nacional, estabelecendo uma rigidez formal às emendas constitucionais, consoante o artigo 60 e, principalmente, que nenhuma reforma poderia suprimir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Saliente-se a necessidade de um sistema político em que há divisões de funções entre o legislador e ao que está garantido na atividade jurisdicional, mas o intérprete das normas está subordinado à hierarquização das escolhas fundamentais do protótipo exigido pela Constituição.

2 Tortura e a disciplina da consciência

Tortura é uma palavra que tem sua etimologia do latim, com significado de ação de torcer, um martírio, ou, no sentido comum, volta tortuosa, curvatura, dobra. Ou seja, com o martírio infligido, pretende-se “dobrar” alguém. Na Idade Média, era o modo utilizado pela Inquisição para extrair confissões e vem sendo usada como uma infeliz prática, comum aos criminosos.

Michel Foucault, dedicado a estudar as estruturas do poder, conclui que a disciplina e os processos disciplinares¹⁰, sobretudo os criados durante os séculos XVII e XVIII, mesmo os organizados para a função de educação nas escolas, tem a intenção de criar *corpos* submissos e dóceis,

¹⁰ “Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução Raquel Ramalhet. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 118).

assim entendida porque não considera o caráter subjetivo do sujeito, pois se extrai o domínio sobre o próprio corpo, em uma sujeição ao detentor do poder¹¹. Coisifica-se o ser humano subordinado às estruturas de poder. No Brasil, a tortura foi usada como um processo disciplinar.

O castigo físico é um suplício que não só deseja o controle do poder sobre o supliciado, mas um exemplo, pela exposição pública das consequências; ainda que realizado clandestinamente, não deixa de ser conhecido e há um interesse de dominação para que isso aconteça, em razão do interesse secundário moral demonstrado na propagação da notícia na sociedade que se pretende dominar.

A tortura, desse certo modo, pode ser entendida como um meio de se obter a “verdade”, informações suficientes que servirão de prova para a condenação do supliciado ou contra terceiros, mas também como um castigo, pois se o torturado é culpado, os sofrimentos que lhe foram impostos foram justos, em uma distorção cruel da desculpa pelo ato praticado pelo torturador, suficiente para justificar seus atos perante sua própria consciência e com apoio moral de parte da sociedade¹². Não há respeito ao outro.

O respeito ao outro pode ser entendido como uma identificação, em que o outro não é coisificado, mas continua tão humano como se reconhece a si próprio, sobretudo na observação do passado da humanidade, quando atrocidades sempre foram cometidas no momento em que o outro não foi assimilado como um ser igual, mas meramente um objeto que pode ser descartado. No dizer de Adorno, “a incapacidade para a identificação foi sem dúvida a condição psicológica mais importante para

¹¹ “A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência).” (FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*, cit., p. 119).

¹² Michel Foucault vê nisso como uma ligação entre o sofrimento, confronto e verdade, que busca a confissão do torturado, assim como uma guerra entre algoz e supliciado. “Sob a aparente pesquisa interna de uma verdade urgente, encontramos na tortura clássica o mecanismo regulamentado de uma prova; um desafio físico que deve decidir sobre a verdade; se o paciente é culpado, os sofrimentos impostos pela verdade não são injustos; mas ela é também uma prova de desculpa se ele for inocente. Sofrimento, confronto e verdade estão ligados uns aos outros na prática da tortura; trabalham em comum o corpo do paciente. A investigação da verdade pelo suplício do ‘interrogatório’ é realmente uma maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos – a confissão do culpado; mas também a batalha, é a vitória de um adversário sobre o outro que ‘produz’ ritualmente a verdade. A tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo.” (*Vigiar e punir*, cit., p. 37).

tornar possível algo como Auschwitz em meio a pessoas mais ou menos civilizadas e inofensivas”.¹³

É assim que na Alemanha, o país mais culto do mundo, berço de grandes pensadores, surgiu o movimento nacional-socialista, que frutificou na sociedade e permitiu que cidadãos comuns se tornassem terríveis algozes, demonstrando um caráter frio para com o outro. Theodor Adorno diz sobre esse fato:

“(…) afirmei, que aquelas pessoas eram frias de um modo peculiar. Aqui vêm a propósito algumas palavras acerca da frieza. Se ela fosse um traço básico da antropologia, e, portanto, da constituição humana como ela realmente é em nossa sociedade; se as pessoas não fossem profundamente indiferentes em relação ao que acontece com todas as outras, excetuando o punhado com que mantêm vínculos estreitos e possivelmente por intermédio de alguns interesses concretos, então Auschwitz não teria sido possível, as pessoas não o teriam aceito. Em sua configuração atual – e provavelmente há milênios – a sociedade não repousa em atração, em simpatia, como se supôs ideologicamente desde Aristóteles, mas na perseguição dos próprios interesses frente ao interesse dos demais.”¹⁴

Todavia, deve-se observar que Hitler e o Terceiro Reich tinham uma poderosa arma de coerção: o medo. O próprio Hitler declarou em certa ocasião de 1921:

“A crueldade é um imperativo. As pessoas necessitam de um medo salutar. Querem temer algo. Desejam ardentemente que alguém as faça tremer e almejam submeter-se a alguém que as arrepie. Não tivestes ainda a oportunidade de constatar que, por toda parte, depois de batalhas e reuniões, aqueles que sentiram humilhados e destroçados são os primeiros a se inscreverem no partido causador de sua mágoa, como novos membros? Qual objeção podeis sugerir contra a crueldade, insurgindo-se contra os

¹³ ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 134.

¹⁴ *Ibidem*, p. 133.

sofrimentos infligidos? A massa quer ser tratada desse modo. Tem necessidade de ser aterrorizada.”¹⁵

Os acontecimentos que vieram a ocorrer demonstraram que ele estava certo.

O medo é um grande instrumento de controle e a atual luta de combate ao terrorismo o tem utilizado como aliado na convicção da população, para que ela consinta com a perda de direitos fundamentais do homem, como recentemente ocorre nos Estados Unidos, autorizando-se o fim da liberdade, da privacidade, e, o que é pior, com a defesa do uso da tortura para a obtenção de confissão, hoje defendida sem qualquer pudor, em nome da segurança contra o terrorismo.¹⁶

Durante o período da Inquisição, principalmente a espanhola, muito mais cruel, havia um apoio maciço da população à tortura, haja vista que a vida em si já era muito difícil, e as dores cotidianas, como bem argumenta João Bernardino Gonzaga, acerca do conteúdo violento da ocasião:

“A um advogado de hoje isso tudo causa muita estranheza. Desvanece-se a imagem estereotipada do inquisidor feroz, cruel, torturador, diante de um réu acuado e cheio de pavor, imagem em que acreditamos à força de vê-la incansavelmente repetida. Impressiona, sim, o uso de tormentos; mas, numa época de vida muito grosseira, em que a

¹⁵ FEST, Joachim. *Hitler*. Tradução Analúcia Teixeira Ribeiro; Antônio Nogueira Machado; Antônio Pantoja; Francisco Manuel da Rocha Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. v. 1, p. 156.

¹⁶ “O Departamento de Defesa preparou um manual para julgar os prisioneiros detidos na base militar em Guantánamo, Cuba, que permitiria condená-los e executá-los em base de testemunho coagido e rumores. De acordo com uma cópia obtida pela AP, o advogado de defesa de um dos suspeitos de terrorismo ali presos não poderia revelar evidências em defesa de seu cliente, até que o governo pudesse revisá-las. O manual enviado para o Congresso ontem e que deve ser distribuído pelo Pentágono segue uma lei aprovada pelo Congresso no ano passado, que voltou a permitir a comissões militares julgar suspeitos de terrorismo. As comissões tinham sido proibidas pela Corte Suprema. Técnicas de interrogação com tortura estavam aprovadas. O manual deve provocar um confronto entre o governo e a nova maioria democrata no Congresso.” (Pentágono cria manual para julgar suspeitos. *Folha de S. Paulo*, de 19 jan. 2007). “Essas audiências não têm data prevista de encerramento, e não foram divulgadas informações sobre seu andamento, que é sigiloso. Grupos de defesa dos direitos humanos afirmam que nelas são negados aos detentos seus direitos e são admitidos como prova depoimentos obtidos sob tortura.” (Militares julgam supostos líderes da Al Qaeda. *Folha de S. Paulo*, de 10 mar. 2007). “O secretário também é um dos autores do famoso ‘memorando da tortura’, segundo o qual, na ‘guerra ao terror’, os EUA não estariam obrigados a seguir convenções internacionais contra o tratamento desumano de prisioneiros.” (Escândalo da Justiça dos EUA envolve Casa Branca. *Folha de S. Paulo*, de 14 mar. 2007).

morte e o sofrimento físico se banalizavam, em que cirurgiões-barbeiros faziam amputações e intervenções cirúrgicas sem anestesia, etc., etc., – será razoável admitir que a tortura inquisitorial era em geral módica e perfeitamente suportável. A impressão que fica, dos relatos feitos, é de que, em regra, pouco o temiam os pacientes.”¹⁷

E continua o autor, explicando a tolerância à violência física na ocasião: “Nunca será demais, aliás, repetir o quanto a violência física participava da rotina diária das pessoas. Não só nas prisões e tribunais, mas também as escolas o açoite, a vara, a palmatória, etc., foram de emprego habitual, só desaparecendo muito recentemente.”¹⁸

A moderna intolerância ao uso da violência não é de todo unânime, pois o uso de tortura para obtenção de confissão, muito embora ilícita, tem recebido o aplauso de muitos que se consideram justos. Nas adequadas palavras de Karl Mannheim, “implicam certas revisões na imagem popular que se tem do homem. Traços da personalidade como consideração pelos outros, a crueldade ou o autoritarismo não são atributos do indivíduo enquanto tal, mas antes aspectos de seu comportamento em relações particulares”.¹⁹

George Orwell e seu Grande Irmão, descrito em sua impressionante obra *1984*, deixou claro como a memória é importante, pois Winston Smith, seu personagem principal, trabalha para o Ministério da Verdade (Miniver) e tinha a função de mudar a história, no interesse do partido; quando ele passa a refletir sobre o que faz e a questionar se existe outro modelo para se viver, mal sabe que está sendo vigiado para ao final ser preso e torturado, submetendo-se aos interesses do partido.

Winston, em sua observação de suas atividades, começa a questionar o poder que o partido exercia sobre os cidadãos, principalmente em razão de que quando alguém pensava diferente, cometia crimédia, ou crime de ideia, sendo capturado pela Polícia do Pensamento e desaparecia. Em seu

¹⁷ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 126.

¹⁸ Ibidem, mesma página.

¹⁹ MANNHEIM, Karl. *Sociologia e cultura*. Tradução Roberto Gambrini. São Paulo: Perspectiva; EDUSP, 1974. p. 28. Obra escrita no início da década de 1930, antes do autor deixar a Alemanha, por conta do nazismo.

trabalho, Winston coletava dados antigos e os substituía pela versão oficial. O medo era o grande fator de poder do partido para o controle total da população.

Sem querer fazer uma síntese do livro, que deveria ser de leitura geral obrigatória, cabe lembrar que ao final, a revolta de Winston o leva à prisão, onde é torturado para mudar sua consciência e levá-lo de volta ao padrão do partido, para que entenda a necessidade do controle da verdade, pois ela pertence ao partido, que tem o domínio sobre a memória das pessoas. Com a tortura, Winston deve aprender, entender e aceitar, mas sua reintegração ao meio social somente se daria com o pior dos suplícios, que ocorreria no “quarto 101”, consistente em um martírio personalizado, relativo ao pior temor que o indivíduo poderia ter, que em seu caso era uma fobia a roedores. Assim, os torturadores colocaram uma máscara em seu rosto com uma abertura para uma gaiola cheia de ratos famintos separada apenas por uma portinhola. A única forma de escapar era renegar o perigo maior ao partido, o amor a outra pessoa acima do ao Grande Irmão.

Foi desse modo que Winston teve sua consciência dominada, ou melhor dizendo, sua identidade individual anulada, assim como dos outros cidadãos, que mesmo sem terem sido torturados, submetiam-se sem questionamento à *verdade* manipulada do partido.

A tortura é um excelente instrumento para coisificar a consciência²⁰, aquela que não questiona, submissa a um líder manipulador, pois transforma a pessoa em um objeto sem vontade, ao arbítrio de um sádico controlador, pois com a violência, seja física ou psicológica, o ser abdica de seu próprio eu.

Com a subjugação física, a memória atinge uma utilidade de controle, pois a lembrança da dor tem o intuito de *domesticar* o indivíduo, cumprindo o papel de retirar-lhe qualquer capacidade de questionamento sobre a ordem posta pelos tiranos.

A tortura ocorrida no Brasil não pode ser negada, tanto que o Poder Público a admitiu, inclusive com a edição de leis que possibilitam

²⁰ No sentido que lhe dá Theodor Adorno ao termo, isto é, “consciência coisificada” (*Verdinglichung*), ao longo de sua obra.

a reparação, como é o caso da Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002, que concede indenização a anistiados políticos.

3 A identidade de uma sociedade

Uma sociedade cria sua identidade a partir do conjunto de identidades individuais, que se formam através das realidades cotidianas, na dialética entre o indivíduo e sociedade, uma não vivendo sem a outra²¹. Essa identidade também se estabelece para criar uma organização passível de manter o grupo coeso e que conviva em relativa harmonia, de acordo com a situação sócio-histórica vivida; com a institucionalização fundamental da construção social, criam-se rituais sociais de adequação comportamental.²²

Os mitos são construídos nesse sentido, ou seja, narrativas são passadas pelas gerações para que o indivíduo possa elaborar melhor os momentos de transição da vida e da natureza humana; muito embora o mito tenha uma conotação heróica, auxilia na fantasia de superação das adversidades, como ensina Joseph Campbell:

“Em todo o mundo habitado, em todas as épocas e sob todas as circunstâncias, os mitos humanos têm florescido; da mesma forma, esses mitos têm sido a viva inspiração de todos os demais produtos possíveis de atividades do corpo e da mente humanos. Não seria demais considerar o mito a abertura secreta através da qual as inexauríveis energias do cosmos penetram nas manifestações culturais humanas. As religiões, filosofias, artes, formas sociais do homem primitivo e

²¹ “A identidade é um fenômeno que deriva da dialética entre um indivíduo e a sociedade. Os tipos de identidade, por outro lado, são produtos sociais *tout court*, elementos relativamente estáveis da realidade social objetiva (sendo o grau de estabilidade evidentemente determinado socialmente, por sua vez).” (BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Tradução Floriano de Souza Fernandes. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 230).

²² Peter L. Berger e Thomas Luckmann analisam a submissão dos instintos naturais humanos, os básicos que nos fazem animais em funcionamento, como os relativos à satisfação dos impulsos sexual e de alimento: “A socialização inevitavelmente implica este tipo de frustração biológica. A existência social depende da subjugação contínua, que acarreta legitimação bem como institucionalização.” (*A construção social da realidade*, cit., p. 238).

histórico, descobertas fundamentais da ciência e da tecnologia e os próprios sonhos que nos povoam o sono surgem do círculo básico e mágico do mito.”²³

A criação de mitos também tem por objetivo retirar do ser humano a capacidade de questionamento e de formação de sua identidade pessoal, pois, ao se estabelecerem padrões de comportamento, aquele que ousar deles divergir é apartado da sociedade.

Na formação da identidade social, deve-se ter em conta que o estabelecimento de senso comum pode ser uma forma de dominação, visto existir uma influência de sua constituição pelos meios que possuem o controle das informações públicas, influenciado por interesses que talvez não sejam justos, mas de cunho meramente econômico.

A sociedade é bombardeada por publicidade e propaganda²⁴ e, muitas vezes, não é possível perceber a forte influência cotidiana no desenvolvimento da identidade individual. Não há nenhuma novidade na constatação desse fato, tanto que a propaganda política e a publicidade comercial são utilizadas para a manipulação social sem qualquer pudor, dessa maneira suscitando o surgimento de determinadas necessidades humanas.

Na formação da sociedade contemporânea, o consumo se tornou a mola propulsora da estrutura econômica, sendo todos estimulados a consumir cada vez mais, constituindo um padrão sem saída, porque há uma dependência que sufoca a individualidade, por não existir outro modo de viver no organismo social, ou, no dizer de Theodor Adorno: “Se as pessoas querem viver, nada lhes resta senão se adaptar à situação existente, se conformar; precisam abrir mão daquela subjetividade autônoma a que remete a ideia de democracia; conseguem sobreviver apenas na medida que abdicam de seu próprio eu.”²⁵

²³ CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. Tradução Adail Ubirajara Sobral. 10. ed. São Paulo: Cultrix; Pensamento, 2005. p. 15. O autor é um dos maiores estudiosos da mitologia universal e escreveu essa obra em 1949.

²⁴ Consideram-se termos distintos, já que a publicidade é uma campanha para alavancar a comercialização de determinado produto, enquanto a propaganda busca propagar ideias, sobretudo políticas.

²⁵ ADORNO, Theodor, *Educação e emancipação*, cit., p. 43.

O mundo capitalista, fundamentado nesse consumismo sem sentido, está vivendo uma crise econômica, porque o modelo entrou em aparente colapso, o que somente será percebido com o decorrer do tempo, mas o que se vê são os governos dos países criando leis e facilidades para a manutenção de um sistema que já deu sinais de desgaste, por estar fundamentado em bases insustentáveis, vez que destituídas de verdadeiros valores humanistas.

Na sociedade atual, cultuam-se cada vez mais a aparência e os bens materiais, colocando-se em segundo plano os valores humanistas. Essa é a realidade mundial, que se deve, a bem dizer, ao processo da globalização, que tem por escopo padronizar comportamentos, desrespeitando as características inerentes a cada sociedade.

Não se sabe o que é imprescindível para representar a possível verdade de escolha dessa essencialidade, mas deve-se ficar atento para que a contínua pressão de uma sociedade voltada para o consumo sem sentido, criando falsas necessidades, não se sobreponha, ou seja, que o mercado não assuma o poder para vender a falsa ilusão de produtos novos que confirmam *status*, poder e sedução, como verdadeiro controle da consciência coletiva.

Melhor dizendo, a sociedade, do modo como a conhecemos e a vivemos, produz efêmeras necessidades de satisfação de desejos por bens descartáveis, ou seja, a sociedade contemporânea substitui ícones tradicionais pelo consumo sem significação, sem perceber a manipulação imposta nessa obtenção de bens desnecessários e destituídos de qualquer valor; os meios de produção da cultura artística também seguem esse padrão, como diz Adorno: “A indústria cultural está moldada pela regressão mimética, pela manipulação de impulsos imitativos recalcados. Para tal serve-se do método que consiste em antecipar a imitação que dela fazem os espectadores, criando a impressão de que o consenso que deseja suscitar é algo já existente.”²⁶

²⁶ ADORNO, Theodor. *Mínima moralia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 207. Theodor Adorno ficou conhecido como o autor da *Dialética do esclarecimento* de 1947, que muito sucesso fez entre os estudantes de 1968; pertencente à chamada escola de Frankfurt, é um pensador comprometido com os problemas sociais, tanto do trabalho social e da sociedade de classes.

A superioridade do ter sobre o ser. O ter foi alçado à categoria superior, mas é desprovido de conteúdo valorativo, pois é uma mera aparência, ou seja, busca-se mediante a utilização de objetos desnecessários à natureza humana a demonstração de um poder ou *status* inexistente.

Somente será possível fugir desse círculo vicioso, que não conseguimos ou não desejamos romper, quando reconhecermos que no outro há o que há em nós mesmos, passível de fazer respeitar as individualidades em um contexto adequado, que permita perceber que o valor do respeito ao ser humano é o encontro máximo da noção de justiça e que os diferentes não devem ser eliminados ou seus interesses desprezados, pelo simples fundamento nessas diferenças.

4 Anistia e responsabilidade coletiva

A anistia foi concedida pela Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979, ainda durante a presidência militar. No artigo 6º, reconheceu o desaparecimento de pessoas, ao permitir sua declaração de ausência, nos seguintes termos: “O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano”. Essa Lei afastou eventual direito à indenização em seu artigo 11.

A anistia concedida no Brasil decorreu de um momento histórico, em que a sociedade clamava pela redemocratização, considerando necessário que o perdão fosse mais amplo possível, acordando-se que nenhum dos lados da batalha fosse levado à punição em relação aos atos de barbáries cometidas, ou seja, tanto os torturadores, agentes do Estado, quanto os que praticavam atos de terrorismo, em nome de uma razão política, fossem punidos.

No decorrer dos anos que antecederam a Lei de Anistia, os grupos que se organizaram para pleiteá-la concordavam com sua amplitude, ainda que houvesse o perigo, pois o esquecimento sempre beneficiou os praticantes

de crimes violentos²⁷; entretanto, o Brasil, mesmo permitindo a indenização, não previu a punição à prática da violência.

A palavra anistia tem origem grega e significa esquecimento; desse modo, no momento em que a lei foi elaborada, ela fazia sentido, pois os grupos se organizaram para reclamá-la pretendendo o total esquecimento do ocorrido no país, e sem dúvida era o que também desejavam os militares, borrando os excessos de ambos os lados; entretanto, com o passar dos anos e principalmente com a segurança adquirida com o advento da Constituição de 1988, os interesses puderam ser revistos, razão pela qual houve a possibilidade de conceder indenizações aos que sofreram os abusos.

O Estado brasileiro assumiu a responsabilidade coletiva pelos atos praticados que causaram dor e sofrimento durante o regime militar, na medida que concedeu anistia ampla e, a partir de 2002, legislou no sentido de conceder, entre outras coisas, indenização aos que comprovassem estarem nas condições estabelecidas em seu artigo 2º da Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002, cujo inciso I compreendeu os atos excessivos de tortura, com a seguinte redação: “atingidos por atos institucionais ou complementares, ou de exceção na plena abrangência do termo”.

A norma foi estabelecida em primeira vez como medida provisória, e depois convertida em lei pelo Congresso Nacional, a fim de regulamentar o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No tocante à indenização, o dano a que se refere é a perda do emprego ou função em decorrência do regime político, como foi o caso de vários jornalistas que deixaram seus postos nos meios de comunicação em que trabalhavam. Assim, o artigo 6º da referida lei determina que o indenizado tenha direito a uma pensão equivalente ao salário que teria atualmente,

²⁷ “Os que defendem a extensão da anistia aos condenados por ‘motivo político’ argumentam com a antiga tradição brasileira no campo do esquecimento, que sempre beneficiou os presos pela prática de atos violentos. Citadas com maior frequência são as anistias concedidas no século passado por dom Pedro II, graças aos argumentos de Caxias, aos participantes de rebeliões sangrentas, como a Balaiada, no Maranhão, ou a Praieira, em Pernambuco. Lembra o advogado paulista Luís Eduardo Greenhalgh que os revolucionários de 1932, mesmo os que pegaram em armas, entre eles o general Euclides Figueiredo, pai do próximo presidente, foram isentados de qualquer ação penal já em 1934. E, em 1961, o Congresso anistiou até quem havia tomado parte no levante comunista de 1935, entre numerosos outros casos definidos como ‘crimes políticos’, que por alguma razão não foram cobertos pelas catorze diferentes anistias decretadas no país desde 1934 – incluindo a de 1945, no ocaso do Estado Novo, que pôs em liberdade 563 presos políticos.” (Veja, de 01 mar. 1978).

caso não tivesse perdido o trabalho. A questão é hipotética, pois não é possível determinar que o indenizado estivesse exercendo um determinado cargo, caso nada tivesse acontecido. A lei contraria o princípio de que não se indenizam danos hipotéticos, acarretando, inclusive distorções, como as que foram noticiadas²⁸, em que uma só pessoa receberia pensão mensal de R\$ 19.000,00, já que seria o salário que teria caso fosse diretor de um jornal que não existe há anos.

No âmbito do Estado de São Paulo, foi autorizado o pagamento de indenização, a título reparatório, às pessoas detidas e torturadas sob a acusação de terem participado de atividades políticas no período de 31 de março de 1964 a 15 de agosto de 1979, e que tenham ficado sob a responsabilidade ou guarda dos órgãos públicos do Estado de São Paulo ou em quaisquer de suas dependências. A Lei estadual n. 10.726, de 9 de janeiro de 2001, criou uma Comissão Especial com a finalidade de reconhecer os beneficiados e dar parecer sobre o pagamento da indenização devida. Muita embora tenham as indenizações sido concedidas, os beneficiados socorrem-se do Judiciário para reclamarem valores maiores.²⁹

²⁸ “Pessoas que foram torturadas ou perderam seus empregos públicos apenas por discordar das ideias dos ditadores e viram suas carreiras serem cortadas por razões políticas são merecedoras de reparação financeira. Mas essa noção foi amplamente distorcida no Brasil. A comissão federal que decide pela justiça das indenizações já recebeu 43.000 pedidos. E eles continuam chegando. Obviamente, a maioria é de pessoas a quem a ditadura não causou maiores males. Na semana passada, veio a público uma história exemplar. O jornalista Carlos Heitor Cony, que ao longo das últimas quatro décadas construiu uma sólida carreira como escritor e hoje é colunista do jornal Folha de S. Paulo, teve aprovado um pedido de indenização que lhe garantirá uma pensão de 19.000 reais. Para chegar a esse cálculo, a comissão valeu-se da Lei n. 10559, de 13 de novembro de 2002. Pelo texto, há dois tipos de indenização. No primeiro, a pessoa pode receber o correspondente a trinta salários mínimos por ano de suposta perseguição política, até o limite máximo de 100.000 reais. No segundo tipo, o indenizado recebe um valor mensal correspondente ao ‘posto, cargo, graduação ou emprego’ que ocuparia se estivesse em atividade. No caso de Cony, a comissão avaliou que, não fosse por sua militância, ele poderia ter ocupado altos postos de direção do Correio da Manhã, de onde saiu por pressão política. É um espanto. O Correio da Manhã fechou as portas nove anos depois da demissão de Cony. ‘É justo que o Brasil faça um ajuste de contas com a sua história, mas essas indenizações são um abuso’, diz a cientista política Lúcia Hipólito.” (*Veja*, n. 1.861, de 07 jul. 2004).

²⁹ São várias as ações de indenizações propostas em face da União Federal e do Estado de São Paulo; entre elas, citamos os Processos ns. 2006.00.027670-7, 2006.00027411-5, 2007.61.00.005428-4 e 2007.61.00.021676-4, todos da Justiça Federal de São Paulo, entre muitas outras. Em face dos valores que parecem pouco generosos e noticiados os valores excessivos praticados pela União, como nos casos do ex-sindicalista Caetano Lavorato Alves, que recebeu pensão mensal de R\$ 19 mil e indenização de R\$ 2,5 milhão, e do jornalista Carlos Heitor Cony, indenizado com R\$ 1,5 milhão, além de pensão mensal, é justificado que se procurem reparações mais elevadas, sem se considerar os aspectos moral de sua correção.

Com a edição da referida lei e a criação da Comissão Especial, o governo reconheceu a ilicitude dos atos praticados em sua dependência.³⁰

A título de exemplo, a anistia concedida pelo Uruguai, consoante a Lei n. 15.737, de 8 de março de 1985, excluiu os crimes de tortura ou relativos ao desaparecimento dos presos políticos³¹, ao contrário do que preferiu a legislação brasileira. No entanto, a Lei uruguaia n. 15.848, de 22 de dezembro de 1986, ratificada por uma consulta popular realizada em 1989, suprimiu esse direito, reconhecendo a caducidade da punibilidade em relação aos atos criminosos³², mas esse diploma legal foi considerado inconstitucional pelo Poder Executivo em fevereiro de 2009.³³

Os excessos cometidos durante o regime militar não são desconhecidos, conforme o relato da revista *Veja*:³⁴

“A partir da derrubada do presidente João Goulart em 1964, começou a ser deflagrada uma guerra suja e surda no Brasil. Foi menos violenta do que na Argentina, onde houve quase 10.000 desaparecidos. Mas o

³⁰ “A Comissão Estadual de Ex-presos Políticos formou-se em decorrência da Lei Estadual n. 10.726/2001, a partir do reconhecimento de que o Estado agiu de modo criminoso contra os cidadãos durante a ditadura militar, privando-os do conjunto de direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Os processos dos ex-presos políticos são distribuídos aleatoriamente aos relatores, que deliberam sobre a concessão de indenizações, divididas em dois valores: R\$ 22 mil, em caso de prisão e/ou tortura; e R\$ 39 mil, em caso de sequelas permanentes ou morte. Para fixação do valor indenizatório serão levados em consideração os resultados lesivos, como invalidez permanente ou morte, transtornos psicológicos, invalidez parcial ou qualquer tipo de sequelas.” (Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=61&Cod=2>>).

³¹ “Artículo 5º - *Quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas.*”

³² “Artículo 1º - *Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.*”

³³ “Desde que chegou a poder, em 2005, Tabaré Vázquez fez da revisão da ditadura uma das principais características de seu governo. Ele mudou a interpretação da chamada Lei da Caducidade (1986), que impedia a punição de militares e policiais por delitos contra os direitos humanos durante a ditadura. Com isso, foram abertos processos contra vários integrantes e colaboradores do regime militar, que acabaram condenados e presos.” (Agência EFE, de 18 fev. 2009. *Folha de S. Paulo*, de 27 fev. 2008).

³⁴ *Veja*, de 18 nov. 1992.

ciclo da ditadura no Brasil colocou em ação 13.000 militantes de esquerda, distribuídos em 29 organizações que pegaram em armas e outras 22 que optaram pela chamada resistência pacífica. Do outro lado da trincheira, havia pelo menos 400 militares envolvidos diretamente em operações clandestinas. Nesse embate, terroristas assaltaram bancos, sequestraram e assassinaram. Do outro lado, prenderam pessoas ilegalmente, torturaram e mataram. No total, mais de 4.600 pessoas tiveram seus direitos políticos cassados, cerca de 10.000 foram exiladas e, na lista dos desaparecidos, existem 144 nomes.”

Muito embora o louvor pela iniciativa legislativa, deve-se levar em conta que a responsabilidade coletiva assumida pelas indenizações não tem o condão de punir ou servir de exemplo, haja vista que ninguém assume a responsabilidade pelo que ocorreu ou que se permitiu que ocorresse, sendo que o exemplo vivido nos “anos de chumbo” podem ficar sepultados na memória individual, até porque a sociedade não participa desse processo.

Hannah Arendt, ao analisar a questão do nazismo, entende que assumir uma responsabilidade coletiva significa que a culpa não é individual, principalmente dos que exercem o poder, que podem com facilidade deixar de responder pelo que fizeram:

“(…) o que, na prática, se transformou numa caiação altamente eficaz para todos aqueles que realmente tinham feito alguma coisa, pois quando todos são culpados ninguém o é. Basta colocar a cristandade ou toda a raça humana no lugar originalmente reservado à Alemanha para perceber, ou assim poderia parecer, o absurdo do conceito, pois agora até mesmo os alemães deixaram de ser culpados: a culpa não é de ninguém individualmente, mas do conceito de culpa coletiva.”³⁵

Ainda é importante lembrar que se acostumou dizer que a ditadura praticada pelo regime militar foi suave, principalmente se comparada com a argentina, já que aqui se prendeu, matou ou se torturou menos; no entanto, essa também pode ser uma forma de pensar que dilui a verdadeira responsabilidade pelo ocorrido, como bem lembra Fernando de Barros e

³⁵ ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 83.

Silva³⁶, a mesma distorção quando se discute quantos judeus foram mortos pelo nazismo.

5 Elaboração do passado

Nos anos finais do regime militar, o país vivia um clima festivo, consistente na soltura das amarras da ditadura, que teve como rito de passagem o movimento das “Diretas Já”, culminando, quatro anos mais tarde, com a promulgação da Carta Política de 1988.

De fato, os chamados “anos de chumbo”, que caracterizaram as décadas de 1960 e 1970, imprimiram marcas indeléveis na sociedade brasileira. Mas como tais cicatrizes refletiram na formação da identidade de nossa sociedade?

Neste ponto, entende-se ser necessário recorrer à chamada memória coletiva, que traz à tona os fatos ocorridos, segundo a percepção de diferentes grupos, o que, a princípio, não retrata de forma fidedigna a realidade histórica de cada época.

Memória e história, segundo sociólogos e historiadores, são conceitos antagônicos:

“A história é reconstrução sempre problemática e incompleta do que não existe mais. A memória é um fenômeno sempre atual, em elo vivido no eterno presente; a história é uma representação do passado. Porque é afetiva e mágica, a memória não se acomoda com detalhes que a confortam; ela se alimenta de lembranças vagas, telescópicas, globais ou flutuantes, particulares ou simbólicas, sensível a todas as transferências, cenas, censuras ou projeções. A história, porque operação intelectual e laicizante, demanda análise e discurso crítico. A memória instala a lembrança no sagrado, a história liberta, e a torna sempre prosaica. A memória emerge de um grupo que ela une, o que quer dizer, como Halbwachs o fez, que há tantas memórias quantos

³⁶ “O argumento de que, comparada a outras instaladas na América Latina, a ditadura brasileira apresentou ‘níveis baixos de violência política e institucional’ parece servir, hoje, para atenuar a percepção dos danos daquele regime de exceção, e não para compreendê-lo melhor.” (*Folha de S. Paulo*, de 24 fev. 2009).

grupos existem; que ela é, por natureza, múltipla e desacelerada, coletiva, plural e individualizada. A história, ao contrário, pertence a todos e a ninguém, o que lhe dá uma vocação para o universal. A memória se enraíza no concreto, no espaço, no gesto, na imagem, no objeto. A história só se liga às continuidades temporais, às evoluções e às relações das coisas. A memória é um absoluto e a história só conhece o relativo.”³⁷

Pode-se dizer, assim, que a memória coletiva, porque produzida por grupos de pessoas, está em evolução constante, e traz em si muita tradição, ao passo que a história, por ser uma operação intelectual, distancia-se dos fatos para apenas registrá-los.

“O que justifica ao historiador estas pesquisas de detalhe, é que o detalhe somado ao detalhe resultará num conjunto, esse conjunto se somará a outros conjuntos, e que no quadro total que resultará de todas essas sucessivas somas, nada está subordinado a nada, qualquer fato é tão interessante quanto o outro, e merece ser enfatizado e transcrito na mesma medida. Ora, um tal gênero de apreciação resulta de que não se considera o ponto de vista de nenhum dos grupos reais e vivos que existem, ou mesmo que existiram, para que, ao contrário, todos os acontecimentos, todos os lugares e todos os períodos estão longe de apresentar a mesma importância, uma vez que não foram por eles afetadas da mesma maneira.”³⁸

A história é o registro frio dos acontecimentos importantes e desvincula-se da conotação pessoal dispensada a eles pela chamada memória coletiva: “(...) a história começa somente do ponto de vista onde acaba a tradição, momento em que se acaba ou se decompõe a memória social. Enquanto uma lembrança subsiste, é inútil fixá-la por escrito.”³⁹

Conclui-se, então, que a história é sempre crítica e atua racionalizando os fatos, ao passo que a memória os manipula de acordo com a visão

³⁷ NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Revista Projeto História*, São Paulo, Programa de Pós-graduação de História da PUC-SP, n. 10, p. 9, dez. 1993.

³⁸ HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. 2. ed. Tradução Laurent Léon Shaffter. São Paulo: Vértice, 1990, p. 89.

³⁹ *Ibidem*, p. 85.

de cada grupo. Pois bem. Na formação da identidade brasileira, muitas vezes nota-se que as pessoas trazem em si mais da memória coletiva, para formação de sua própria, do que a história crítica e fria a respeito dos fatos.

Esse fenômeno pode ser sentido em várias vertentes, e exemplo vivo e atual a seu respeito ocorreu pelo artigo acima citado de Fernando de Barros e Silva – que divergiu expressamente da linha editorial daquele veículo acerca da ditadura no Brasil, pois a percepção do grupo que comanda esse importante jornal acerca do período ditatorial sinaliza para o abrandamento daquela época, denominando-a de “ditabranda”, conceito não apenas refutado, mas também veementemente repudiado no artigo de sua lavra.

Mas não é só. Recentemente, quando do aniversário de vinte e cinco anos do movimento intitulado “Diretas Já”, capitaneado pelo locutor Osmar Santos, e que contou com a participação de artistas, atletas e políticos, foram publicadas diversas matérias pela imprensa⁴⁰, que demonstraram que as pessoas recordam-se daquele momento (57%), sem, contudo, ter a noção exata de seu significado histórico, pois somente 35% delas souberam dizer com exatidão que se lutava, naquele momento, pelo direito ao voto livre e direto. Alguns, cerca de 5%, se aproximavam do objetivo do movimento, dizendo que a luta era pelo restabelecimento da democracia; outros (aproximadamente 2%) entenderam que se buscava o fim do regime militar.

Dado preocupante, no entanto, emerge do percentual de 39% das pessoas que tiveram notícia das “Diretas Já”, mas não sabiam de que se tratava, sendo que 5% da população responderam que o movimento se referia à mobilização de impeachment do Presidente Collor.

Ainda de acordo com o Datafolha, os mais jovens, que são aqueles que agora usufruem das conquistas daquela época, foram os que mostraram maior desconhecimento sobre o tema, nada obstante tenham especial apreço pela democracia.

O conhecimento do movimento tem relação direta com a idade da população entrevistada, obtendo-se o maior índice na faixa etária

⁴⁰ Como a reportagem da *Folha de S. Paulo*, de 25 jan. 2009.

compreendida entre 35 e 59 anos (70% e 65%, respectivamente). Entre o universo entrevistado na faixa de 16 a 24 anos, 60% desconheciam o movimento; e esse número está à razão de 44% para a população que tem entre 25 e 34 anos.

Nesse contexto, relevante acontecimento, como foi o movimento das “Diretas Já”, pode estar condenado a não ter a repercussão histórica que merece, diante da postura adotada pela sociedade que, ao não reconhecê-lo, pode colocar por terra o relevante fato histórico de que a “Emenda Dante de Oliveira” levou às ruas multidões e não foi aprovada por míseros vinte e dois votos. Essa mobilização, por si, já alterou definitivamente os rumos do país.

É paradoxal o fato de que o povo, mobilizado, atendendo aos clamores daquele momento, e querendo colocar um “basta” no regime ditatorial vigente, naquela época tenha exigido um novo rumo para o Brasil, mas, em contrapartida, não tenha conseguido transmitir, por meio da chamada memória coletiva, a importância desse acontecimento, transformando-o em registro histórico.

Tais fatos conduzem a uma reflexão: a edição da Carta Política, que trouxe inúmeros direitos sociais e políticos aos cidadãos, não teve o condão de alterar essa realidade, porque a identidade povo brasileiro não decorre dos fatos históricos de relevância inquestionável, mas, ao revés, ela traduz o sentimento e a visão de cada grupo a respeito dos mesmos acontecimentos.

6 Memória histórica

A Espanha teve um passado recente violento, com a ditadura imposta por Francisco Franco, instalada após a sangrenta Guerra Civil de 1936-1939, até sua morte em 1975. Nesse período negro da história espanhola, com graves violações dos direitos humanos, haja vista a prática comum de eliminação, prisão em campos de concentração, confisco de bens e trabalhos forçados dos opositores ao regime franquista, assim como a necessidade de deixar o país, por motivos ideológicos, ou de convicções religiosas, ou políticas.

Com 36 anos no poder, Franco pôde recheiar seu país com inúmeros símbolos de sua autoridade, o principal deles o conhecido Vale dos Caídos, uma basílica esculpida na montanha nos arredores de Madri, em que estão enterrados os mortos na guerra, pelo lado vencedor, assim como o próprio ditador, e evoca a grandeza dos vencedores; mas esse não foi um ato isolado, porque todo regime espalhou insígnias de dominação como um modo de reafirmar sua autoridade e evocar a obediência da população, como se faz quando se dá nome a pontes, ruas, prédios públicos, estátuas, simbolizando a retórica do poder.

As feridas de uma ditadura cruel e longa não são poucas, e com a democratização da Espanha, foi necessária a escolha entre manter-se a tradição simbólica do franquismo ou cutucar as feridas não cicatrizadas, principalmente no que diz respeito ao conhecimento real dos atos praticados contra os opositores, para que suas famílias tivessem pelo menos o conhecimento de onde estão enterrados e como morreram. Assim, diante da inquietação da sociedade, escolheu-se a adoção de políticas públicas destinadas ao conhecimento histórico da verdade, como fomento da criação de uma memória democrática, o que ocorreu com a promulgação da chamada Lei de Memória Histórica (Lei 52 de 26 de dezembro de 2007), que em seu artigo 1º, estabelece como seus objetivos reconhecer e ampliar os direitos de quem sofreu pela perseguição ou violência, promovendo sua reparação moral e recuperação de sua memória individual e familiar, assim como adotar medidas para suprimir os fatores de divisão entre os cidadãos, com o fim de fomentar a coesão e solidariedade entre as diversas gerações de espanhóis, tendo como norte os princípios, valores e liberdades constitucionais, facilitando o conhecimento dos feitos e circunstâncias ocorridos durante a guerra civil e a ditadura, assegurando a preservação dos documentos relacionados com esse período histórico.⁴¹

⁴¹ “Artículo 1 - La presente Ley tiene por objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales. Mediante la presente Ley, como política pública, se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos.”

Em sua exposição de motivos, fica clara a intenção da lei de fechar as feridas ainda abertas, dando satisfação aos espanhóis que sofreram diretamente, ou por seus familiares, as consequências da repressão, contribuindo com o pleno convencimento de que é um modo de aprofundar o espírito de reencontro e de concórdia; contudo, reconhece que não é tarefa da lei implantar uma determinada memória coletiva, mas reparar as vítimas, consagrar e proteger o direito à memória individual e familiar, como expressão plena da cidadania democrática, assim como fomentar os valores constitucionais e promover a reflexão do passado, para evitar que se repitam situações de intolerância e violação aos direitos humanos, como então ocorreu na Espanha.⁴²

Além das indenizações, reconhecimento de nacionalidade aos espanhóis e seus descendentes que tiveram que deixar o país, a lei, em seu artigo 15, estabelece a retirada dos símbolos que evocam o franquismo, tratando o artigo 16 especificamente sobre o Vale dos Caídos, que por ser um templo religioso, apenas se limitou a impedir que no local sejam feitos atos políticos para exaltá-lo.

O Brasil não legislou nesse sentido; ao contrário, os monumentos públicos continuam evocando os ditadores e muito mal se tratam as feridas ainda não cicatrizadas dos anos de tortura e intolerância, mas o exemplo espanhol deve ser objeto de reflexão, pois há uma preocupação daquele povo em manter viva uma memória, para que sirva de alerta para que os mesmo tenebrosos fatos não se repitam.

⁴² *“En definitiva, la presente Ley quiere contribuir a cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y a dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la tragedia de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura. Quiere contribuir a ello desde el pleno convencimiento de que, profundizando de este modo en el espíritu del reencuentro y de la concordia de la Transición, no son sólo esos ciudadanos los que resultan reconocidos y honrados sino también la Democracia española en su conjunto. No es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva. Pero sí es deber del legislador, y cometido de la ley, reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas.”*

7 Conclusão

São pelo menos duas as formas de controle da consciência: a imposição de dor física e a propaganda maciça. A tortura, sem dúvida, não tem qualquer respeito pelo ser humano; quanto à propaganda, se usada de modo a edificar valores, pode ser aproveitada na construção de uma memória coletiva, usada de diversas formas, inclusive com a utilização de ícones de lembrança do passado de um povo.

Há uma frase gravada em uma lápide no memorial de Auschwitz-II-Birkenau, na Polônia com o seguinte teor: “Que este lugar, onde os nazistas assassinaram um milhão e meio de homens, mulheres e crianças, a maioria judeus de vários países da Europa, seja para sempre um grito de desespero e um alerta para a humanidade.”

Os relatos frios da história são importantes para a formação da experiência da humanidade que, como toda experiência, deve ser fator de aprendizado, para que atos recrimináveis não sejam no futuro repetidos e os valorosos sirvam de bom exemplo. A intenção da frase acima não é só registrar um fato histórico, mas influenciar na formação da memória histórica, haja vista o conteúdo subjetivo imposto na informação; aliás, essa é a razão de se manter um campo de concentração como centro de visitação turística, e, no campo em questão, por exemplo, mantém-se uma sala com cabelos de detentos, que, segundo dizem, eram usados para confeccionar vestuário para os soldados alemães, além de sapatos e objetos de uso pessoal de adultos e crianças que lá estiveram.

Preserva-se, ainda naquele campo de concentração de triste lembrança, o muro onde os nazistas executavam os judeus, no qual se depositam flores em memória das vítimas.

Sem dúvida Auschwitz é um símbolo para o mundo e nesse mesmo sentido a Estação Pinacoteca de São Paulo criou uma sala para criou uma réplica de uma cela e do corredor de banho de sol dos presos políticos no antigo Deops, para uma constante lembrança das futuras gerações de brasileiros, pois a função do símbolo é evocar também sentimentos.

Em Paris, igualmente, há um museu que preserva a sala em que Maria Antonieta ficou confinada até o momento de sua execução.

Esses símbolos, que constroem uma memória coletiva, são importantes para a formação da identidade de uma sociedade e a evocação de momentos desagradáveis de nossa história são necessários para o encontro do eu-no-mundo.

Nada obstante essas representações, o fato sensível é que situações semelhantes continuam a ocorrer no mundo, citando-se, a título de exemplo, a divisão sectária ocorrida em 1994 em Ruanda, África, entre os tutsis e hutus, que travaram guerra civil sangrenta, dizimando milhares de coirmãos, com a chacina, em apenas três meses, de mais de 800 mil pessoas, configurando verdadeiro genocídio.

De certa forma, a Constituição de 1988 contribuiu para a formação de nossa memória coletiva, no momento em que instrumentalizou a sociedade para que novos abusos aos direitos fundamentais não venham ocorrer, assim como com o reconhecimento de que os abusos praticados pelo regime militar fossem, de alguma forma, reparados, seja com o pagamento de indenizações e reintegração em cargos públicos, entre outros.

Todavia, a questão que atormenta é o fato de que na assunção de uma responsabilidade coletiva pelo ocorrido, a culpa não é de ninguém, e os verdadeiros algozes nada responderam pelos atos que eram por eles sabidamente contrários a qualquer princípio humanístico, tanto que clandestinos, razão pela qual seria necessário um debate público sobre a revisão da Lei de Anistia, como tem sido realizado em outros países que passaram por regimes autoritários na mesma época, a exemplo do Chile, Uruguai e Argentina; mas nós ainda temos a identidade de um povo cordial, que tudo esquece.

Saliente-se que a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental contra dispositivos da Lei n. 10.599/2002, que trata da anistia política, para que a norma seja interpretada em conformidade com os preceitos fundamentais presentes na Constituição Federal (ADPF n. 158). Também ingressou com a ADPF n. 153, em que questiona a anistia dada aos servidores públicos civis e militares que, durante o regime militar, praticaram atos de tortura.

Ocorre que esse debate não é travado com a sociedade, e a população em geral pouco sabe sobre o assunto, mas este poderia ser um momento propício para a revisão histórica e de memória do país, mesmo que não se chegue a um consenso sobre a necessidade ou não de revisão da Lei de Anistia.

Não é demais lembrar do personagem apático Jeca Tatu, de Monteiro Lobato, que a certo momento diz: “Jeca Tatu não é assim, ele está assim”. Ou Macunaíma, de Mário de Andrade, a essência do brasileiro sem caráter.

Será essa mesma a identidade do brasileiro? Talvez tenha razão Monteiro Lobato, não é assim, mas está assim.

Se forem considerados os dados acima expostos de que boa parte da população desconhece o movimento de “Diretas Já”, vê-se que fatos recentes e importantes para o país são ignorados, o que fortalece a imagem do brasileiro como um povo tranquilo e tolerante, que idolatra artistas e atletas, mas não possui a menor noção a respeito de fatos históricos relevantes, que influenciaram diretamente a sua formação.

Neste ponto, importa considerar que a mídia, que teria por missão auxiliar no desenvolvimento dos cidadãos, atua de forma inversa, e contribui, de forma decisiva, para que essa situação se perpetue, na medida que veicula programas com pouco ou nenhum conteúdo histórico, dificultando a formação de identidade genuína.

Para que se fortaleça a identidade de qualquer povo, faz-se necessário emergir dessa situação de aparente tranquilidade e tolerância, e partir-se para uma ação efetiva, de busca de conhecimento sobre os fatos históricos relevantes que afetaram, e ainda afetam, a vida de nosso país.

No entanto, a concretização de tal fato, a par de haver normas constitucionais de inegável importância e modernidade, demanda da sociedade mobilização para que elas sejam efetivamente aplicadas, impedindo seu uso de acordo com a conveniência dos governantes.

A implementação dessas medidas não é tarefa de fácil execução, e sendo o Brasil um país ainda muito jovem, acredita-se que a formação da verdadeira identidade de nosso povo exigirá certo tempo, com mudança e correção de rumos, a exemplo, inclusive, das experiências vividas em outros continentes.

A tarefa é árdua, mas exequível. O que não se pode é jamais dela desistir, sendo importante que cada cidadão, em sua órbita de agir, contribua para a formação e consolidação do povo brasileiro, processo em que a Constituição de 1988 deu importante passo.

8 Referências

ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. *Mínima moralia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001.

ARENDT, Hannah, *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 26. ed. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1996.

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

CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. 10. ed. São Paulo: Cultrix; Pensamento, 2005.

FEST, Joachim. *Hitler*. Tradução de Analúcia Teixeira Ribeiro; Antônio Nogueira Machado; Antônio Pantoja; Francisco Manuel da Rocha Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. v. 1.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 35. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. 2. ed. Tradução Laurent Léon Shaffter. São Paulo: Vértice, 1990.

MANNHEIM, Karl. *Sociologia e cultura*. Tradução de Roberto Gambini. São Paulo: Perspectiva; EDUSP, 1974.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Revista Projeto História*, São Paulo, Programa de Pós-graduação de História da PUC-SP, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

A VIOLÊNCIA fora da lei. *Veja*, São Paulo, n. 65, de 03 dez. 1969 (Disponível em: <http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_03121969.shtml>. Acesso em: 10 maio 2009.

A FAMÍLIA BRASILEIRA: MAZELAS, CONQUISTAS E PERSPECTIVAS, NOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

*Jorge Kuranaka*¹

Sumário: 1 Considerações introdutórias. 2 A família no Código Civil de 1916. 3 O novo direito de família, a partir da Constituição de 1988. 3.1 Nos artigos 226 e 227, os novos rumos da família. 3.2 Vetores principiologicos ético-constitucionais. 4 Reflexos da Constituição Federal no novo Código Civil. 4.1 Projeções do princípio da igualdade. 4.2 Projeções do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, no direito de família. 5 A Constituição como farol de novas perspectivas do direito de família. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Considerações introdutórias

As discussões e esboços iniciais, que culminaram na vigente Constituição Federal, aconteceram em período ímpar de históricas mutações políticas e sociais, e as opções tomadas pela Assembleia Constituinte redefiniram não apenas os contornos e estrutura do próprio Estado brasileiro, como também espriaram seus reflexos para as entranhas da sociedade, a começar pela nossa família.

Alicerçada em valores jurídicos e costumes do século XIX, costurados no começo do século XX, o Direito de Família foi normatizado pelo Código Civil (Lei n. 3.071, de 01.01.1916), ao longo de quase nove décadas, a despeito de transformações de toda ordem vivenciadas no período. Elaborado sob a égide da Constituição de 1891, não

¹ Procurador do Estado, lotado na Procuradoria Regional de Araçatuba (PR/9). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor de Direito Civil e Direito Constitucional no Centro Universitário Toledo de Araçatuba, de 1992 a 2005. Autor do livro: *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

contemplava um capítulo específico à família. Sobre isso, pondera José Sebastião de Oliveira²: “Verifica-se que, perante essa Constituição, o espírito da família que predomina ainda é o patriarcal e o direito à cidadania ainda continua sendo concedido exclusivamente à pessoa do sexo masculino, mantendo-se a exclusão da mulher em relação a esse direito.”

Apenas um único artigo – o artigo 226 – da Constituição Federal foi suficiente para impactar o Direito de Família até então vigente, para causar uma verdadeira reviravolta, a partir de sua estrutura jurídica. Some-se a esse dispositivo, complementarmente, também os artigos 227, 228, 229 e 230. Os valores da nova ordem constitucional, por demais inovadores, não foram de pronto absorvidos em sua amplitude, demandando inúmeros embates doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que com eles conviveram por década e meia uma legislação ordinária flagrantemente antagônica, em muitos aspectos. Muito se estudou acerca da eficácia plena ou limitada das normas constitucionais e da recepção, ou não, dos dispositivos do Código Civil. Nessas discussões de compatibilização entre o texto constitucional e a legislação ordinária quase centenária, não apenas os artigos 226 a 230 serviram de parâmetros, mas os valores principiológicos imanentes na nova ordem se prestaram a vetores hermenêuticos, com destaque de três deles: o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

Entre os seus reflexos, o Direito de Família foi remodelado e adaptado à nova ordem para finalmente receber, após quase quinze anos, a formalização, através da edição do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), em vigor a partir de janeiro de 2003.

Todavia, tais vetores constitucionais, ricos e plenos que são, continuam a merecer, por parte de nossos juristas e legisladores, incessantes estudos interpretativos, na busca da integral adequação aos seus ditames, inspirando novas propostas, entre as quais o chamado “Estatuto das Famílias”, consolidado no Projeto de Lei n. 2.285/2007, apresentado pelo

² OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

deputado Sérgio Barradas Carneiro, no final do ano passado, à Câmara dos Deputados.³

O presente estudo visa, pois, a discorrer sobre essas transformações no Direito de Família, a partir de outubro de 1988, com os avanços de vulto, alguns retrocessos, e as novas discussões e perspectivas que despontam no horizonte, tendo por farol ainda os mesmos valores constitucionais, vinte anos após sua promulgação.

2 A família no Código Civil de 1916

Em breves linhas, pode-se considerar que o Direito de Família contemplado no Código Civil de 1916 foi construído a partir de fundamentos do final do século XIX, dentro do modelo patriarcal de família, com submissão da mulher – nas condições de filha, mulher ou mãe –, tendo o casamento como única forma reconhecida para a constituição de família.

Como consequências normativas e lógicas desses postulados, possível apontar ao menos quatro características básicas do Direito de Família na vigência do Código Civil de 1916: a) família matrimonializada; b) direção unitária da família pelo marido; c) desigualdade entre os filhos (filhos decorrentes do casamento, havidos fora do casamento e os adotivos); d) cônjuges e filhos existiam em função da família, e não o contrário.

Não se pode olvidar que mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, a sociedade brasileira experimentou inúmeros avanços nesse campo: o direito da mulher cursar faculdade, a conquista do direito ao voto, a sua gradual – e lenta – emancipação, com a Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e a instituição do divórcio (EC n. 9/77 e a Lei n. 6.515/77).

3 O novo direito de família, a partir da Constituição de 1988

A Constituição de 1988, em seu Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo VII (Da Família, Da Criança, do Adolescente e do Idoso), dispõe em

³ Elaborado a partir de projeto de organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e sistematizado pela comissão composta por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Logo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin.

seu artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Esse artigo, com seus oito parágrafos, é suficiente para fazer desabar as estruturas vetustas da família brasileira, sobre as quais continham doutrina e jurisprudência, e ditar a edificação revolucionária de um novo Direito de Família. Juntam-se a ele, ademais, os artigos 227, 228, 229 e 230.

3.1 Nos artigos 226 e 227, os novos rumos da família

O artigo 226, neste tema o mais abrangente dos dispositivos, assegurou à família, considerada base da sociedade, especial proteção do Estado (*caput*), a gratuidade da celebração do casamento civil (§ 1º) e os efeitos civil do casamento religioso (§ 2º); reconheceu a união estável como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento (§ 3º); estendeu também à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes a classificação de entidade familiar (§ 4º). O mesmo artigo ainda consagrou a igualdade no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, pelo homem e pela mulher (§ 5º), o divórcio, direto ou por conversão (§ 6º), e o livre planejamento familiar (§ 7º), bem como a assistência à família, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (§ 8º). O artigo 227, parágrafo 6º, regra que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

3.2 Vetores principiológicos ético-constitucionais

As normas positivas nos artigos mencionados fizeram-se acompanhar de bases principiológicas ético-constitucionais de abrangência ainda maior, fornecendo parâmetros interpretativos dilargados, entre os quais o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana e, sob outro prisma, os direitos da personalidade.

O princípio da igualdade, por exemplo, contemplado no *caput* do artigo 5º, no sentido de que “todos são iguais perante a lei”, projetou-se especificamente, regrido em seu inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”; ele, de sua vez, lançou reflexos nas relações

familiares, regulando no artigo 226, parágrafo 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A partir desse ponto, foi possível vislumbrar novas luzes interpretativas de diversas questões afetas ao Direito de Família.

Igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), que com ela nasce, inerente à sua essência, dela indissociável e que independe de qualquer outra circunstância ou atributo, passou a nortear o novo Estado Democrático de Direito, e lançou luzes sobre a família brasileira de forma ilimitada, projetando-se, por exemplo, na questão do planejamento familiar, de livre decisão do casal (art. 226, § 7º). Sobre o tema, núcleo essencial dos direitos fundamentais, Celso Antônio Pacheco Fiorillo alude que há “um piso vital mínimo imposto pela Carta Magna como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social”.⁴

Quanto aos direitos da personalidade, “consideram-se como tais” – pondera Carlos Alberto Bittar⁵ – “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. Também o direito à identidade, ao nome, à própria imagem, à privacidade, à liberdade, à manifestação do pensamento”. Ademais, “os direitos de família puros, como, por exemplo, o direito ao reconhecimento da paternidade e o direito a alimentos, também se inserem nessa categoria”, como nos lembra Sílvio de Salvo Venosa.⁶

Como em outros campos, a nova ordem política e social erigida em outubro de 1988 lança a constitucionalização também do Direito Civil e, conseqüentemente, do Direito de Família. Esforços interpretativos passam a ser envidados, pela doutrina e tribunais, para distinguir as regras que teriam sido recepcionadas pela Constituição das que não, por frontal colidência com as normas e princípios da Lei Maior. Embora muitas

⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 14.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 1.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 151.

das questões positivadas no Texto Constitucional já viessem merecendo discussões na doutrina e avanços jurisprudenciais, verdade é que os seus dispositivos revelaram-se inovadores e vanguardistas em vários aspectos, à frente mesmo da realidade social, tornando árduo o trabalho a ser empreendido pelos juristas.

Uma primeira dificuldade foi a de dar a exata dimensão à regra de igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal.

Sem que se pretenda dar maior profundidade ao tema, considerados os limites deste trabalho, conquanto constitua um dos pilares estruturais do Estado Democrático, destaca-se a natural dificuldade na aplicação do princípio da igualdade, por todas as questões que permeiam o seu conteúdo jurídico. Quanto a esse assunto, difundida na doutrina é a ideia de que o legislador deve dispensar tratamento igual para os iguais e tratamento desigual para os desiguais; utiliza-a Rui Barbosa, em sua genial *Oração aos moços*. Em se tratando de igualdade formal, notório que se deva *discriminar* as situações, para não ferir o princípio da igualdade. Se consiste a igualdade na simetria entre direitos e obrigações, direitos em porção maior que as obrigações redundarão em privilégios, assim como obrigações em maior peso acarretarão discriminações.

Conquanto o princípio da igualdade estampado no artigo 5º do Texto de 1988 viesse contemplado, ora em caráter geral, ora em caráter específico, também em Constituições anteriores⁷, como registra Magaly Bruno Lopes⁸, inegável que essa igualdade não existia no âmbito familiar nem no jurídico. O Código de 1916 regravava em artigos distintos os direitos e deveres do homem e os da mulher no casamento. No artigo 231, os deveres comuns a ambos os cônjuges (fidelidade recíproca, vida em comum, no

⁷ A Constituição do Império, de 1824, em seu artigo 179, já contemplava que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Também as Constituições de 1891, 1937 e 1946 contemplam o princípio da igualdade de forma geral. As Cartas Políticas de 1934 e de 1967, bem como a Emenda n. 1/69 já explicitavam a igualdade, proibindo a discriminação em razão de sexo.

⁸ Magaly Bruno Lopes lembra ainda que a primeira Constituição ocidental a tratar da igualdade jurídica entre marido e mulher foi a alemão de 1919 (de Weimer), em seu art. 119; equiparação presente também na Constituição da Itália, de 1947; da Alemanha, de 1949; da Bulgária, de 1971; de Portugal, de 1976; da Espanha, de 1978. (*Igualdade entre o homem e a mulher e os direitos e deveres do casamento*. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós-Graduação, Bauru, 2002. p. 56-57).

domicílio conjugal, mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos); no artigo 233, dispunha que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher e o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz; já no artigo 240, regravava que a mulher, com o casamento, assumia a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido.

Nessa época, em que comandos normativos de um Código Civil octogenário conviviam com regras constitucionais novas e vanguardistas, revelando-se inóspito terreno para a atividade interpretativa, Maria Helena Diniz assim escreveu:

“A Constituição de 1988, no artigo 226, parágrafo 5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges deverão exercer juntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro. Não vislumbramos na nova Constituição Federal, ante o artigo 5º, inciso I, que propugna a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulher, que é uma norma geral, uma isonomia entre marido e mulher relativa aos seus direitos e deveres, pois o artigo 226, parágrafo 5º, da Lei Maior, sendo uma norma especial, que prevalece sobre a geral, refere-se ao igual exercício dos direitos e deveres do marido e da mulher na sociedade conjugal arrolados no Código Civil, artigos 233 e ss, e 240 e ss., ainda vigentes.”⁹

Nessa esteira de raciocínio, seria possível que cada cônjuge continuasse a contar com direitos e deveres diferentes. Prossegue Maria Helena Diniz, em lição de 2001:

“Logo, não nos parece que tais normas contidas no nosso Código Civil tenham perdido o seu sentido, fazendo, por exemplo, com que não haja diferença na idade núbil; com que o marido passe a ter direito de adotar os apelidos de sua mulher; com que a mulher perca a reserva

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 5, p. 17.

de bens. Ante o caráter de especialidade do preceito constitucional (art. 226, § 5º), não se poderá afirmar, entendemos, em que pesem opiniões em contrário, que não mais há discriminação em separado dos direitos e deveres da mulher e do marido, visto que a Carta Magna não os igualou em direitos e deveres, mas sim no exercício desses direitos e deveres, pois tão somente proclama que na sociedade conjugal os direitos e deveres de cada um, contidos no Código Civil, por exemplo, serão exercidos igualmente, ou seja, sem interferência, sem oposições, ou até mesmo conjuntamente, de sorte que, havendo divergências, qualquer deles poderá recorrer ao Judiciário.”¹⁰

Contudo, como testemunhamos, outros foram os rumos caminhados no Direito de Família, ao se emprestar plena efetividade ao comando da igualdade no lar. Sobre essa questão, preleciona Magaly Bruno Lopes: “Vários dispositivos do Código Civil de 1916 e de outros comandos infraconstitucionais, conclui-se, não foram recepcionados, importando em sua derrogação, eis que em frontal desacordo com os preceitos de índole igualitária da Carta Maior. Direitos e deveres decorrentes do casamento devem ser conferidos simetricamente ao marido e à mulher.”¹¹

Com isso, o marido deixou de ser o “chefe da sociedade conjugal” (art. 233 do CC/1916), ou o “chefe da família” (art. 7º, § 7º, da LICC); a mulher – que, primeiro, devia obediência às decisões do homem, promovida, em 1962, à condições de *colaboradora* (Estatuto da Mulher Casada) – tornou-se finalmente cogestora das decisões e administração na família.

Algumas questões foram solucionadas de forma mais remansosa: por aplicação do princípio da igualdade, não mais se acolheu a possibilidade de anulação do casamento por ausência de virgindade da mulher (art. 219, IV, do CC/1916), eis que embora tal circunstância pudesse ser constatada na mulher, não o poderia ser no homem, de sorte que, além da evolução dos costumes, na impossibilidade de aplicação de reciprocidade de tratamento, não mais poderia sustentá-lo somente a um dos cônjuges¹².

¹⁰ DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., v. 5, p. 17.

¹¹ LOPES, Magaly Bruno, *Igualdade entre o homem e a mulher e os direitos e deveres do casamento*, cit., p. 209.

¹² TJMG: “Defloramento. Igualizações de direitos e anulações de casamento. Casamento. Ação de anulação. Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. Defloramento ignorado pelo marido.

Regrava o artigo 233 do Código anterior ser obrigação do marido o de “prover a manutenção da família”, porém, decisões de nossos tribunais já vinham consagrando tratar-se, na verdade, de dever recíproco, observada a capacidade econômica e o grau de necessidade de cada um. Também no âmbito familiar, os filhos, até então classificados em legítimos e ilegítimos, conforme se havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, foram, todos equiparados, por força do artigo 227, parágrafo 6º. Com isso, mesmo os filhos advindos de relação adúltera puderam ser reconhecidos durante a constância de casamento do progenitor adúltero, passando a fruir de igual direito sucessório, inovando e corrigindo o tratamento que se emprestava à época, que prejudicava injustamente o filho de circunstâncias fora da previsão da lei.

Outras questões mereceram maior tempo de amadurecimento: alguns doutrinadores entenderam de imediato não mais subsistir a prerrogativa de foro da mulher nas ações de estado (art. 100, I, do CPC), entre eles Yussef Said Cahali¹³ e Arnaldo Rizzardo¹⁴, igual tendência podendo se constatar em julgados da época. Não foi esse, contudo, o entendimento que se sedimentou ao longo do tempo, pelo qual resta mantida a prerrogativa à mulher, confirmando o posicionamento de Sérgio Gischkow Pereira¹⁵ e Humberto Theodoro Júnior¹⁶ e algumas decisões pretorianas da época.¹⁷

Impossibilidade do pedido em face da nova Constituição Federal. Igualdade entre homens e mulheres. Carência mantida. Em face de expressa disposição constitucional, que iguala homens e mulheres em direitos e obrigações, não tem assim lugar no nosso ordenamento jurídico civil a possibilidade de anular-se o casamento com base na alegada ignorância de defloramento da mulher. É que, não sendo possível a verificação da virgindade do homem, constituiria tratamento desigual exigi-la da mulher.”

¹³ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 527-528.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Separação e divórcio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 399.

¹⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 639, p. 247, jan. 1989.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 662, p. 16, dez. 1990.

¹⁷ “Todos nós sabemos que, apesar da evolução, a mulher continua a ser discriminada, tratada de fato como a parte mais fraca do casal, o marido em situação de vantagem, no caso de haver dissídio.” (TJRJ – AI n. 1.352/89, rel. Des. Thiago Ribas Filho, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 19/91, p. 407). No mesmo sentido: TJSP – AI n. 11.380-0, rel. Des. Marino Falcão, j. 21.02.1991, *RT* 672/1.022-1.023.

De outro lado, discussões mais acirradas ocorreram em torno do instituto do bem reservado da mulher casada, contemplado no Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que tornava exclusivo da mulher o bem por ela adquirido durante o casamento, ainda que celebrado sob o regime da comunhão parcial ou da comunhão universal de bens, desde que adquirido por economia própria, de atividade ou profissão separada da do marido, igual prerrogativa não se assegurando ao marido. As correntes se dividiram, sem pacificação, até o advento do Código Civil de 2002.¹⁸

À época de sua promulgação, vinte anos atrás, causou impacto, nos segmentos mais conservadores da sociedade, o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição, ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. Seguiram-se a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulando o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, e, pouco mais de um ano depois, a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, logo chamada de Estatuto do Concubinato ou Lei da Convivência, também a regular o instituto. Muito se discutiu, à época, se casamento e união estável eram institutos marcados pelo princípio da igualdade, gerando direitos e obrigações simétricas, para se concluir, ao longo do tempo, que não, conquanto ambos fossem modalidades de família, permitindo regras, direitos e efeitos distintos, visto que o próprio parágrafo 3º do artigo 226 trazia referência à possibilidade facilitada de conversão em casamento.

De toda forma, as várias imbricações entre Texto Constitucional e a legislação ordinária anacrônica vieram, a partir de outubro de 1988, sendo encaminhadas e solucionadas no ordenamento jurídico, implementando os novos balizamentos do Direito de Família ao Código de 1916, durante os quase quinze anos em que coexistiram lado a lado.

¹⁸ Entenderam pela insubsistência do instituto dos bens reservados da mulher casada, após o advento da Constituição Federal de 1988: TJRJ – AC n. 5.640/89, 2ª Câm., Rel. Des. Sampaio Peres, j. 27.03.1990; TJDF – AC n. 3112293, rel. Paulo Evandro, j. 28.08.1995; TJDF – AC 3218894, rel. Getúlio Moraes Oliveira, j. 05.12.1994. Contrariamente, entre os julgados que admitiam a recepção do instituto na nova ordem constitucional: TJDF – AC n. 3010493, rel. José Hilário de Vasconcelos, j. 24.06.1993.

4 Reflexos da Constituição Federal no novo Código Civil

A história do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) tem início no ano de 1969, com uma comissão nomeada pelo então Ministro da Justiça, gerando um anteprojeto em 1972, que contou com a supervisão de Miguel Reale. Ocorre que, de lá para cá, nessa história de mais de trinta anos, no meio do caminho ocorreu o advento da Constituição Federal de 1988, que assinalou avanços sensíveis em várias áreas sociais e jurídicas, inclusive no que tange aos novos contornos da família brasileira.

O novo Direito de Família, que se construía a partir de 1988, representava não apenas a consolidação de um amadurecimento da sociedade – a norma cristalizando as conquistas do povo – como também um direcionamento e normatização à frente do tempo e da sociedade, como já vislumbrado – a norma movimentando o corpo social rumo a novos tempos, na esperança de que sejam melhores e mais justos. Inobstante isso, várias questões restavam pendentes, sem solução, por conta do agora desatualizado Direito de Família contemplado no Código de 1916, e outras que vinham sendo consolidadas nos tribunais e careciam da devida formalização. Apesar de iniciado duas décadas antes da promulgação da Carta vigente, o anteprojeto do Código Civil permanecia inconcluso, e se tornou velho, anacrônico e *natimorto*, quanto às regras norteadoras da família – para nos restringirmos ao tema do trabalho –, diante do que acontecia face à ordem constitucional. Rechauchutado em vários aspectos do Direito de Família, às pressas, teve seu trâmite acelerado, e finalmente foi aprovado, promulgado e entrou em vigor quase quinze anos após a Constituição.

O novo Código Civil, como se verá mais adiante, agrega em seu texto os comandos normativos e valores principiológicos da Constituição Federal, principalmente os seguintes: a) a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (art. 5º, I, da CF), e entre o marido e a mulher (art. 226, § 5º); b) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); c) o família como base da sociedade (art. 226, *caput*); d) o reconhecimento da união estável (art. 226, § 2º); e) a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º); f) a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, os quais terão os mesmos direitos e qualificações, restando proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

Encontramos, assim, no Livro IV, do Direito de Família do Código Civil de 2002, inovações respaldadas em valores ético-jurídicos de caráter principiológico, contemplados antes na Constituição Federal e agora incorporados no novel Diploma, dentre os já mencionados. Sob o prisma dos limites propostos ao presente trabalho, apresentamos elenco exemplificativo dessas projeções.

4.1 Projeções do princípio da igualdade

O princípio constitucional da igualdade projeta-se no âmbito do Direito de Família no novo Código Civil, sob vários prismas inovadores, em relação ao Código de 1916.

a) Iguais direitos e deveres entre marido e mulher: dita o artigo 1.511 do Código Civil que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565), criando-se-lhes deveres comuns de fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos (art. 1.566). Unificou-se a idade núbil de homem e mulher, para os dezesseis anos (art. 1.517), pondo fim à distinção anteriormente contemplada pelo artigo 183, XII, do Código Civil de 1916, de dezesseis e dezoito anos de idade, respectivamente para as mulheres e para os homens.

b) Administração conjunta do lar conjugal (cogestão): estabelece-se, com o casamento, uma direção conjunta da sociedade conjugal, sempre no interesse do casal e dos filhos (art. 1.567), não mais figurando o marido como chefe do lar conjugal e a mulher como mera assistente (art. 233, *caput*, do CC/1916). De outro lado, ambos os cônjuges devem concorrer para o sustento da família e a educação dos filhos, observada a proporcionalidade de seus bens e dos rendimentos do trabalho, independentemente do regime patrimonial (art. 1.568), não mais tocando preponderantemente ao marido a função de prover a manutenção da família (art. 233, IV do CC/1916).

c) Exclusão da possibilidade da anulação do casamento, por falta de virgindade da mulher: ao elencar as hipóteses de configuração de erro

essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (art. 1.557), que tornariam anuláveis o casamento, o novo Código Civil deixou de prever a hipótese de defloração da mulher, ignorado pelo marido, existente no Código anterior (art. 219).

d) Fim da preferência que gozava a mulher para o exercício da guarda dos filhos: ela tocará a quem revelar melhores condições ao interesse da criança (dimensão afetiva, e não apenas socioeconômica), conforme o artigo 1.584. A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26.12.1977), no artigo 10, parágrafo 1º, estabelecia que “se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”.

e) Exclusão do instituto do bem reservado da mulher casada: o artigo 246 do Código Civil anterior regravava que o produto de profissão lucrativa exercida pela mulher, sendo distinta da do marido, e os bens com ele adquiridos, constituiriam, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderia dispor livremente. Essa prerrogativa, que à época de sua criação, através do Estatuto da Mulher Casada, amparava a mulher, com as mudanças sociais e da estrutura econômica da família, passou, com o tempo, a violar o princípio da igualdade. O vigente Código põe fim a grande dissidência doutrinária e jurisprudencial vivenciada a partir da promulgação da atual Constituição Federal, acerca da subsistência ou não desse instituto.

f) Adoção de sobrenome de um dos cônjuges, pelo outro: homenageando o princípio da igualdade, o artigo 1.565, parágrafo 1º do Código Civil estende também ao marido a possibilidade de adotar o sobrenome da mulher.

4.2 Projeções do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade no direito de família

Intimamente conexos, sendo os direitos da personalidade os que resguardam a dignidade humana¹⁹, procederemos à análise conjunta das

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil*: parte geral, cit., p. 152.

duas esferas de direitos no campo do Direito de Família do Código Civil vigente.

a) Obrigação de o cônjuge inocente prestar alimentos ao cônjuge culpado pela separação, em caso de este, se for inapto para o trabalho, não contar com meios de subsistência, nem com parentes que lhe possam assegurar o sustento, embora se restrinja aos alimentos naturais (essenciais). O artigo 1.704, parágrafo único, salvaguarda a dignidade da pessoa humana, assegurando condições mínimas de subsistência ao cônjuge declarado culpado, obrigando o cônjuge inocente a lhe prestar alimentos. Protege-se, também, é claro, a própria vida com isso.

b) Proibição de que qualquer pessoa, de direito público ou privado, interfira na comunhão de vida instituída pela família. Esta garantia, consubstanciada no artigo 1.513, representa a projeção do direito constitucional à intimidade, no campo do direito de família (limite negativo).

c) Menor importância e efeito que se empresta, hoje, à culpa na separação e no divórcio. Através das novas regras, menor a importância e efeito da culpa na separação judicial e no divórcio. Por exemplo, mesmo o cônjuge declarado culpado poderá ter para si a guarda dos filhos, receber do inocente os alimentos indispensáveis à sobrevivência ou conservar o sobrenome do outro, presentes os requisitos específicos para tanto. Ao diminuir-se as consequências práticas da atribuição e investigação da culpa, amplia-se a proteção da privacidade e intimidade. Não bastasse, permite o artigo 1.573, parágrafo único, do Código Civil, a decretação da separação judicial na hipótese de se verificarem outros fatos, diversos dos previstos nos anteriores incisos desse dispositivo, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, sem imputação da causa a qualquer dos cônjuges.

d) Direito ao livre planejamento familiar. É de livre decisão do casal o planejamento familiar (art. 1.565, § 2º). Ao Estado compete apenas propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

e) A família legalmente reconhecida e protegida se amolda aos seus integrantes, não mais sendo o casamento a única forma de gerá-la.

Contempla-se a família decorrente do casamento, além da decorrente de união estável e da chamada família monoparental, formada por um dos genitores e prole. Na lição de Rosana Fachin, “hoje, se evidencia no mundo jurídico a diversidade de composições familiares, reconhecendo nessas uniões um modelo plural de família a ser protegido pelo Direito, como também o presente eleva o direito de vier juntos à condição de direitos fundamentais, orientados pelo princípio da dignidade humana”.²⁰

f) Discute-se acerca de não mais ser possível a imposição de castigo físico ao filho pelos pais. Traz-se à baila a discussão sobre os limites do castigo, ainda que pelos detentores do poder familiar. Ainda que moderado, se físico o castigo, a integridade e a dignidade dos menores poderão estar sendo lesadas.

g) A preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana altera o enfoque do chamado *debitum conjugale*²¹. Antes, defendia-se que, tratando-se de um dever decorrente do casamento, a mulher somente poderia recusar-se a prestá-lo se se constatasse existência de justa causa. A doutrina reportava-se à hipótese de o marido ser portador de doença venérea, recusando-se a utilizar dos meios preventivos do contágio do mal. Efetivando-se a relação sexual, tratar-se-ia de caso em que se configuraria o crime de estupro perpetrado pelo marido. Nos dias atuais, defensável que o ato sexual não pode se dar diante da recusa da mulher, ainda que sem justa causa, visto que a contrariedade à sua vontade, com sujeição à conjunção carnal, violaria evidentemente a dignidade da pessoa humana, ainda que, de outro lado, essa recusa sistemática e imotivada à prática sexual pudesse fundamentar ação de separação judicial litigiosa, por violação de um dos deveres do casamento, decorrente, no caso, do dever de coabitação. Mais remotamente, também o direito ao próprio corpo, que integra os

²⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002. *Família e cidadania: o novo CCB e a Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 59.

²¹ Deve-se entender por débito conjugal “o direito-dever do marido e de sua mulher de realizarem entre si o ato sexual” (CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 2, p. 11-13). Para Maria Helena Diniz, “um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro e vice-versa, daí os correspondentes deveres de ambos, de cederem seu corpo ao normal atendimento dessas relações íntimas, não podendo, portanto, inexistir o exercício sexual, sob pena de restar inatendida essa necessidade fisiológica primária, comprometendo seriamente a estabilidade da família” (*Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 125-126).

direitos da personalidade, indisponível mesmo pelo titular, poderá ter a sua indisponibilidade por ele sustentada perante terceiros, ainda que ostente a condição de cônjuge.

h) Opções dilargadas da mulher continuar a usar o seu nome de casada. Silmara Juny de A. Chinelato e Almeida comenta que o nome da mulher casada não tem sido considerado pela legislação e doutrina nacionais e estrangeiras em seu aspecto primordial, qual seja, o de direito da personalidade²². Dissolvido o casamento pelo divórcio direito ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado, salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial (art. 1.571, § 2º). Não mais há obrigatoriedade de voltar a usar o nome de solteira, por ocasião da conversão da separação em divórcio, o mesmo se aplicando quanto ao marido que houver adotado o sobrenome da mulher (art. 1.578, § 2º). Se litigiosa a separação judicial, o cônjuge declarado culpado na ação perde o direito de usar o sobrenome do outro. Ainda assim, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, ou grave dano reconhecido na decisão judicial. Protege-se o direito ao nome e à identidade, atributos da personalidade (art. 1.578). Dilargando-se a possibilidade de tanto a mulher quanto o marido continuarem a usar o patronímico do outro, após a separação ou o divórcio, estende-se maior proteção ao direito à identidade. Uma vez incorporado ao próprio nome e sobrenome o patronímico do outro cônjuge, verifica-se uma incorporação à sua identidade, representando os dispositivos do novo Código sensível avanço na questão. Em sentido inverso, mas igualmente no intuito de prestigiar-se o direito à identidade, discussão surge acerca da possibilidade não da pessoa que enviúva despojar-se do sobrenome do cônjuge falecido, para voltar a usar o seu, de antes do casamento. Argumenta-se que a morte, assim como o divórcio, poria fim ao vínculo matrimonial, de tal sorte que, em circunstâncias específicas – principalmente na de o sobrenome do cônjuge não se ter arraigado à identidade do sobrevivente –, admissível seria o retorno ao sobrenome de solteira.

²² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 293.

i) Possibilidade de indenização por danos morais entre cônjuges, em razão de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. No conceito de danos morais, enquadram-se as lesões sofridas pela pessoa em seu patrimônio ideal, ou seja, insuscetível de valoração econômica, e a dor resultante dessa violação – seja a dor física, seja a dor moral, compreendidos nessa última modalidade os sentimentos de sofrimento psíquico ou moral, consternação, constrangimento, humilhação, perda etc. Consagrada a indenizabilidade dos danos morais no artigo 5º, X, da Constituição Federal – em razão de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas –, inclusive de forma muito mais ampla que a prevista no novo Código Civil, no artigo 953 e seguintes, defende-se essa possibilidade em questões decorrentes de conduta desonrosa ou violação de deveres conjugais, tais como os da fidelidade, mútua assistência e respeito, pela prática, por exemplo, de adultério ou de outra qualquer que acarrete o preenchimento dos pressupostos dessa espécie de dano. A conduta do cônjuge, assim, além de fundamentar pedido de separação judicial em sua modalidade litigiosa, poderá ensejar outra ação, de indenização por danos morais²³, na medida que acarretar também abalo e agressão à honra objetiva ou subjetiva do outro. Sentimentos de vergonha, humilhação e dor aviltam a personalidade, agredindo diretamente a dignidade do indivíduo e o sentimento de autoestima, gerando profundas chagas que poderão deflagrar mesmo efeitos psicossomáticos, desenvolvendo um quadro patológico.

j) Estabelecimento de parentesco por afinidade entre os cônjuges ou *companheiro*, com os parentes do outro. No Código anterior, apenas através do casamento criava-se o vínculo de parentesco por afinidade, de um cônjuge em relação aos parentes do outro (art. 334 do CC/1916). O Código atual estende também essa espécie de parentesco a cada um dos companheiros, em relação aos parentes do outro (art. 1.595), em justa adequação à família originada em razão de união estável.

²³ Na lição de Regina Beatriz Tavares da Silva, “o cônjuge lesado, em obediência ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, merece a devida reparação pelos danos sofridos. Repugna não só ao Direito, mas à consciência humana, o dano injusto” (Indenização na separação, *Boletim IBDFAM*, p. 6, jun./jul. 2002).

k) Direito ao reconhecimento da paternidade. Considerados os ditos direitos de família puros como direitos da personalidade, entre eles se inclui o direito ao reconhecimento da paternidade. Quanto a esse tema, o Código Civil vigente amolda-se ao texto do artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, dispondo que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, e os nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento (art. 1.597, I e II). Inova o texto do artigo 338 do Código anterior, para criar presunção de paternidade na constância do casamento acerca dos nascidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, além de para os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, bem como para os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que com prévia autorização do marido (art. 1.597, III, IV e V). É o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

5 A Constituição como farol de novas perspectivas do direito de família

Algumas questões tormentosas permanecem ainda sem pacificação e outras novas surgem. Mas, enquanto se debate acerca da possibilidade ou não de pedido de danos morais contra os pais, por abandono moral, ou sobre a constitucionalidade da imposição de regime obrigatório da separação de bens para maiores de 60 anos, ou sobre a possibilidade de rateio de pensão por morte entre esposa e concubina, ou sobre os aspectos da guarda compartilhada, os *alimentos gravídicos* foram positivados através da Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008.²⁴

²⁴ A Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido, pertinente à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Na realidade, o novo Código Civil, conquanto tenha advindo quase quinze anos após a promulgação do Texto Constitucional, e a despeito das adaptações feitas aos preceitos hierarquicamente superiores, não logrou corresponder, *quantum salis*, às expectativas de tantos quantos militam e se debruçam no estudo do Direito de Família. A Constituição Federal, com suas normas e princípios, diversamente atua como farol em meio à escuridão, norteando e inspirando sua efetiva implementação no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Nesse intento é que, sob a égide do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), foi elaborado o arcabouço da proposta consolidada no Projeto de Lei n. 2.285/2007, apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, no final do ano passado, à Câmara dos Deputados.

Finalizando este trabalho, em que se contemplaram aspectos positivados no Código Civil de 1916, as inovações advindas do Texto Maior de 1988 e seus reflexos no Código Civil de 2002, apresenta-se adiante alguns aspectos desse projeto, o chamado Estatuto da Família.

a) No projeto, quanto ao regime de bens, deixam de existir o regime da participação final de aquestos e o regime da separação obrigatória de bens; é mantido o regime legal da comunhão parcial de bens, com possibilidade de alteração do regime de bens por escritura pública.

b) Possibilidade de divórcio e separação por escritura pública, a exemplo da Lei n. 11.441/2007; possibilidade de divórcio após separação de fato por mais de 2 anos ou após 1 ano de separação judicial; possibilidade, além disso, de reconhecimento de separação de fato, cessada a convivência entre os cônjuges, ainda que residindo sob o mesmo teto.

c) Quanto à união estável, instituição de estado civil de “convivente” e simetria de direitos entre conviventes e cônjuges.

d) Reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, exigindo-se, para o tanto, a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, com aplicação, no que couber, das regras concernentes à união estável; garantia dos direitos de guarda e convivência com os filhos, adoção de filhos, direito previdenciário e direito à herança.

e) No que pertine à filiação, inexistência de distinção em decorrência de consanguinidade ou socioafetividade e possibilidade de reconhecimento de posse de estado de filiação; há menção à “autoridade parental”, ao invés de “poder familiar” e previsão de “direito à convivência”, ao invés de “direito de visitas”.

f) Quanto aos alimentos, com matriz na solidariedade familiar, verifica-se eliminação de resquícios de causas ou condições discriminatórias, manutenção de obrigação alimentar infinita, entre os parentes em linha reta e entre irmãos, limitação para 25 anos a presunção de necessidade alimentar do filho em formação educacional e caráter de complementaridade da obrigação alimentar dos parentes em grau maior.

g) Entre alguns aspectos processuais, os processos serão orientados pelos princípios da oralidade, celeridade, simplicidade, informalidade, fungibilidade e economia processual; garantia de sigilo de justiça, quando requerido e trâmite nas férias forenses; conciliação prévia conduzida por juiz de paz ou conciliador judicial.

h) Em caso de devedor de alimentos, cumprimento da prisão em regime semiaberto; em caso de novo aprisionamento, o regime é o fechado, com inscrição do nome do devedor do Cadastro de Proteção ao Credor de Alimentos e demais instituições públicas ou privadas de proteção ao crédito.

Conquanto essa proposta tenha uma longa jornada até sua aprovação, ou que isso possa mesmo não ocorrer, no que pertine especificamente a esse projeto em questão, o propósito desta abordagem é a constatação de reflexões e esforços persistentes, no sentido de aperfeiçoar e aproximar a legislação ordinária civil aos valores da Constituição, mesmo nos dias atuais, após duas décadas do início de sua vigência.

6 Conclusões

Em 1988, a Constituição Federal irradiou comandos normativos e principiológicos pertinentes ao Direito de Família, em tempo em que vigorava o Código Civil de 1916, permeado de regras vetustas, de costumes e valores do final do século XIX.

A partir de então, instalou-se uma reviravolta, com intensa produção de estudos e recursos ao Judiciário, muitos das quais tendo por cerne da

discussão a perquirição acerca do alcance da norma constitucional, o co-tejamento de princípios caros à nova ordem, a apuração de quais dispositivos e institutos do Código Civil de 1916 estavam mantidos, ou não, pelo mecanismo da recepção. Mantida a supremacia das normas vinculantes da Constituição, os preceitos referentes ao Direito de Família foram interpretados e integrados. Por quase quinze anos, comandos constitucionais vanguardistas e dispositivos de uma codificação octogenária conviveram, confrontados a todo momento, delineando-se, de embates doutrinários e jurisprudenciais, novos lumes e arcabouços da família brasileira.

Muitos dos questionamentos encontravam-se sanados, ao tempo em que, enfim, o Poder Legislativo concluiu o novo Código Civil, em janeiro de 2002, com vigência a partir do ano seguinte. Reconstruído se encontrava o Direito de Família, sobre os pilares da Carta de 1988, mesmo ante a falta de legislação ordinária compatível, a lhe emprestar completude e acabamento – fruto e obra de intensos trabalhos doutrinários e de construção jurisprudencial. Se, em certo momento dessa jornada, houvessem eles feito opção mais reservada, como, por exemplo, pela aceitabilidade de direitos e deveres diferenciados entre homem e mulher no casamento – com respaldo, inclusive, em fundamentos de respeitáveis juristas, como já lembrado –, as colunas constitucionais se manteriam impreenchidas, sem ressonância e vazios de eficácia, como testemunhamos com relação a dispositivos afetos a outros temas, e o Direito de Família brasileiro talvez ainda guardasse alguns pontos de semelhança com o do tempo da Carta de 1891. Há que se destacar, portanto, a elevada importância desses trabalhos de doutrina, advogados e julgadores, nessa *luta pelo Direito*.

Alçando-se os princípios éticos da Constituição a verdadeira condição de farol de todo o processo interpretativo e de efetivação do ordenamento jurídico brasileiro, estar-se-á perseguindo e, passo a passo, concretizando a sociedade e a realidade apontadas pela vontade soberana do povo. Não se olvide que os vetores constitucionais ainda reservam força prospectiva e se prestam, como bem nos lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a “princípio orientador para o Estado e demais entidades públicas, na sua tarefa de realização positiva, sobretudo do bem-estar e do desenvolvimento”.²⁵

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade da Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia e supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 34.

Inúmeros são os projetos de lei modificativos do Código Civil. O mais abrangente e significativo é o Projeto de Lei n. 2.285/2007, apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, no final do ano passado, à Câmara dos Deputados, chamado de Estatuto da Família, que propugna substituir todo o livro do Direito da Família inserto no Código Civil, objetivando que seja mais consentâneo com os comandos e valores regrados pela Carta Política, principalmente os artigos 226 e 227.

Vinte anos após, a Constituição Federal ainda instiga, ilumina e inspira doutrinadores, julgadores e legisladores, nessa busca pela família que efetive o direito à felicidade.

7 Referências

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 2.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 293-300.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Em busca da família do novo milênio. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 59-69.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade da Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia e supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LOPES, Magaly Bruno. *Igualdade entre o homem e a mulher e os direitos e deveres do casamento*. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós-Graduação, Bauru, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 639, p. 247-252, jan. 1989.

RIZZARDO, Arnaldo. *Separação e divórcio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Indenização na separação. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, IBDFAM, jun./jul. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 662, p. 6-17, dez. 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TUTELA DAS MINORIAS PARLAMENTARES NOS 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Derly Barreto e Silva Filho¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A separação horizontal dos poderes e a seção do direito público em direitos funcionais. 3 O direito parlamentar como direito funcional do Poder Legislativo. 4 A teoria dos atos *interna corporis*. 5 O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares. 6 Conclusão. 7 Bibliografia.

1 Introdução

Ainda hoje, e particularmente no Brasil, rareiam investigações doutrinárias sobre o conjunto normativo referente às funções desempenhadas pelos órgãos responsáveis, num primeiro momento, por legislar e representar politicamente a sociedade e, depois, por outras mais, como fiscalizar atos de governo e elaborar planos governamentais.

O desinteresse doutrinário surpreende, conquanto pudesse outrora ser explicado em razão do paulatino enfraquecimento e desprestígio do Poder Legislativo que, após ter vivido o seu apogeu no século XIX, foi durante quase todo o século XX obnubilado e eclipsado por um Poder Executivo agigantado e forte, que açambarcou a função governativa e a exerceu muitas vezes, e por longos períodos, de modo ditatorial, obstruindo o livre exercício funcional dos órgãos representativos, tornando-os caixas de ressonância das ordens e desejos de ditadores como Hitler na Alemanha, Mussolini na Itália, Franco na Espanha, Salazar em Portugal e Getúlio Vargas e os militares no Brasil.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da COGEAE/PUC-SP. Membro do Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Autor do livro *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, representa um ponto de inflexão na trajetória de declínio parlamentar. Repudiando a abusiva concentração de poderes nas mãos de um só órgão estatal, o constituinte desatou o parlamento dos angustos limites que, no sistema constitucional antidemocrático anterior, lhe refreavam as ações e o transformavam em chancelador das decisões presidenciais. Colocou-o no centro de gravitação política do país, ao lado do Executivo, e deu-lhe condições de virtualmente exercer todas as funções hoje afetas aos modernos parlamentos². Essa assertiva é comprovada pela forma de investidura nos seus cargos de direção (mediante a realização de eleições internas entre e pelos seus membros), pelo cometimento de atividades no campo de atribuições dos outros poderes (funções atípicas), pelo estabelecimento de extenso rol de matérias sob a reserva exclusiva de leis, resoluções e decretos legislativos, pelo compartilhamento da atividade de governo com o Poder Executivo, pelo asseguramento de poderes e instrumentos voltados ao desempenho de suas funções constitucionais, pela enunciação do regime jurídico dos seus membros (com a prescrição de prerrogativas, direitos, deveres e incompatibilidades parlamentares), pela previsão de garantias básicas às minorias e pela determinação de modos próprios à formação da vontade parlamentar autônoma, ao regular, em linhas gerais, o processo legislativo.

Mas o aspecto que mais sobressai da revitalização do parlamento nacional é a sua renovada capacidade de auto-organização, exercida sem as limitações que constavam da Constituição revogada³ e numa amplitude jamais vista na história constitucional brasileira.⁴

² Atualmente, o Legislativo não é um poder que apenas legisla e controla o Executivo; para além dessas atribuições, exerce funções investigadoras, planejadoras, orçamentárias, financeiras, administrativas, judiciais, entre outras.

³ O artigo 30 da Carta Política de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, revelava o caráter autoritário do regime militar inaugurado com o golpe de Estado de 1964. Aludido dispositivo era pródigo em enunciar normas de organização e funcionamento do Poder Legislativo. Embora no *caput* dissesse que as Casas Legislativas podiam elaborar seus regimentos e dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços, no parágrafo único, limitava-as bastante. Proibia, por exemplo, que elas realizassem mais de uma sessão ordinária por dia, criassem comissão parlamentar de inquérito (CPI) enquanto estivessem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, e determinava que as CPIs funcionassem na sede do Congresso Nacional, não permitindo despesas com viagens para seus membros.

⁴ Ao longo da história constitucional brasileira, nem sempre se rendeu respeito à independência parlamentar, embora formalmente declarada. A liberdade de atuação do Legislativo não raras vezes foi

A Constituição vigente reserva às casas legislativas o tratamento de assuntos da mais alta significação para a vida do Estado Democrático de Direito brasileiro, como, por exemplo: a) a organização, o funcionamento, a polícia e os serviços parlamentares (arts. 27, § 3º, 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II); b) a definição das condutas dos deputados e senadores consideradas incompatíveis com o decoro parlamentar (art. 55, § 1º); c) o estabelecimento da forma de constituição, de funcionamento e das atribuições das comissões permanentes e temporárias (art. 58, *caput* e § 2º, II, III, IV, V e VI); d) a disciplina dos casos em que as comissões parlamentares, em razão das matérias de sua alçada, podem discutir e votar projetos de lei independentemente da deliberação do plenário (art. 58, § 2º, I); e) a previsão dos poderes das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º); f) o estabelecimento das atribuições da comissão representativa do Congresso Nacional, que funciona durante o recesso parlamentar (art. 58, § 4º); g) a regulamentação da forma pela qual os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados conjuntamente pela Câmara e pelo Senado (art. 166, *caput*) e do modo como se constituirá e funcionará a comissão mista permanente de senadores e deputados, encarregada de: I - examinar e emitir parecer sobre os referidos projetos e as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais constitucionalmente previstos e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58 (art. 166, § 1º, I e II); h) a fixação do rito de apreciação, pelo plenário das duas Casas do Congresso, das emendas apresentadas na comissão mista supracitada (art. 166, § 2º); i) a disciplina específica do processo de formação das emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções, espécies normativas previstas no artigo 59, I, II, III, IV, VI e

coartada, resultando na infirmação nuclear da tripartição funcional dos poderes. Interferências do Executivo na esfera de competência administrativa do Legislativo são perceptíveis em quase todas as Constituições. As de 1891 (art. 32) e de 1946 (art. 61) incumbiam o *Vice-Presidente da República* da presidência do Senado Federal. Na de 1937, o denominado Conselho Federal – composto de representantes dos Estados e de *dez membros nomeados pelo Presidente da República* (art. 50, *caput*) – era presidido por um *ministro de Estado designado pelo chefe do Poder Executivo* (art. 56). Consoante o texto original da Constituição de 1967, cabia ao *Vice-Presidente da República* exercer as funções de Presidente do Congresso Nacional (art. 79, § 2º).

VII⁵; j) a prescrição das regras norteadoras do exercício das competências parlamentares atípicas, como as de fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo (art. 49, X), convocação de ministro de Estado (art. 50), tomada de contas do Presidente da República (art. 51, II), aprovação da escolha de autoridades (art. 52, III e IV) e suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); l) a enunciação dos direitos, prerrogativas e deveres específicos dos congressistas; e, m) a regulamentação dos meios e modos pelos quais a sociedade participa dos trabalhos legislativos (arts. 58, § 2º, II e IV, e 61, § 2º).

Logo, há um vasto, fértil e instigante campo para a pesquisa doutrinária sobre as casas legislativas, notadamente sobre os seus regimentos parlamentares, diplomas que, em suma, disciplinam a sua estrutura orgânica, o desempenho de suas funções e o modo de seu relacionamento com a sociedade e os demais poderes do Estado.

Em países como Itália, França e Espanha, onde a produção bibliográfica sobre o direito parlamentar vem se desenvolvendo bastante nas últimas décadas, travam-se intensos debates doutrinários sobre o tema. Embora não haja consenso, a maioria dos autores ressalta a sua relevância constitucional. Andrea Manzella, por exemplo, afirma que os regimentos parlamentares são instrumentos técnicos pelos quais o processo político torna-se processo jurídico⁶. Para Eugène Pierre, muitas vezes eles exercem mais influência na condução dos negócios públicos do que a própria Constituição⁷. “Com um mau regimento, um mau trabalho. Com um bom regimento, tem-se a oportunidade de obter um bom trabalho”, sentenciam Joseph Barthélemy e Paul Duez⁸, esclarecendo que o regimento parlamentar sobreleva em importância quando a Constituição é concisa e que uma boa reforma regimental torna desnecessária uma emenda constitucional. Segundo José Antonio Alonso de Antonio e Ángel Luis Alonso de

⁵ No que atina com as medidas provisórias, previstas nos artigos 59, V, e 62 da Constituição Federal, o regimento do Congresso Nacional desincumbe-se de prescrever as normas relativas à sua apreciação e não à sua formação, a cargo exclusivo do Presidente da República.

⁶ MANZELLA, Andrea. *Diritto parlamentare e regolamenti delle camere nel quadro costituzionale*. In: *Jornadas de Derecho Parlamentario*, 1., 1985, Madrid. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985. v. 1, p. 23.

⁷ PIERRE, Eugène. *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*. Paris: Librairies-Imprimeries Réunies, 1893. p. 428.

⁸ BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933. p. 521.

Antonio, os regimentos parlamentares constituem verdadeiras armas que todos os partidos políticos querem ter nas mãos⁹. E, nas palavras de Alcalá Galiano, “*o descuido dos regimentos* contribui em grande medida para que os corpos legisladores desempenhem mal a sua tarefa, que consiste em fazer leis e dirigir os afazeres referentes ao país; e desempenhar estas tão importantes tarefas de um ou de outro modo implica mudar a índole dos parlamentos; e talvez vermos cair em descrédito instituições vitais (...)”.¹⁰

No Brasil, o estudo específico dos regimentos parlamentares, do ponto de vista jurídico-constitucional, encontra-se em total abandono. A corrente doutrinária majoritária entende que, em vista da constitucionalização das normas relativas à organização e ao funcionamento do Poder Legislativo, o labor expositivo, interpretativo e sistematizador das regras atinentes à atividade parlamentar situa-se no campo do direito constitucional, ramo do direito público que se dedica ao estudo das normas que estruturam e organizam o Estado, estabelecem a competência de seus órgãos e seus agentes e prescrevem o modo de exercício do poder político. Para ela, nada justifica a divisão departamental dessa disciplina para tratar da organização e funcionamento específicos de um dos poderes do Estado. As reflexões teóricas sobre essa matéria devem, desse modo, ficar a cargo dos constitucionalistas, em seus manuais e cursos, nos capítulos dedicados à estrutura orgânico-funcional estatal. No entanto, aludida constitucionalização não teve o condão de suprimir a capacidade parlamentar de autorregramento, fundada na autonomia institucional de que ainda são dotados os órgãos legislativos para, por si mesmos, sem interferência de outro poder, mas, frise-se, nos termos e limites constitucionalmente prescritos, estabelecer e aplicar as normas específicas de regência das suas próprias atividades típicas e atípicas. Por isso, as reflexões doutrinárias que se cingem à letra do texto constitucional correspondente tendem a ser breves e a relegar importantes assuntos relacionados à vida do Poder Legislativo, como as suas fontes normativas, que – insista-se – não se exaurem no documento

⁹ ALONSO DE ANTONIO, José Antonio; ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis. *Derecho parlamentario*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 27.

¹⁰ ALCALÁ GALIANO, Antonio. *Las cortes generales*. Madrid, 1989. v. 3, p. 2.052 e ss., apud MOREIRA, Maria João Caramelo. A natureza jurídica do regimento parlamentar. In: MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de (Coord.). *Estudos de direito parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997. p. 19.

constitucional¹¹. Outra linha doutrinária entende que o chamado *direito parlamentar* é dotado de autonomia científica, por regular uma ordem jurídica especial, com regras e princípios próprios¹². Esse setor, elucida Francisco Berlín Valenzuela, reúne “normas que criam, estabelecem, impulsionam, garantem e regem as ações dos parlamentos, as inter-relações sociopolíticas que mantêm com os outros poderes do Estado, os partidos políticos, as instâncias da sociedade civil e os indivíduos, assim como com os valores e princípios que animam sua existência institucional e os motívam a procurar sua realização, por terem sido instituídos pelo povo como expressão de seu querer ser político”.¹³

O assunto, aqui, está quase todo restrito ao Poder Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, que de há muito com ele se vem defrontando. Por isso, a sua jurisprudência é bastante rica, porém, deveras moveção e destituída de cientificidade.

A presente investigação ocupar-se-á da análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de atos parlamentares suscitado pelas minorias no Congresso Nacional, em defesa de direitos

¹¹ A abstração e a desconsideração das normas gestadas e editadas pelas casas legislativas com o propósito de reger com minudência as suas funções implicam efetuar um escrutínio não inteiramente provido dos elementos de captação e aferição de eventuais vícios da atividade parlamentar legiferante. Eis a razão pela qual deve ser evidenciada a importância dos regimentos – principal fonte do direito parlamentar – para a tarefa de controle dos atos parlamentares que se praticam visando à concepção de leis e ao pleno exercício das funções legislativas atípicas.

¹² Autônomo ou não o direito parlamentar, um fato está acima de qualquer disputa: a inegável contribuição dos estudos sobre essa fecunda e auspiciosa disciplina ao aperfeiçoamento das instituições representativas, por clarificarem a importância, as virtudes e as imperfeições dos parlamentos no Estado Democrático de Direito, por meio de agudas análises sobre suas multifacetadas funções, estrutura orgânica, composição, funcionamento, relações com os demais poderes e a sociedade, regime jurídico e fontes normativas, sem descuidar da necessária e proveitosa abordagem sobre sua historicidade e seu futuro e das interações que o direito parlamentar intimamente mantém com disciplinas não jurídicas – como filosofia, sociologia, psicologia e ciência política –, as quais se imbricam no trabalho de intelecção e integração de suas normas.

¹³ BERLÍN VALENZUELA, Francisco. *Derecho parlamentario*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 34. Para o autor, é necessário que esse ramo do direito público desenvolva-se em benefício do trabalho que realizam os parlamentos e do melhor e mais pormenorizado conhecimento deles por parte da sociedade. Em tom entusiástico, vaticina: a autonomia do direito parlamentar pode chegar a ser realmente um fator universal de progresso político e de bem-estar coletivo, já que o exame detido das instituições representativas propicia a superação de deficiências e injustiças; e, ao assinalarem-se os remédios aplicáveis e considerarem-se os seus resultados positivos, infere-se a necessidade de aprimorar constantemente as corporações parlamentares como órgãos da representação popular por excelência (Ibidem, p. 47).

previstos nos regimentos. Referida corte entende que os atos puramente regimentais (isto é, aqueles que não têm qualquer projeção no plano do direito constitucional positivo) refogem do seu exame. Por essa razão, várias ações propostas têm sido trancadas sob o argumento de que “matéria relativa à interpretação, pelo presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*”.¹⁴

Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, seria é admissível a existência de uma categoria de atos emanados do Poder Legislativo insuscetível de controle judicial? Qual o fundamento para os regimentos ou os atos regimentais esquivarem-se do controle judicial quando infringirem a Constituição ou ofenderem direitos subjetivos?

A atualidade do tema é inegável. Em 2007, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados defendeu a necessidade de mudanças regimentais, visando a imprimir maior celeridade aos trabalhos parlamentares. Foi constituído um grupo de trabalho, que elaborou um projeto, ainda pendente de apreciação. Entre as mudanças propostas, estão a restrição do encaminhamento de votação, tanto da proposta principal quanto dos destaques, o fim da votação de proposição por partes e do requerimento de votação nominal, a limitação da quantidade de requerimentos para transferir a discussão e a votação da matéria para outra sessão e a exigência de maioria absoluta para apresentação de emendas aglutinativas¹⁵, instrumentos aos quais, no jogo parlamentar, as minorias oposicionistas amiúde recorrem. No Senado Federal, foi criada, a partir da aprovação do Requerimento n. 208, de 2008, comissão temporária para apresentar projeto de reforma do Regimento Interno. Dentre as suas preocupações, também está o aumento da eficácia legiferante¹⁶. A vingar pretendidas reformas, decerto surgirão

¹⁴ STF – MS n. 20.471/DF, *RTJ*, v. 112, p. 1.023, jun. 1985.

¹⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=%20120175>>.

¹⁶ Em Portugal, João Ramos critica, com razão, estudos recentes, que apontam para a diminuição do tempo de duração dos processos decisoriais a cargo do parlamento. Para ele: “Trata-se de demonstração que, em si e por si, nada traz de bom ao processo legislativo parlamentar. Há que superar definitivamente a ideia de que para combater a ‘crise’ do parlamento se deve transformá-lo numa ‘fábrica de fazer leis’ ao ritmo do eco mediático dos escândalos judiciais, da corrupção administrativa, da incompetência dos burocratas, dos apelos orgânicos e inorgânicos e das reiteradas referências críticas à pouca produtividade do trabalho parlamentar. O aumento dos níveis de produtividade legislativa tem contribuído para a perda de qualidade, de eficácia e da eficiência do ordenamento normativo. À

questionamentos acerca de sua constitucionalidade, à luz do princípio democrático¹⁷. Até que ponto é constitucionalmente válida a exclusão ou a limitação de garantias regimentais do direito de oposição pela maioria? Uma vez provocado pelas minorias parlamentares a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal pode controlar tais alterações?

2 A separação horizontal dos poderes e a seção do direito público em direitos funcionais

Segundo a teoria da separação dos poderes, as funções estatais legislativa, executiva e judicial – que, no absolutismo, estavam enfeixadas nas mãos de uma única pessoa – devem ser divididas e entregues a órgãos especializados, de tal modo que, pela atuação de um, não haja cometimento de abusos por parte de outros. Pela disposição das funções da forma preconizada por John Locke e aperfeiçoada por Montesquieu, tenciona-se proscrever a opressão, os desmandos e os ímpetos de onipotência do Estado e, assim, tornar seguras as franquias individuais. Dizia o barão francês: “Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder [recomendava] é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”¹⁸. Daí a construção teórica

superactividade legislativa do parlamento (...) deve responder-se com o reforço dos procedimentos internos de promoção, de controlo e de avaliação da qualidade normativa, o que postula tempos de preparação, de negociação e de reflexão livres da pressão dos tempos mediático-políticos. Tempos que permitam: determinar com clareza e precisão os objectivos; definir com rigor o problema; verificar se ‘fazer uma lei’ é a melhor maneira de actuar na circunstância; recolher informação; tomar em consideração os contributos externos; inventariar soluções; antecipar efeitos e avaliar as consequências.” (*A iniciativa legislativa parlamentar: a decisão de legislar*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 77-78).

¹⁷ “Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 99).

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução Fernando Henrique Cardoso; Leôncio Martins Rodrigues. Brasília, Universidade de Brasília, 1995. Parte II, livro XI, capítulo IV, p. 118. O pensamento de Locke, cronologicamente anterior ao de Montesquieu, também convergia no propósito liberal de defesa da autonomia privada diante do Estado

do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), voltada a obter uma atuação equilibrada e harmônica dos três Poderes estatais¹⁹. Para que o poder contenha o poder, as funções típicas e atípicas atribuídas a cada órgão não de atuar, antes de tudo, como “fator de independência institucional de todos eles”²⁰ porque, se assim não fosse, um poder, a pretexto de exercer sua função típica, interferiria nos negócios internos dos demais. Se, por exemplo, o Executivo, alegando ser-lhe própria a função administrativa, pretendesse administrar o Legislativo, não haveria autonomia institucional deste. Sem ela, o órgão que faz as leis jamais deteria ou conteria os abusos daquele que as executa.

Naturalmente, essa estrutura orgânico-funcional do Poder do Estado pressupõe que cada ramo de atuação seja disciplinado por um plexo normativo que trate de sua organização e funcionamento.

No Estado de poderes concentrados, não se podia falar, por exemplo, de um direito administrativo como direito funcional do Poder Executivo, pois a função de administração não estava apartada das demais nem confiada a um órgão especializado.

absoluto. Afirmava o pensador inglês: “E – porque pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorear-se do poder que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la como no executá-la, à sua própria vantagem particular, passando com isso a ter um interesse distinto daquele do resto da sociedade política, contrário aos fins dessa sociedade e desse governo – nas sociedades políticas bem ordenadas, em que o bem do todo recebe a consideração devida, o poder *legislativo* é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembleia, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas às leis que formularam; o que para elas é uma obrigação nova e mais restritiva, para que tenham o cuidado de elaborá-las visando ao bem público.” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Livro II, cap. XII, p. 514-515).

¹⁹ Nas palavras de Thomas Jefferson, citado por James Madison: “A concentração desses poderes nas mesmas mãos é precisamente a definição do governo despótico. O fato de serem exercidos por uma pluralidade de mãos, e não por uma única, não melhora nada. Cento e setenta e três déspotas seriam sem dúvida tão opressivos como um só. O fato de eles serem escolhidos por nós também não nos adianta muito. O *despotismo eletivo* não é o governo por que lutamos; lutamos por um que não somente seja fundado em princípios livres, mas em que os poderes de governo sejam de tal modo divididos e equilibrados entre vários corpos de magistratura que nenhum deles possa transgredir seus limites legais sem ser efetivamente controlado e restringido pelos outros.” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; GRAY, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 340).

²⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 122, jul./dez. 1981.

É somente com a separação dos poderes que ocorre a seção do direito público em departamentos específicos e autônomos, embora correlatos entre si.²¹

Os direitos funcionais relativos aos poderes Executivo e Judiciário experimentaram significativo desenvolvimento, notadamente nos albores do século XX, com a emergência do Estado Social.

No liberalismo, o direito administrativo adstringia-se a regular a atuação do Executivo como vigilante, tutor da ordem pública, protetor da propriedade e liberdade individuais. O direito processual, por sua vez, comprometia-se com a solução dos conflitos de interesse intersubjetivos e a punição das condutas violadoras da ordem estabelecida.

Na medida que esses direitos funcionais visavam à conservação do *status quo* social e econômico, seu objeto era bem menos amplo do que o dos seus correspondentes no Estado intervencionista.

O campo de regulação do direito administrativo no modelo social de Estado foi totalmente redefinido em vista da ampliação da ação do Poder Público nos domínios econômico e social. “Do Estado como entidade necessariamente alheia ao processo de satisfação das necessidades privadas – registra Ana Prata – passa-se ao entendimento de que ao Estado devem ser cometidas tarefas de realização do bem-estar dos cidadãos em sectores considerados fundamentais, prioritários, vitais, ao mesmo tempo que lhe incumbe intervir nas relações interindividuais de forma a, pelo assegurar de valores mínimos de sãconvivência, corrigir as consequências que a situação de real desigualdade dos sujeitos acarreta.”²²

O advento desse Estado interventor ensejou a formulação de teorias, a criação de institutos jurídicos e a revisão ontológica de conceitos tradicionais do direito privado. Interesse público, serviço e servidor públicos, órgão, ato e contrato administrativos, responsabilidade civil contratual e extracontratual do Estado, controle e autotutela da Administração, limitações e restrições administrativas ao direito de propriedade, regime jurídico,

²¹ Essa correlação se explica porque o poder político estatal é uno, ainda que suas funções se separem e se distribuam organicamente.

²² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 38-39.

princípios e prerrogativas da Administração, poder de polícia, domínio público, entre outros, são exemplos da evolução do direito administrativo.

O Poder Judiciário também sofreu notáveis transformações. Foi orgânica e funcionalmente reestruturado a fim de desempenhar suas novas e crescentes atribuições no contexto de uma Constituição de vocação social, atribuições decorrentes do estabelecimento de direitos e deveres de caráter público aos particulares e ao Estado, do correlato aumento da litigiosidade entre os indivíduos, e entre eles e o Poder Público, e da necessidade de proteger os administrados em face de erros e abusos da Administração Pública e seus agentes na aplicação da lei.

O direito processual seguiu a mesma sorte. O juiz liberal atuava como servidor da vontade de um legislador que dispunha do monopólio da lei e da Constituição na condição de soberano, único ente que traduzia e representava a vontade coletiva, tal qual definida pela burguesia por intermédio de seus membros no Parlamento. O processo era o instrumento de que se valiam as pessoas *livres e proprietárias* para obter a tutela do Estado-juiz, preordenada a garantir a incolumidade das esferas de senhorio individual.

A propósito, ao tratar da Constituição da Inglaterra, Montesquieu dizia: “Os juízes de uma nação não são (...) mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.”²³

No século XX, o processo judicial muda de feição e adquire outro sentido. E isso se capta sob vários aspectos. José Carlos Barbosa Moreira enfoca essa remodelagem sob o prisma da função social do processo e do juiz na relação processual. Diz ele: “A transição do liberalismo individualista para o ‘Estado social de direito’ assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o ven-

²³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *O espírito das leis*, cit., parte II, livro XI, capítulo VI, p. 123.

cedor. Não menos que na economia, a emergência do ‘social’ também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da ‘divisão de tarefas’ entre as partes e o órgão de jurisdição”²⁴. Do ponto de vista da democratização da sociedade e do Estado, J. J. Calmon de Passos percebe o processo como garantia constitucional e instrumento de atuação política. Para ele: “Cumprir proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.”²⁵

A Constituição, que desde o século XVIII prestava-se fundamentalmente a confinar as ações do Estado, passa a ter também como destinatária a sociedade.

Esse revigoramento e amplitude do texto constitucional realçaram a importância funcional do Poder Judiciário. Da boca que pronunciava as palavras da lei mediante autômato, positivista e silogístico processo de aplicação das normas civis e penais, o juiz transforma-se em um agente estatal que objetiva concretizar os valores de uma Constituição que encampa aspirações e escolhas políticas fundamentais da sociedade, trasladadas para o seu texto muitas vezes em termos vagos e imprecisos e em forma de metas e programas, cuja realização posterga-se para a prática e dinâmica constitucionais, para a luta político-jurídica em busca da consolidação de posições e direitos previstos em mera “folha de papel”, para usar da expressão referida por Ferdinand Lassalle, em alusão à retórica constitu-

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, an0 10, n. 37, p. 145, jan./mar. 1985.

²⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

cional apartada dos “fatores reais do poder”²⁶. Para aplicar e efetivar essa Constituição e garantir o seu primado, não basta a reprodução mecânica de sua letra à moda liberal; o juiz há de interpretá-la²⁷. É a interpretação judicial que torna certo que os valores consignados na Constituição não se volatilizarão em profusas e atomizadas vontades legislativas e administrativas, incumbidas de identificar e efetivar a vontade constitucional, por óbvio *sentida* diferentemente por legisladores e administradores.²⁸

No Estado Social, a evolução da função e do processo judiciais culminou com a instituição do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a criação das cortes constitucionais, marco definitivo da transformação do papel do juiz – de guardião da lei a guardião da Constituição.

²⁶ “Onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos dia, a constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 41-42). “Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar” (Ibidem, p. 49).

²⁷ No liberalismo, apostava-se no dogma positivista da plenitude e unidade do ordenamento jurídico, pretensamente infalível e onisciente. Costumava-se dizer que, no claro, não se interpretava ou que a interpretação tinha lugar apenas para proferir situações de dúvida. Logo após a Revolução Francesa, por exemplo, o único tradutor autorizado do direito era o legislador, representante exclusivo e esclarecido da vontade geral da nação. Em 1790, a Lei n. 16, de 24 de agosto, determinou que os tribunais não podiam fazer normas; se tivessem dúvidas na interpretação de uma lei, deviam dirigir-se ao legislador.

²⁸ É como observa Luís S. Cabral de Moncada, ao assinalar a importância da interpretação judicial no Estado constitucional: “O juiz agora não serve apenas a vontade do legislador mas sobretudo os valores plasmados no texto constitucional. A justiça passou a concretização de valores em vez de aplicação silogística da lei. O caráter global da ordem constitucional transforma em questões jurídicas muito daquilo que até então assumia conteúdo puramente político, entregue à pura luta parlamentar. A importância da interpretação da constituição, ao pactuar esta com certos valores, cresceu enormemente e ficou alterada para sempre a respectiva natureza. É não apenas o facto de a constituição utilizar conceitos indeterminados e noções vagas mas também o respectivo conteúdo programático que impede que o trabalho do juiz se resume a assinalar os limites constitucionais ao legislador, relevando agora a sua função constitutiva da ordem política constitucional sobretudo através das sentenças dos Tribunais Constitucionais. Agora já não interessa reconstituir a vontade do legislador (...), posto que ele deixou de monopolizar as escolhas políticas fundamentais, mas sobretudo fazer passar para a aplicação do direito e por ocasião dela todo o universo dos valores constitucionais.” (*Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 473-474). “A interpretação judicial própria do estado constitucional de direito afigura-se assim como uma actividade de indiscutível legitimidade. Compete-lhe efetivar a escala constitucional de valores, constante de direitos e de princípios gerais. É sobre ela que cai a responsabilidade de assegurar a proximidade aos valores que integram o modelo constitucional do estado actual, filtrando o nível de efectividade que lhes consegue dar a restante actividade do estado, nomeadamente a legislativa. O legislador não é o dono da constituição, cabendo aos tribunais garantir a presença dos valores que a identificam, mesmo que contra a vontade expressa das maiorias.” (Ibidem, p. 475).

3 O direito parlamentar como direito funcional do Poder Legislativo

O direito funcional pertinente ao Poder Legislativo também se desenvolveu bastante nas últimas três centúrias.

Nos primeiros séculos de sua existência, o parlamento desempenhou funções muito restritas, dado o natural receio dos monarcas de ceder ou perder parcelas do seu poder. O direito que orientava suas atividades era, assim, bastante limitado e intensamente condicionado à vontade régia, que o manejava com liberdade, convocando ou dissolvendo a câmara parlamentar ao seu talante.

Embora resulte de práticas lentamente sedimentadas e seja produto de um longo desenvolvimento histórico, nem sempre pacífico, das instituições representativas, o direito parlamentar, tal qual os demais direitos funcionais, surge apenas com a separação dos poderes nos séculos XVII e XVIII. Somente se cogita de um autêntico direito funcional do (e não para o) parlamento após as revoluções que determinaram o ocaso do Estado Absoluto, baseado na origem divina e incontestável do poder e na tradição monárquica, e o florescimento do Estado Liberal, ancorado em três grandes objetivos que, amalgamados, traduzem a essência do constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão.²⁹

O objetivo fundamental nessa primeira época do constitucionalismo liberal, lembra Karl Loewenstein, foi emancipar o parlamento da influência governamental sobre sua organização e funcionamento, condição essencial para que ele pudesse exercer eficaz contrapeso à função executiva³⁰. Essa luta, continua o autor, passou pela conquista de várias posições, dentre as quais se destacam: 1) a eliminação da influência do Executivo tanto na eleição parlamentar, que ocorria por meio de leis eleitorais parciais e de intervenções inescrupulosas nas próprias eleições, quanto no processo legislativo, no qual o governo alcançava primazia por meio da nomeação de membros de sua confiança; 2) a exclusão do controle governamental

²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 169.

³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. 4. reimpr. Barcelona: Ariel, 1986. p. 255.

sobre as sessões parlamentares, incluindo sua convocação, suspensão e dissolução; com esse poder, o governo ampliava os períodos de recesso parlamentar e livrava-se da indesejada fiscalização legislativa; 3) o fim da ingerência do Executivo sobre a gestão parlamentar propriamente dita, o que se logrou com o reconhecimento do direito ilimitado do parlamento ao *self government*, à autogestão de sua economia doméstica; 4) a eliminação da possibilidade de pressões externas sobre os membros do parlamento durante o exercício de seu mandato; esse objetivo foi conseguido com o estabelecimento das imunidades parlamentares; 5) a supressão de requisitos econômicos e outras condições limitativas à elegibilidade parlamentar. A democratização do acesso ao Legislativo rompeu o monopólio das classes latifundiárias e plutocráticas e abriu o processo político às classes baixas.³¹

Como se percebe, a pedra de toque do direito parlamentar de índole liberal clássica reside na noção de independência do Poder Legislativo, predicado cujas raízes deitam em solo inglês.

No século XVII, a Inglaterra, país considerado o berço das instituições representativas ocidentais modernas, foi palco de intensos conflitos entre o Executivo e o Legislativo, qual a célebre Revolução Gloriosa, de 1688. Na luta pela consolidação do Estado de Direito, preservação da liberdade individual e exclusão das arbitrariedades e imunidades do poder, o parlamento inglês levantou-se contra o rei. Tanto Carlos I (1625-1649) quanto Jaime II (1685-1688) procuraram fazer do corpo parlamentar e seus membros seus comparsas, tal como em outras monarquias europeias continentais. A crença no direito divino dos reis, a tentativa de dispensar o parlamento e o exercício despótico do poder resultaram na decapitação do primeiro e na deposição do segundo.

Com a substituição do princípio hereditário, alicerce do poder monárquico, por um direito lastreado nos valores liberais, o parlamento converteu-se no centro do sistema político britânico, no órgão colegiado que, pela primeira vez, decidiria quem deveria ser o rei, e cujo apoio pouco depois passou a ser fundamental para a formação e permanência dos governos.

³¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, cit., p. 255-257.

Era a consolidação do sistema de governo parlamentar.

A proeminente posição política do parlamento traduziu-se na teoria da supremacia do legislador, assentada logicamente no ideal democrático pelo qual todo o poder de produção do direito concentrava-se no Poder Legislativo, em cujo seio se reúnem os representantes da nação.

Dado central da Constituição inglesa, a soberania parlamentar foi juridicamente plasmada no artigo 9º do *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, cânone que, ao resguardar a liberdade de atuação do parlamento, lhe assegurava, inclusive, a capacidade de, por si só, tratar de sua organização e regular seu funcionamento. E isso a tal ponto de ser excluída qualquer forma de controle – até o judicial³² – sobre os atos praticados em suas dependências.

Estava consagrada a tese da imunidade jurídica do Poder Legislativo, investido de uma independência absoluta, de um poder supremo, equivalente em força à tão abominável e temível onipotência real.

A teoria da soberania parlamentar configurou, de modo marcante, o Estado de Direito liberal de cariz legislativo, assentado no princípio da legalidade³³ e na primazia da lei.

Ao ocupar a posição mais alta, observa Gustavo Zagrebelsky, não havia acima da lei nenhuma outra regra jurídica, nem mesmo de jaez constitucional³⁴, que servisse para estabelecer limites³⁵. Diz o autor:

³² A esse respeito, Paloma Biglino Campos anota: “Desde épocas remotas, la jurisprudencia ha mantenido que si un acto parlamentario se ha elaborado irregularmente, corresponde al poder legislativo corregirlo o anularlo, pero mientras existe, el juez está obligado a aplicarlo. Cuando la ley ha resultado aprobada por ambas Cámaras, y ha recibido la sanción real, ninguna Corte de justicia puede investigar como se ha desarrollado el procedimiento legislativo.” (*Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 20).

³³ “El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 24).

³⁴ As cartas constitucionais desse período, classificadas quanto à rigidez como *flexíveis*, eram suscetíveis de ser modificadas pelo próprio legislador, aspecto que lhes degradava a importância como fonte jurídica.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho ductil*, cit., p. 31.

*“Juridicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política ‘monista’ o ‘monoclase’, como era la sociedad liberal del siglo pasado, incorporaba en sí las reglas de su propio orden.”*³⁶

Essa forma de ordenação jurídica não sugere qualquer incompatibilidade real entre lei e Constituição, porque, como explica Nuno Piçarra, “se a lei é o fundamento normativo de si própria, não havendo que procurar a sua validade para além dela, já que o fundamento de validade está na racionalidade que lhe é inerente e se exprime na generalidade e na abstracção em que se concretizam os valores da liberdade, da igualdade e da segurança, a constituição não há de ser mais do que uma ‘ordem-quadro’ dentro da qual o legislador fixa autonomamente o direito, sem a ela estar materialmente vinculado”.³⁷

A lei, monopólio do Legislativo, traduzia e continha todo o direito³⁸. Por óbvio, tal direito era o definido pela classe burguesa por intermédio do parlamento³⁹, cujos membros tinham por múnus garantir privilégios e

³⁶ ZAGRE BELSKY, Gustavo, ob. cit., p. 31.

³⁷ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 167-168.

³⁸ “A lei torna-se a única fonte de direito: não existe direito antes de a vontade do legislador o criar.” (PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: contributo para o estudo das suas origens e evolução, cit., p. 159). Como a lei traduzia todo o direito, Montequieu definia liberdade como “o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (*O espírito das leis*, cit., parte II, livro XI, capítulo III, p. 118).

³⁹ Nessa época, o parlamento do Estado Liberal compunha-se de representantes de minorias “ilustradas”, pessoas abastadas e cultas, eleitos mediante sufrágio censitário. Benjamin Constant, que inspirou a criação do poder moderador da Constituição do Império de 1824, assim se manifesta sobre essa forma de escolha dos representantes políticos: “Em nossas sociedades atuais, o nascimento no país e a maturidade etária não bastam para conferir aos homens as qualidades próprias ao exercício dos direitos de cidadania. Aqueles que a indigência retém numa eterna dependência e condena a trabalhos cotidianos não são nem mais esclarecidos que as crianças sobre os negócios públicos, nem mais interessados que os estrangeiros por uma prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e cujas vantagens só compartilham indiretamente. Não quero cometer nenhuma injustiça contra a classe laboriosa. Essa classe não tem menos patriotismo que as outras classes. Não raro, ela está pronta para os sacrifícios mais heróicos e sua dedicação é ainda mais admirável por não ser recompensada nem pela fortuna, nem pela glória. Mas uma coisa é, penso eu, o patriotismo que dá

posições individuais⁴⁰, retraindo ao máximo a atuação dos demais poderes – antes autônomos, agora estritamente subordinados à lei.⁴¹

Com a eclosão das crises sociais decorrentes do fracasso do liberalismo⁴², a institucionalização do sufrágio universal, a entrada dos sindicatos e dos partidos no cenário político e a crença tanto num Estado Democrático de Direito quanto numa Constituição que assegurassem condições dignas de existência humana, a lei, onímoda, entra em crise, muda de feição e deixa de ocupar o lugar privilegiado que lhe pertenceu, principalmente ao longo do século XIX, definido como o século de ouro do parlamentarismo.

Com efeito, pela primeira vez na época moderna, a lei submete-se a uma relação de adequação e de subordinação a um estrato mais alto de direito, dotado de força obrigatória, inclusive para o legislador.⁴³

No lugar dela, a *Constituição* que passa a ser compreendida “como verdadeira norma jurídica e fonte preferencial do direito, não apenas mecanismo de limitação do poder real e garantia da autodeterminação, como nos primórdios do constitucionalismo”.⁴⁴

a coragem de morrer por seu país e outra aquele que torna capaz de bem conhecer seus interesses. É necessária portanto uma condição além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Essa condição é o tempo indispensável à aquisição das luzes, à retidão do juízo. Somente a propriedade proporciona esse tempo; somente a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos.” (*Escritos de política*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 56).

⁴⁰ “Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada.” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 39).

⁴¹ Na ausência de lei, os órgãos estatais não deviam agir.

⁴² A respeito das teses defendidas pelos liberais clássicos e seu malogro, Reinhold Zippelius escreve: “Era um optimismo grandioso que preenchia estas teses. No entanto, fracassou a ideia optimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis. A benção de uma economia que se desenvolvesse sem intervenções nem restrições por parte do Estado revelou-se, para os milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana. Os empresários e operários eram, sem dúvida, juridicamente livres de celebrar e rescindir contratos de trabalho, mas em termos económicos esta liberdade consistia para o operário na escolha entre trabalhar sob condições muitas vezes mais que indignas ou morrer de fome.” (*Teoria geral do Estado*. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 379).

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho ductil*, cit., p. 34 e 39.

⁴⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de, *Estudos de direito público*, cit., p. 456.

Até o início do século XX, apenas se atribuía valor normativo específico à Constituição no âmbito da organização e do relacionamento entre os poderes do Estado. Os preceitos substantivos, a exemplo dos relativos aos direitos fundamentais, eram degradados a meras normas programáticas, que dependiam de integração legislativa para ter eficácia, injunções éticas ou recomendações juridicamente não vinculativas dirigidas ao legislador, sem efeito próprio para o indivíduo ou para o juiz.⁴⁵

Tudo muda a partir do momento em que a Constituição assume, em razão da sua função no sistema jurídico, o *status* de norma fundamental⁴⁶, documento escrito e formalizado, elaborado de um só golpe por um órgão dotado de poder constituinte⁴⁷ e provido de força jurídica – e não apenas moral –, da qual defluem direitos, poderes, deveres, obrigações, prerrogativas, garantias, que podem ser coativamente exigidos, que podem ser objeto de cumprimento forçado, visando a assegurar a sua imperatividade e vinculatividade.

Para além de regular a vida do Estado mediante a imposição de normas limitativas endereçadas aos poderes políticos, em especial ao Legislativo e Executivo, a Constituição, com o intento de realizar a

⁴⁵ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*, cit., p. 168.

⁴⁶ Segundo Eduardo García de Enterría: “*La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las ‘normas de producción’, la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución há establecido.*” (*La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 49 e 50).

⁴⁷ Sobre os fundamentos do valor normativo da Constituição e seu valor como norma fundamental, Eduardo García de Enterría ensina: “*La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construídos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto aos diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.*” (*La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 49).

chamada justiça social, preordena-se a conduzir finalisticamente o exercício da atividade estatal, apontando-lhe nortes a seguir e objetivos a alcançar.

Essa virtude constitucional somente aparece no início do século XX, com as Constituições em cujo seio se estabeleceu um compromisso entre o liberalismo econômico e o intervencionismo estatal, fruto de embates entre correntes políticas de pensamento e aspirações diametralmente opostos, que culminaram com a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Vale observar, a esse respeito, que a compreensão da Constituição como fundamento de validade dos atos praticados pelos órgãos estatais implica o imediato reconhecimento de sua supremacia, qualidade que traz duas ideias concomitantes: a de compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas e a de observância e cumprimento da dimensão material da Constituição, isto é, dos valores que ela enuncia.⁴⁸

Afora ter sido destronada por uma instância superior, a lei também muda de perfil com a democratização do acesso ao parlamento, como o demonstra Clèmerson Merlin Clève, ao prelecionar: “Os novos eleitores farão novos representantes. O parlamento deixa de ser o lugar com identidade ideológica. Ao contrário, sérias fissuras passam a ocorrer no seio das casas legislativas. Fissuras que darão lugar aos partidos políticos organizados, que substituem os antigos blocos parlamentares. O

⁴⁸ Nesse ponto, a contribuição do direito americano ao direito constitucional moderno é inestimável. É cediço que a autoridade dos tribunais estadunidenses para rever a constitucionalidade das leis não se originou de qualquer previsão constitucional expressa. Tal competência foi assumida pela própria Suprema Corte numa das mais ousadas decisões tomadas por um tribunal (caso *William Marbury versus James Madison*, de 1803, em que o presidente da Suprema Corte, John Marshall, deixou claro o caráter supremo das Constituições rígidas). A sua grande valia para o direito constitucional está em enxergar a Constituição como um parâmetro normativo superior da validade das leis editadas pelo Parlamento. Fica claro, da mesma forma, que a supremacia é dependente da rigidez constitucional. O processo extraordinário estabelecido na Constituição para a sua alteração – visando a sintonizá-la com a atualidade – confere-lhe estabilidade maior do que aquela de que desfrutam as leis ordinárias, implicando a superioridade das normas constitucionais em relação às infraconstitucionais. A partir desse dado, fica nítida a distinção entre as obras do poder constituinte e do legislador (poder constituído). A obra do legislador encontra o seu parâmetro de validade na constituição. Daí a relação hierárquica entre elas.

debate parlamentar passa a ser um debate ideológico, onde diferentes concepções a respeito do papel do direito e do Estado passam a se confrontar. A lei não consistirá mais na expressão da vontade geral. Não é possível encontrar uma vontade geral descoberta pelo debate parlamentar orientado pela razão. A lei passa, sim, a ser, talvez, apenas expressão de uma ‘vontade política’. A vontade política do grupo majoritário no seio do parlamento. Aparece aqui talvez o primeiro atentado contra a concepção sacralizadora da lei.”⁴⁹

Outro fator a abalar o prestígio da lei foi o alargamento do campo de atuação do Estado, que, até então, conduzia-se consoante uma “ordem natural da sociedade”, recopilada no apotegma liberal *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*.

Além dos direitos individuais clássicos, o Poder Público assume a tutela de bens e direitos de relevo social, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência, transporte, interferindo no domínio privado, instituindo limitações à liberdade e propriedade individuais, avocando e orientando atividades antes deixadas ao inteiro talante da livre iniciativa.

Deparando-se com toda essa sorte de incumbências, o Estado transforma-se em um agente de prestações positivas em favor do indivíduo e da coletividade, obrigado a decisões prontas e complexas. Naturalmente, o pêndulo dessa nova ordem político-jurídica inclina-se para o Poder Executivo.

O Estado, outrora legislativo, converte-se, portanto, em um Estado administrativo, que presta serviços, executa obras públicas, fiscaliza operações bancárias, financeiras e securitárias, emite e resgata títulos da dívida pública, cria instituições de fomento, realiza investimentos e financiamentos, explora e monopoliza atividade econômica, contrata serviços, nacionaliza indústrias, cria empresas, regula o exercício de profissões, reprime o abuso do poder econômico, combate endemias e executa ações de vigilância sanitária e epidemiológica.

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 48.

É bem verdade que essas profusas intervenções do Estado-administrador não prescindem de um substrato normativo. Entretanto, as leis nem sempre se revelam os instrumentos adequados para dar conta das necessidades legislativas do Estado-providência.⁵⁰

Os parlamentos, por sua vez, nem sempre conseguem, a tempo e hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam, pois as normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão ensejo a delongas e oportunidade a manobras e retardamentos.⁵¹

Ao lado das normas jurídicas gerais e abstratas, de intenção duradoura, ganham importância, no Estado Social, regulações que se destinam à modificação, muitas vezes urgente, de situações concretas.⁵²

Essas circunstâncias, a par de outras⁵³, levaram ao rompimento do monopólio da atividade legiferante pelo Legislativo, com o correlato deslocamento do centro de gravitação político-jurídica para o Executivo. O parlamento não perde o seu poder de legislar; compartilha-o com o Executivo, tecnicamente mais apto a expedir as regulações com a prontidão esperada.⁵⁴

⁵⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982. p. 44.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14.

⁵² ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, cit., p. 396.

⁵³ Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti, o desempenho da atividade parlamentar é afetado pela falta de conhecimentos técnicos por parte dos parlamentares. Afirmo o autor: “A experiência moderna, com o acréscimo da intervenção do Estado em todos os setores, pela exigência de uma multiplicação do poder normativo torna o Poder Legislativo de todo ineficaz para realizar toda a sua tarefa, principalmente quando se trata de matéria técnica que escapa aos conhecimentos da média dos elementos que o integram.” (*Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 301).

⁵⁴ A coparticipação do Legislativo e Executivo na função política opera-se em consideração às características estruturais, processuais e de legitimação desses órgãos. Bem explica Nuno Piçarra, *in verbis*: “(...) a imediata legitimidade democrática do parlamento complementa-se com a ‘dianteira’ de informação e de ‘margem de manobra’ sobre a administração pública por parte do governo, e a adequada prossecução da função política no Estado de Direito democrático tanto requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento permitam o confronto entre as decisões políticas tomadas no seu exercício e as alternativas mais representativas a estas, como o parlamento, como requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento possibilitem decisões e actuações rápidas, para poderem ser eficazes, como o governo.” (*A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*, cit., p. 252).

A iniciativa das leis, a delegação legislativa e os poderes de veto e de edição de atos com força de lei dados ao Executivo são exemplos de institutos que efetivaram esse consórcio funcional.

Todos esses fatores concorrem para demonstrar que o direito parlamentar pós-liberal não mais se orienta pelo princípio da soberania da função legislativa.

4 A teoria dos atos *interna corporis*

A teoria dos atos *interna corporis* – na qual o Supremo Tribunal Federal apoia-se em seus julgados – foi concebida a fim de garantir a independência da instituição parlamentar no exercício de suas atribuições legislativas e de controle político do Poder Executivo.

A formulação dessa doutrina coube a Rudolf von Gneist, juspublicista alemão que, em conferência elaborada para o IV Congresso de Juristas Alemães, realizado em Berlim, em 1863, utilizou, pela primeira vez, a expressão *interna corporis*, ao se manifestar sobre a possibilidade de o juiz apreciar a regularidade constitucional da tramitação de uma lei. Tal questão originou-se da negativa parlamentar de aprovar certa proposta orçamentária.

Gneist respondeu afirmativamente à indagação, mas ao mesmo tempo rejeitou a possibilidade de controle dos estágios de formação da lei no interior do parlamento. A esses atos de processamento, deu o nome de *interna corporis*. Eles pertenceriam à competência exclusiva do legislador. Logo, nenhuma outra autoridade poderia sindicá-los quanto à sua regularidade. Somente as fases do processo legislativo que tivessem repercussão exterior poderiam ser objeto de fiscalização.

Na síntese de Antonia Navas Castillo⁵⁵, Gneist, ao articular a teoria dos atos *interna corporis*, teve a pretensão de defender e assegurar a independência do Poder Legislativo em um sistema constitucional monárquico.

⁵⁵ NAVAS CASTILLO, Antonia. *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*. Madrid: Colex, 2000. p. 65.

De fato. O citado publicista alemão amparou-se na doutrina inglesa e na luta política que os liberais empreendiam contra os poderes do rei e em defesa do parlamento. A sua proposta dos *interna corporis* coincidia plenamente com a teoria dos *internal proceedings*, segundo a qual todos os atos parlamentares estavam isentos de controle externo.

A Inglaterra concebeu os chamados *internal proceedings*, prescrevendo a seguinte regra, aposta no referido artigo 9º do *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689: “Que a liberdade de palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos à acusação ou à apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio parlamento.”⁵⁶

Tais atos, facilmente se deduz, lastreiam-se na ideia de soberania parlamentar, dado central da Constituição britânica. Sucede que, como bem resume Ignacio Torres Muro, em vista dessa singular posição conquistada pelo parlamento no século XVII, os tribunais ingleses, para evitar conflitos⁵⁷, sempre relutaram em invadir o seu terreno, recuando diante dos *internal proceedings*⁵⁸. Explica o autor que o artigo 9º do *Bill of Rights* é uma norma concebida num contexto revolucionário, de reação parlamentar contra a intervenção real, auxiliada pela magistratura, em seus assuntos. Exemplifica citando o caso da condenação de um *speaker* por ter permitido a publicação, entre os documentos da Câmara dos Comuns, de um panfleto que difamava o Duque de York, herdeiro do trono inglês.⁵⁹

Pelo fato de os juízes terem sido, no século XVII, criaturas da Coroa, que deles se valia para as suas perseguições (inclusive de parlamentares), o parlamento, vitorioso, pugnando por suas prerrogativas em face do Executivo, estabeleceu radical proibição de os tribunais julgarem os seus atos. Assim, ao lado da inviolabilidade parlamentar, prescreveu-se

⁵⁶ MIRANDA, Jorge (Org.). *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1990. p. 24.

⁵⁷ Narra Ignacio Torres Muro que, em 1689, a Câmara dos Comuns prendeu dois juízes (Sir Francis Pemberton e Sir Thomas Jones) que haviam julgado contra os seus interesses no caso *Jay versus To-pham* (El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 15, n. 43, p. 56, enero/abril 1995).

⁵⁸ MURO, Ignacio Torres, El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra, cit., p. 53-54.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 58.

regra segundo a qual ficava vedado ao Poder Judiciário apreciar os processos parlamentares.⁶⁰

Depois de examinar alguns julgados sobre a relação entre os tribunais e o parlamento, Ignacio Torres Muro constata que, até hoje, a magistratura inglesa tem-se mostrado refratária à possibilidade de exame dos *internal proceedings*, “chegando assim a configurar uma área isenta de jurisdição, na qual os órgãos parlamentares podem atuar sem se preocupar com os possíveis controles judiciais”⁶¹, inclusive no que tange ao processo de tramitação das leis.⁶²

Diz o autor, em uma de suas conclusões, ser o contexto histórico inglês revestido de peculiaridades, que não se repetem em outros países, máxime pela posição ocupada pelo parlamento. E assevera: “A inexistência de uma Constituição rígida, o dogma da soberania parlamentar e a posição da Assembleia no sistema político fizeram (...) com que o segundo polo da relação que examinamos – a magistratura – se mostrasse muito prudente na hora de afirmar suas possíveis prerrogativas de controlar a atividade parlamentar.”⁶³

Para Giovanni Bertolini, a expressão *internal proceedings* apresenta uma dupla feição: uma referente à autonomia das câmaras para disciplinar os seus próprios assuntos; outra atinente à garantia dos parlamentares contra qualquer tipo de intromissão ou interferência, notadamente penal, no exercício de suas atribuições.⁶⁴

Por conseguinte, a concepção clássica de *interna corporis* diz respeito tanto à liberdade institucional do parlamento de, por si só, organizar-se e ordenar o seu funcionamento (procedimentos de discussão e votação), quanto à competência, também exclusiva, de elaborar e modificar

⁶⁰ MURO, Ignacio Torres, El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra, cit., p. 58.

⁶¹ Ibidem, p. 65.

⁶² Ibidem, p. 69.

⁶³ Ibidem, p. 70.

⁶⁴ BERTOLINI, Giovanni. Appunti sull'origine e nel significato originario dell dottrina degli interna corporis. In: *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Florencia, 1969, t. V (Le Camere istituti e procedura), p. 79, apud ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 55.

os seus regimentos, e, o que sobreleva em importância, decidir discricionariamente sobre a sua aplicação, isto é, resolver soberanamente todos os conflitos suscitados em torno das questões afetas à dinâmica parlamentar (jurisdição doméstica).

Em síntese, a teoria dos atos *interna corporis* foi imaginada com o propósito de assegurar a independência absoluta do parlamento – poder dotado de soberania – e de seus membros no exercício de suas funções frente aos demais órgãos do Estado.

5 O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 – e, por certo, pela abertura democrática por ela propiciada –, o Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a arbitrar frequentes conflitos entre a maioria e as minorias parlamentares em torno de questões relativas à aplicação de normas de regimentos legislativos que constituem não apenas repetição formal de dispositivos constitucionais, mas também interpretam e desenvolvem a Constituição e até criam institutos por ela não previstos. A jurisprudência aqui analisada demonstra, todavia, que a Corte brasileira ainda segue trilhando o mesmo entendimento sedimentado no regime constitucional revogado⁶⁵, ao entrever, na Carta Política, vedação material à sua jurisdição, pois, para ela, controvérsias surgidas da aplicação dos regimentos parlamentares não estão sujeitas a controle judicial; são assuntos cuja solução cabe exclusivamente ao próprio Poder Legislativo. Daí a paradigmática afirmação do Ministro Francisco Rezek, amiúde utilizada pelas autoridades parlamentares na defesa da insindicabilidade de seus atos: “Matéria relativa à interpretação, pelo presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*.”⁶⁶

⁶⁵ Ver, a propósito, os acórdãos prolatados nos MS ns. 20.247 (sobre tramitação de proposta de emenda constitucional), 20.464 (sobre inclusão de proposta de emenda constitucional na ordem do dia), 20.415 (sobre substituição de presidente de comissão parlamentar de inquérito), 20.471 (sobre interpretação de regimento parlamentar) e 20.509 (sobre composição de comissões parlamentares permanentes, distribuição de tempo para comunicação de liderança e uso da palavra).

⁶⁶ MS n. 20.471/DF, *RTJ*, v. 112, p. 1.023, jun. 1985.

Para o Supremo Tribunal Federal, os atos *puramente* regimentais estão excluídos de seu escrutínio. Ilustrativo, nesse sentido, é o acórdão proferido em 22 de junho de 2005, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.831, de cuja ementa extrai-se o seguinte trecho: “Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os *limites delineados pela Constituição* ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a *direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional* e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional.”⁶⁷

Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal entende que quando as casas legislativas infringem os seus regimentos ou violam direitos de extração regimental, os seus atos não são passíveis de censura judicial. A sua jurisdição somente pode ser ativada se o parlamento desbordar dos limites constitucionalmente delineados ou, ao exercer as suas atribuições institucionais, ofender direitos públicos subjetivos de natureza constitucional. Em suma, para a corte, os atos parlamentares puramente regimentais revelam-se insuscetíveis de reexame judicial, já que a interpretação de normas de regimentos, por qualificar-se como típica matéria *interna corporis*, suscita questões pré-excluídas, em função do princípio da separação dos poderes, da apreciação judicial, as quais devem ser resolvidas, exclusivamente, no e pelo Poder Legislativo.⁶⁸

⁶⁷ *RTJ*, v. 200, n. 3, abr./jun. 2007, p. 1.123 (sem grifo no original). Esse mandado de segurança foi “impetrado por eminentes senadores da República (...) contra omissão atribuída à Mesa do Senado Federal, representada por seu ilustre presidente, e que, por alegadamente lesiva a direito pública subjetivo das minorias parlamentares, teria frustrado, não obstante a natureza eminentemente constitucional desse instrumento de investigação legislativa, a instauração de inquérito parlamentar destinado a apurar a utilização das *casas de bingos* na prática do delito de lavagem de dinheiro, bem assim a esclarecer a possível conexão dessas mesas *casas* e das empresas concessionárias de apostas com organizações criminosas” (ibidem, p. 1.124).

⁶⁸ Em decisão de não conhecimento do MS n. 23.920/DF, impetrado contra ato regimental do presidente da Câmara dos Deputados, o Ministro Celso de Mello expôs, translucidamente, os fundamentos da autorrestrição que o colegiado impõe-se. Disse o ministro: “Tendo-se presente o contexto em análise, cabe verificar se o ato ora questionado expõe-se, ou não, à possibilidade de controle jurisdicional, por parte do Supremo Tribunal Federal. Entendo que não, pois a qualificação *interna corporis* do ato impugnado não pode justificar a pretendida intervenção jurisdicional, sob pena de flagrante ofensa ao postulado da separação de poderes. O tema em análise, como já precedentemente demonstrado, envolve discussão que versa a interpretação de norma meramente regimental, sem qualquer projeção específica no plano do direito constitucional positivo. Na realidade, a deliberação questionada nesta sede mandamental exaure-se no domínio estrito do regimento legislativo, circunstância essa que torna inviável a possibilidade jurídica de qualquer atuação corretiva do Poder Judiciário, constitucionalmente proibido de interferir na intimidade dos demais poderes da República, notadamente quando provocado a

Essa posição é criticável. Qual – se realmente há – o fundamento constitucional para o Supremo autolimitar-se no exercício de suas competências, alegando tratar-se de questões *interna corporis*?

Decerto, o Poder Judiciário somente pode controlar o comportamento do legislador *quando ele estiver vinculado à ordem jurídica*, independentemente de considerações do mérito político das decisões parlamentares.

Os diplomas regimentais integram o ordenamento jurídico. Assim, uma vez atestado que a autoridade legislativa estava juridicamente vinculada a eles e os infringiu, a consequência lógica inexorável a tirar é apenas uma: a censura judicial da atuação parlamentar.

invalidar atos, que, desvestidos de transcendência constitucional, traduzem mera aplicação de critérios regimentais. Não custa rememorar, neste ponto, que a correção de desvios exclusivamente regimentais refoge ao âmbito do controle jurisdicional, quando inexistente, como na espécie, situação configuradora de transgressão da ordem constitucional. Essa matéria, por refletir tema subsumível à noção de atos *interna corporis*, acha-se, por isso mesmo, constitucionalmente pré-excluída, em função do dogma da separação de poderes, da fiscalização judicial. Essa delimitação temática, portanto, inibe a possibilidade de intervenção jurisdicional dos magistrados e Tribunais na indagação dos critérios interpretativos dos preceitos regimentais orientadores da resolução emanada dos órgãos diretivos das Casas do Congresso Nacional, sob pena de desrespeito ao postulado consagrador da divisão funcional do poder. A submissão das questões de índole regimental, ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais, implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias (...) em que não há, a meu juízo, qualquer evidência de que o ato impugnado tenha vulnerado o texto da Constituição da República. Tratando-se, em consequência, de matéria sujeita à exclusiva esfera da interpretação meramente regimental, não há como incidir a *judicial review*, eis que – tal como proclamado pelo Supremo Tribunal Federal – a exegese “de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*” (RTJ 112/1023, rel. Min. Francisco Rezek). As questões *interna corporis* excluem-se, por isso mesmo, em atenção ao princípio da divisão funcional do poder – que constitui expressão de uma das decisões políticas fundamentais consagradas pela Carta da República – da possibilidade de controle jurisdicional, devendo resolver-se, exclusivamente, na esfera de atuação da própria instituição legislativa. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem reafirmado essa orientação em sucessivos pronunciamentos, nos quais ficou assentado que, em se tratando de questão *interna corporis*, deve ela ser resolvida, com exclusividade, “(...) no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário” (RTJ 102/27, rel. Min. Moreira Alves). (...) O sentido dessas decisões do Supremo Tribunal Federal – a que se pode acrescentar o julgamento plenário do MS n. 20.464/DF, rel. Min. Soares Muñoz (RTJ 112/598) – consiste no reconhecimento da soberania dos pronunciamentos, deliberações e atuação do Poder Legislativo, na esfera de sua exclusiva competência discricionária, ressalvadas, para efeito de sua apreciação judicial, apenas as hipóteses de lesão ou de ameaça a direito constitucionalmente assegurado. Em suma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente advertido que atos emanados dos órgãos de direção das Casas do Congresso Nacional, quando praticados nos estritos limites da competência da autoridade apontada como coatora e desde que apoiados em fundamentos exclusivamente regimentais, sem qualquer conotação de índole jurídico-constitucional, revelam-se imunes ao *judicial review*, pois – não custa enfatizar – a interpretação incidente sobre normas de índole meramente regimental, por qualificar-se como típica matéria *interna corporis*, suscita questão que se deve resolver, “exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário” (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 – RTJ 168/444, v.g.)” (DJU, Seção 1, de 03.04.2001, p. 24).

A autolimitação que o Supremo Tribunal Federal impõe-se finca suas frágeis bases sobre terreno movediço, pois ou o legislador não violou nenhum regramento restritivo de sua discricionariedade, e então não se pode articular com a autolimitação, visto nenhuma inconstitucionalidade ocorrer, ou, de fato, o legislador agiu em desconformidade com o ordenamento, perpetrando uma injuridicidade, e por conseguinte a autolimitação do Tribunal redundaria, às escâncaras, em renúncia à competência constitucional de proteção da ordem jurídica, seus valores e princípios, e dos direitos fundamentais que ela define.

Além disso, pelo princípio da separação dos poderes, não se cogita de soberania (incontrastável) de algum poder relativamente à sua esfera de atividade. Estando reciprocamente implicados, os órgãos estatais não têm competência para, *de forma definitiva*, ‘autojulgar-se’, ‘autoadministrar-se’ ou ‘autolegislar-se’. Desse modo, parece não se harmonizar com aquele dogma a assertiva, *formulada aprioristicamente*, de que a aplicação dos regimentos – tidos como atos *interna corporis* – é matéria insuscetível de escrutínio judicial.

Mais consentâneo com as vigas de sustentação do ordenamento fundamental é o entendimento edificado a partir da concepção de que *os regimentos emanam da Constituição* (arts. 51, III, 52, XII, e 57, § 3º, II) e não da vontade supostamente livre – porque incontrolável – do legislador. Acima do Poder Legislativo, situam-se as normas constitucionais. Abaixo dele, decerto não estão os demais poderes.

A separação dos poderes implica dividir as funções do Estado em órgãos especializados, mas não de forma a escaloná-los, numa relação de hierarquia urdida a partir da primazia do legislador.

É certo que o Estado liberal postulou a ideia de supremacia da função legislativa. Assentado o ideal democrático pelo qual as leis hão de ser elaboradas pelos seus destinatários (a coletividade) ou por seus representantes, escreve Nuno Piçarra, “a teoria liberal do primado da lei tende a desembocar na teoria democrática da supremacia política do parlamento-legislador”⁶⁹. Nesse contexto, prossegue: “(...) o poder legislativo é superior porque so-

⁶⁹ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes na Constituição de 76: alguns aspectos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1987. p. 152.

mente ele representa a vontade colectiva. Como representante da vontade colectiva, não há de, em princípio, abusar do poder de que dispõe, pois isso seria, em última análise, exercê-lo contra si mesmo. As leis que elaborar não de ser, naturalmente, leis de justiça.”⁷⁰

Hodiernamente, não mais se vive nesse Estado de Direito de legalidade, no qual a noção de lei se confundia com a de liberdade⁷¹. Não mais se trata de garantir o parlamento contra os abusos perpetrados pelos detentores do poder absoluto, proscrevendo-se qualquer tentativa de controle, por outros poderes, da atividade desenvolvida no âmago das casas legislativas.

A falta de confiança no Poder Judiciário – instituição ancilar da Coroa inglesa no século XVII – ensejou a formulação da teoria dos *internal proceedings*, fulcrada na posição de soberania do parlamento. Entretanto, desde que se passa a temer os abusos e arbitrariedades do próprio legislador, a suspeitar da concepção de lei como expressão e instrumento da vontade de maiorias políticas ocasionais e a compreender o valor normativo da Constituição – documento que vincula todos os poderes constituídos e perante o qual os órgãos do Estado se controlam reciprocamente, funcionando o Poder Judiciário como contrapeso da atividade política –, não pode restar incólume o postulado da soberania do legislador⁷². A propósito, James Madison dizia: “É contra a ambição deste poder que o povo deve cultivar todo o seu zelo e exaurir todas as suas preocupações.”⁷³

Nos Estados Democráticos de Direito, governados por Constituições rígidas de carácter social, é inadmissível o exercício do poder público soberaneiro aos seus comandos. Todos os órgãos estatais estão colhidos pelas suas prescrições, e assim se encontram porque são, por natureza, poderes limitados. Não há, pois, que se falar, insista-se, de soberania parlamentar, mas, tão somente, de supremacia constitucional⁷⁴. Os poderes do Estado

⁷⁰ PIÇARRA, Nuno, A separação dos poderes na Constituição de 76: alguns aspectos, cit., p. 152.

⁷¹ Na definição de Montesquieu, “liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (*O espírito das leis*, cit., parte II, livro XI, capítulo III, p. 118).

⁷² PIÇARRA, Nuno, A separação dos poderes na Constituição de 76: alguns aspectos, cit., p. 153.

⁷³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; GRAY, John, *Os artigos federalistas, 1787-1788*, cit., n. XLVIII, p. 339.

⁷⁴ Como assinala Jordi Capó Giol, o parlamento “no es soberano, porque sus competencias no le pertenecen por derecho propio, sino en la medida que se las otorga la Constitución; no lo es tampoco porque los restantes poderes del Estado no derivan su legitimidad de una concesión parlamentaria;

são subordinados à Constituição, que os vincula e os obriga a realizar tarefas, a respeitar limites, a obedecer proibições, a atingir fins, a preservar valores e a exercitar as suas funções de determinada forma. Destarte, quando se impõe ao legislador que pautar a sua atuação conforme disposições que compõem o chamado processo legislativo, fixa-se regramento específico e obrigatório para a formação e a expressão da vontade legislativa, regramento esse que há de ser respeitado sob pena de vulneração e desfalecimento da juridicidade constitucional.⁷⁵

Se a Constituição de 1988⁷⁶ *impõe* ao legislador que pautar a sua *atuação* conforme disposições contidas nos regimentos, por ele mesmo autonomamente elaborados, estabelece regramento específico para *formação* e *expressão* da vontade legislativa, que deve ser obedecido.

Por outro lado, se é da incumbência de qualquer órgão do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, e do Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (arts. 5º, XXXV, e 102, *caput*, da Carta Política), pergunta-se: qual o fundamento para os regimentos ou os atos parlamentares *puramente* regimentais esquivarem-se do controle judicial quando ofenderem direitos subjetivos?

A alegação de que eles carregam matéria política não tem sólido respaldo. Da mesma forma, poder-se-ia sustentar, como o faz German J. Bidart Campos, que toda a atividade estatal que se traduz no exercício do poder é essencialmente política. O que varia é a intensidade política do ato, que, por exemplo, não é a mesma numa sentença de despejo e num ato de declaração de guerra. Outrossim, considerando que na esfera constitucional a política é sempre uma atividade jurídica, toda a área de atividade

no lo es, finalmente, porque actúa simplemente por delegación del cuerpo electoral a quien, en determinados supuestos, corresponde la última decisión” (La institucionalización de las cortes generales, Barcelona: Universitat de Barcelona, 1983. p. 14, apud ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 59).

⁷⁵ “La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica.” (PEREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del derecho*, 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 31).

⁷⁶ Ver artigos 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II.

política é simultaneamente jurídica⁷⁷. Conclusão inexorável: no sistema jurídico brasileiro, são os próprios tribunais os juízes do caráter político dos atos parlamentares.

Nem se diga, em compensação, que os regimentos e os atos regimentais eximem-se da investigação judiciária por serem discricionários. Ora, não existe discricionariedade fora dos limites demarcados pela Constituição. A respeito do assunto, são lapidares as seguintes considerações de Castro Nunes: “As medidas *políticas* são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do governo os aspectos da sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, a escolha dos meios, etc. Discricionárias são, com idêntica conceituação, as medidas de polícia no seu mais amplo sentido adotadas na esfera administrativa. Mas, dizendo isso, não se diz, nem se poderia dizer, que a discricção legislativa ou administrativa pode exercer-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder. Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar nem apreciar, na fundamentação das suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas, nessa esfera restrita o poder dos tribunais não comporta, em regra, restrição fundada na *natureza* da medida.”⁷⁸

Não se nega a existência de normas constitucionais abertas e incompletas, que conferem ampla e necessária margem de *liberdade de decisão* aos poderes estatais, nomeadamente ao Legislativo e Executivo, aos quais compete desempenhar atividade governamental. Contudo, vislumbrar-se aí um *domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado*⁷⁹, infenso a controles, é algo inaceitável.

⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán José. *Teoria del Estado: los temas de la ciencia política*. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 93 e 95.

⁷⁸ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 606-607.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 463.

A ideação e a produção legislativas não têm como reverso a prescindência de *regras de atuação e de competência*. A *discrecionariade* legislativa não precisa ser coberta pelo manto do arbítrio para ser exercida. É ponto pacífico que, em um Estado Democrático de Direito, a vontade do legislador não é pessoal, mas *representativa* de toda a sociedade. Dentre outros mecanismos garantidores de que a sua manifestação traduza a vontade popular, estão as normas reguladoras da *formação e expressão* dos seus atos.

As casas legislativas não têm liberdade para decidir sobre se cumprem ou não os seus regimentos. Não dispõem da faculdade de neles encartar regras ao seu bel-prazer. Não podem vilipendiar a Constituição alegando obediência a dispositivos internos.

O Congresso e suas casas situam-se, então, *sob* a égide das normas constitucionais, devendo-lhes observância, acatamento e cumprimento ir-restritos.

A rigor, o estatuto fundamental confere ao Legislativo *competência* para disciplinar a sua vida interna, a sua organização e o seu funcionamento. Competência – é providente rememorar a clássica definição de Ruy Cirne Lima – “se denomina, em direito público, a medida do poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada”⁸⁰. Logo, o exercício da competência parlamentar prevista nos artigos 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, parágrafo 3º, II, da Carta Política, será legítimo se se comportar na moldura desenhada pelo texto constitucional para a atividade legislativa. Tal parcela de poder, frise-se, na esteira de Rainer Arnold, não constitui mera faculdade parlamentar; trata-se de *obrigação constitucional* do órgão de representação política, inerente às suas funções. Diz o autor alemão: “*Se puede decir que, en los casos en que la Constitución misma habla de los reglamentos internos (por ejemplo que el parlamento ‘establece reglamentos internos’ o que actúa sobre la base de los reglamentos internos), se trata no solamente de un poder del órgano para adoptar reglamentos internos, sino de una obligación constitucional de hacerlos. Es inherente a la función constitucional del órgano y resulta de su creación por la*

⁸⁰ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 139.

Constitución que pueda ejercer adecuadamente sus funciones previstas, lo que conduce a la obligación de establecer reglamentos internos.”⁸¹

A atribuição à Câmara, ao Senado e ao Congresso da competência de autorregramento não isenta esses órgãos de observar e cumprir a Constituição, adstringindo-se a ela, quando demarca o âmbito expressamente reservado à disciplina regimental e quando, implicitamente, mas nos termos e limites que fixa, legitima o exercício do poder normativo interno, autônomo, de complementação das normas constitucionais, sobrelevando as relativas ao processo legislativo e às garantias das minorias parlamentares.

Dito isso, é inafastável a conclusão de que os regimentos das casas legislativas não de se subsumir ao crivo de constitucionalidade, em sede de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”), a quem compete verificar abstratamente a conformidade dos atos normativos (entre os quais os regimentos, baixados por resoluções) com a Constituição. Outrossim, como nenhum ato estatal, tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha, pode, legitimamente, sobrepondo-se à autoridade da Constituição, investir contra os direitos que defluem do ordenamento jurídico, inclusive os de ordem regimental, todo comportamento estatal – mesmo sob o anacrônico rótulo de *interna corporis* – acoimado de lesivo ou ameaçador de direito deve ser judicialmente controlado, ademais quando a lei fundamental diz, em rol de artigo protegido inclusive contra as arremetidas do poder reformador (art. 60, § 4º, IV), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Nesse sentido, enfocando a fiscalização abstrata da constitucionalidade, Clèmerson Merlin Clève diz: “No direito brasileiro, os decretos legislativos (matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional) e as resoluções (matéria de competência privativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, além de outras do próprio Congresso) constituem, desde o prisma formal, lei. São, pois, atos legislativos. Desde que veiculem atos normativos, estão sujeitos à fiscalização abstrata da constitucionalidade. Portanto,

⁸¹ ARNOLD, Rainer. Consideraciones generales sobre los reglamentos internos del parlamento en el derecho alemán. In: CORONA FERRERO, Jesús M., SANZ PÉREZ, Ángel L.; SOUTO GALVÁN, Marta (Coords.). *El reglamento parlamentario: propuestas de reforma*. Santander: Parlamento de Cantabria, 2000. p. 41.

as resoluções que veiculam os regimentos internos do Congresso Nacional (regimento comum), da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (ou das Assembleias Legislativas estaduais) podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. O fato de constituírem atos *interna corporis* não é suficiente, neste caso, para torná-los insindicáveis pelo Poder Judiciário”⁸². Da mesma forma em Portugal, segundo leciona J. J. Gomes Canotilho, *in verbis*: “As próprias normas regimentais podem vir a ser objecto de um juízo de constitucionalidade, pois o regimento é um acto normativo vinculado à Constituição (cfr. Ac. TC 63/91). Imagine-se que o regimento admitia, contra a Constituição, a votação das leis sem debate (art. 168º/1), que retirava os direitos constitucionais aos grupos parlamentares ou excluía o direito ao recurso contencioso aos funcionários da AR.”⁸³

Na medida que o Supremo Tribunal Federal entende que matéria regimental escapa por completo à consideração judicial, é possível dessumir, da sua decisão, a seguinte ilação: dado que a exegese de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*, a maioria parlamentar, manifestando *vontade política*, pode, ao interpretá-las – e, conseqüentemente, aplicá-las –, violar, a um só tempo, regimento interno e Constituição⁸⁴. Basta inserir no primeiro disposições dissonantes da segunda. Numa palavra, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a Constituição é refém da maioria parlamentar. Para ele, é válida qualquer deliberação legislativa intramuros, mesmo em desacordo com as normas regimentais – normas essas que, por sua vez, podem, ou não, estar conformes com a Constituição.

Decidindo dessa forma, o mais alto tribunal da República revela preocupante desatenção para com o ideal democrático e abdica da sua missão constitucional, ao vergar a sua autoridade à vontade da maioria parlamentar que, em seu lugar, responderá pela *guarda da Constituição*, com uma única e grave peculiaridade: os critérios de julgamento serão as conveniências políticas, meramente circunstanciais (sejam individuais, políticas,

⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 141.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 753.

⁸⁴ *RTJ*, v. 163, p. 203 e 204, jan. 1998.

econômicas ou sociais), e, dentre elas, está, à toda evidência, a de cumprir ou não a própria lei fundamental, diploma que deveria valer como fundamento e limite para todos, *inclusive às maiorias*.

O Supremo Tribunal Federal olvida, ademais, que a Constituição Federal cometeu aos regimentos parlamentares a função efetivadora de importantes cânones constitucionais⁸⁵, relevando mencionar aqueles que definem o *pluralismo político* como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, reconhecem o *direito de oposição política* e institucionalizam a *minoría* (oposição) *parlamentar*.

O princípio democrático pressupõe a real participação das minorias no Poder Legislativo. Ainda que a decisão caiba à maioria, as minorias não podem ser arbitrariamente excluídas de seu *iter* formativo⁸⁶. Nesse sentido,

⁸⁵ Dentre eles, os seguintes: a) a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, entre outros, a cidadania e o pluralismo político (art. 1º, II e V); b) todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*); c) é livre a manifestação do pensamento (art. 5º, IV); d) é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados, além da soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, *caput*); e) os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*); f) é assegurada, na constituição das Mesas e de cada comissão parlamentar, inclusive da representativa do Congresso Nacional, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos políticos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (art. 58, §§ 1º e 4º); g) um décimo dos membros da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional tem o direito de se opor, interpondo recurso, contra discussão e votação de projeto de lei por comissão parlamentar, dispensada a competência do plenário (art. 58, § 2º, I, *in fine*); h) um terço dos membros da Câmara e do Senado, em conjunto ou separadamente, pode requerer a criação de comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º); i) participam do Conselho da República, entre outros, os líderes da minoria na Câmara e no Senado (art. 89, IV e V).

⁸⁶ “A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer ‘absolutismo da maioria’ e, muito menos, o domínio da maioria. O *direito da maioria* é sempre um *direito em concorrência* com o *direito das minorias* com o consequente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias. (...) A maioria não pode dispor de toda a ‘legalidade’, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é disponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário). Por vezes, a importância do assunto exige maiorias qualificadas não só para se garantir a bondade intrínseca da decisão mas também para a protecção das minorias (...). Por último, devem referir-se os *limites internos* do princípio maioritário: se ele tem a seu favor a possibilidade de as suas decisões se tornarem vinculativas por serem sufragadas por um maior número de cidadãos, isso não significa que a solução maioritária seja materialmente mais justa nem a única verdadeira. O princípio maioritário não exclui, antes respeita, o ‘pensar de outra maneira’, o ‘pensamento alternativo’. Noutros termos: o princípio maioritário assenta politicamente num ‘relativismo pragmático’ e não num ‘fundamentalismo de maiorias’.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 311-312).

Hans Kelsen preleciona que o princípio majoritário não se confunde, de modo algum, com o domínio absoluto, com a ditadura da maioria sobre a minoria. Pelo contrário, a maioria pressupõe a existência da minoria. Por conseguinte, num ambiente democrático, exige-se, como condição vital do regime, a participação dos grupos minoritários no processo de criação da ordem jurídica.⁸⁷

Se se compreende que a maioria é titular do direito de elaborar e de aplicar, a seu talante, e sem controles, os regimentos e, além, admite-se que a vontade política do bloco hegemônico nas casas legislativas pode menoscabar preceitos regimentais nos quais repousam os direitos das minorias e dos parlamentares, aniquila-se a democracia e se instaura o absolutismo das maiorias.

Fazendo uma breve digressão, vale salientar que, quando ocupava a Vice-Presidência dos Estados Unidos, Thomas Jefferson elaborou, com o objetivo de bem desempenhar o cargo de presidente do Senado, o trabalho conhecido como *Manual de práticas parlamentares*, no qual procurou descrever os pontos cardeais da prática parlamentar inglesa no século XVIII⁸⁸. Logo no seu pórtico, consta citação de Hatsell, para quem os regimentos visam a salvaguardar a minoria dos caprichos e dos abusos da maioria. Diz Hatsell: “Como a maioria, meramente pelo seu número, tem o poder de paralisar quaisquer medidas propostas por seus opositores e que eles consideram inadequadas, as únicas armas com que a minoria se pode defender contra tentativas semelhantes dos que estão no poder são as formas e regras de procedimento que, ao longo do tempo, têm sido adotadas sempre que consideradas e que se tornaram a lei da Casa; aderindo a essas regras de forma estrita, a parte mais fraca pode ser protegida daquelas irregularidades e abusos que o capricho do poder vezes demais é capaz de sugerir às grandes maiorias coroadas de sucesso, e que essas regras têm como objetivo controlar”⁸⁹. Ainda para Hatsell, não ganha foros de relevância o serem as fórmulas e regras de procedimento as mais racionais. Daí alertar: “Saber se essas regras são, em todos

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 411.

⁸⁸ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 84-85.

⁸⁹ JEFFERSON, Thomas. *Um manual de práticas parlamentares: para uso do Senado dos Estados Unidos*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2006. p. 25-26.

os casos, as mais racionais, não é realmente muito importante. É muito mais importante a existência de uma regra que possa ser seguida, do que saber que tipo de regra ela é; que possa existir uma uniformidade de procedimentos na condução dos trabalhos, sem que exista uma sujeição aos caprichos do presidente, ou aos estratagemas dos parlamentares. É muito importante a preservação da ordem, decência e regularidade num corpo público que queira ser considerado digno.”⁹⁰

Enfim, as finalidades basilares dos regimentos são a defesa das minorias e a manutenção da ordem dos trabalhos parlamentares.

Já se demonstrou, em outro momento⁹¹, que, na seara do Poder Legislativo, a processualidade empresta legitimidade democrática à vontade normativa do Estado, emanada, necessariamente, de um corpo de representantes dos mais diversos segmentos da sociedade. Um ato legislativo forjado sem discussão, sem participação da minoria, sem deliberação da maioria, sem publicidade, é um ato ilegítimo, autoritário, ofensor dos princípios da democracia, da igualdade e do devido processo legal.

Sendo ponto pacífico que, no Estado Democrático de Direito, a vontade do legislador não é pessoal, tem-se como um dos principais mecanismos garantidores do caráter *representativo* de seus atos o processo legislativo, plexo de normas que regula a *formação e expressão* da sua atividade. Esse corpo normativo que trata da elaboração dos atos legislativos está estabelecido tanto na Constituição (arts. 59 a 69), quanto nos regimentos, estes em *complementação necessária* daquela.

Aprovados os regimentos das casas legislativas, aqueles que se encontram colhidos pelas suas prescrições têm direito à sua observância e cumprimento. Afinal, cumpre repisar, os textos regimentais integram o ordenamento jurídico, estabelecendo regras de observância cogente. Sendo assim, possuem *juridicidade*, seus comandos obrigam e *vinculam* o legislador, que não pode alterá-los, senão pelo processo regimentalmente fixado, nem negar-lhes aplicação em suas manifestações.

⁹⁰ JEFFERSON, Thomas, ob. cit., p. 26.

⁹¹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Jurisdição de controle do processo de emenda constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, p. 218-221, jan./dez. 2001.

Bastante expressivo, nesse ponto, é o artigo 412 do Regimento Interno do Senado Federal. Ele preceitua que a legitimidade na elaboração normativa é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, e arrola treze “princípios gerais do processo legislativo”, quais sejam: I - a participação plena e igualitária dos senadores em todas as atividades legislativas, respeitados os limites regimentais; II - modificação da norma regimental apenas por norma legislativa competente, cumpridos rigorosamente os procedimentos regimentais; III - impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão do Plenário, ainda que unânime, tomados ou não mediante voto; IV - nulidade de qualquer decisão que contrarie norma regimental; V - prevalência de norma especial sobre a geral; VI - decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais de direito; VII - preservação dos direitos das minorias; VIII - definição normativa, a ser observada pela Mesa em questão de ordem decidida pela Presidência; IX – decisão colegiada, ressalvadas as competências específicas estabelecidas no Regimento; X - impossibilidade de tomada de decisões sem a observância do *quorum* regimental estabelecido; XI - pauta de decisões feita com antecedência tal que possibilite a todos os senadores seu devido conhecimento; XII - publicidade das decisões tomadas, exceção feita aos casos específicos regimentalmente previstos; XIII - possibilidade de ampla negociação política somente por meio de procedimentos regimentais previstos.

A transgressão de qualquer desses “princípios”, prescreve o artigo 413 do mesmo diploma, poderá dar ensejo à denúncia, mediante formulação de questão de ordem⁹². Levantada essa, caberá ao presidente do Senado Federal apurá-la imediatamente, verificando os fatos pertinentes, podendo consultar os registros da Casa, notas taquigráficas, fitas magnéticas ou outros meios cabíveis.

Vê-se, da crua leitura desses ilustrativos regramentos, que o próprio legislador (no caso, o Senado Federal) reconhece a necessidade impostergável de se observar e cumprir fielmente as normas regimentais. Ele mesmo reputa como *nula* decisão sua que as transgrida (art. 412, IV). E

⁹² Segundo o *caput* do artigo 403 do Regimento Interno do Senado Federal, constituirá questão de ordem, suscetível em qualquer fase da sessão, pelo prazo de cinco minutos, qualquer dúvida sobre interpretação ou aplicação regimental.

não poderia ser diferente, mesmo na hipótese de não haver norma jurídica interna que prescreva expressamente a nulidade de ato praticado em desconformidade com o regimento. Isto porque é insuperável a regra segundo a qual a Constituição não deu às Casas Legislativas qualquer liberdade de decisão sobre o cumprimento ou não dos seus estatutos. Logo, uma vez definido o caminho a percorrer para a constituição e enunciação da vontade parlamentar (típica ou atípica), devem os legisladores – sejam membros de Mesa, presidentes de comissão, líderes da maioria, da minoria, de bancada, de partido, do governo – pautar o seu comportamento tal qual determinado pelos diplomas regimentais. O jogo parlamentar há, pois, de se desenvolver segundo regras de atuação, certas quanto à sua existência, e seguras quanto à sua observância e aplicação⁹³. Daí se falar, correlatamente, do direito ao *devido processo legislativo* para traduzir as esferas jurídicas protegidas por tais regras.

Se assim não fosse, os atos do legislador seriam fruto da desordem, e não da disciplina, consequência da tirania das agremiações majoritárias, e não produto da deliberação segundo regras preordenadas a garantir o caráter plural da vontade parlamentar, com a consideração e ponderação de interesses políticos, econômicos, sociais e culturais ontologicamente divergentes.

Por todas essas razões, não é constitucionalmente lícito o Supremo Tribunal Federal denegar a sua jurisdição às minorias parlamentares, quando apontam violações de direitos regimentais, ainda que não tenham sem projeção no plano do direito constitucional positivo, pois os regimentos parlamentares são fontes jurígenas que inovam o ordenamento jurídico, encarregando-se de materializar, viabilizar e garantir o direito democrático de oposição parlamentar. A solicitação de verificação de votação, o requerimento de destaque para votar em separado parte de proposição, o uso da palavra, a proposição de emenda supressiva, o pedido de adiamento de votação, entre outros, por exemplo, são mecanismos de extração unicamente

⁹³ Aliás, a primeira necessidade para a boa marcha de qualquer reunião de pessoas que tenham de deliberar em comum é assentar as normas a que todas devam submeter-se, para evitar confusão (PENNA, Affonso. *Manual do senador*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. p. V). O debate sem regras conduz à discussão interminável e, inclusive, à violência (MAJONE, Giandomenico. *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 37).

regimental que servem de garantia do direito de oposição. Dependendo da dicção das normas regimentais e da aplicação que se lhes dê, o conteúdo dos atos legislativos pode variar sensivelmente, porque há real possibilidade de as minorias parlamentares influenciarem a vontade da maioria, levando a deliberação parlamentar a resultado diverso⁹⁴. Se o Supremo Tribunal Federal obsta o conhecimento de ações judiciais nas quais se aponta lesão ou ameaça a direito de natureza regimental, exime-se de uma de suas principais funções constitucionais, que é a de assegurar as regras do jogo parlamentar democrático e arbitrar as dissensões dele decorrentes.

5 Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

1) Se todo ato do legislador submete-se à Constituição, de maneira alguma pode estar imune à apreciação judicial. Dentro do quadro orgânico-funcional do Estado, ao Poder Judiciário, e só a ele, compete, de forma definitiva e irrecorrível, garantir a supremacia constitucional e defender os direitos fundamentais.

2) Debaixo do anacrônico rótulo *interna corporis*, estão os atos fundados na autonomia do Legislativo para, por si mesmo, sem interferência de qualquer outro poder, mas nos termos e limites da Constituição, instituir e executar as normas de regência de suas atividades. Logo, ao aprovar os seus regimentos, as casas legislativas sofrem uma autolimitação volitiva, pois a sua atuação passa a se pautar estritamente segundo tal repositório normativo.

⁹⁴ É bem verdade que o direito constitucional brasileiro, nesse ponto, ainda está a meio passo de uma autêntica democracia parlamentar, porque deposita nos regimentos – e não na Constituição, cujas normas são dotadas de maior estabilidade, porque rígidas – substancial fatia do estatuto das agremiações minoritárias. Do texto constitucional, constam as imunidades e os impedimentos parlamentares (arts. 53 e 54) e não os direitos dos representantes políticos. A Constituição portuguesa, nessa perspectiva, é mais progressista. Confere aos deputados os seguintes poderes, além daqueles consignados nos regimentos: a) apresentar projetos de revisão constitucional; b) apresentar projetos de lei, de regimento ou de resolução, designadamente de referendo, e propostas de deliberação e requerer o respectivo agendamento; c) participar e intervir nos debates parlamentares, nos termos do regimento; d) fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer actos deste ou da Administração Pública e obter resposta em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado; e) requerer e obter do Governo ou dos órgãos de qualquer entidade pública os elementos, informações e publicações oficiais que considerem úteis para o exercício do seu mandato; f) requerer a constituição de comissões parlamentares de inquérito (art. 156º, “a” a “g”).

3) Se o princípio democrático é uma pedra angular do regime político brasileiro, o Poder Judiciário, como garante da Constituição e tutor das liberdades públicas, jamais pode esquivar-se da apreciação de lesões e ameaças a direitos perpetradas à sombra de atos parlamentares cognominados de *interna corporis*. Se o pudesse, reproduziria a vontade onipotente das maiorias circunstanciais no parlamento. Mas os juízes não são representantes dos partidos políticos nem do governo. Têm por função assegurar o primado da lei constitucional, e ela diz que a democracia é um postulado inderrogável. Consequentemente, qualquer parlamentar ou agremiação minoritária tem acesso à jurisdição visando a salvaguardar a sua esfera jurídica protegida tanto pela Constituição quanto pelos regimentos legislativos.

4) Os regimentos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional contêm normas complementares dos preceitos constitucionais relativos ao Poder Legislativo. Dentre elas, figuram as que tratam do direito material parlamentar, no qual repousam as prerrogativas e os deveres inerentes ao exercício do mandato político. A incolumidade desse estatuto funcional é garantida, inicialmente, pelas próprias casas legislativas, por intermédio das presidências ou, em última instância, dos plenários. Afinal, elas devem pautar a sua atuação segundo os preceitos regimentais. Persistindo, por qualquer motivo, lesão ou ameaça a direito, o parlamentar, com fundamento no artigo 5º, XXXV, da Constituição, sempre terá a faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, que, por sua vez, não poderá deixar de prestar tutela, sob a invocação ou a escusa de se tratar de ato *interna corporis*. No Estado Democrático de Direito brasileiro, não há atos estatais que se sobreponham ao domínio e à autoridade constitucional, nem há atividade estatal extraconstitucional, ainda que discricionária.

5) Ao controlar a constitucionalidade, a legalidade, a legitimidade, a juridicidade ou a regimentalidade dos atos parlamentares, o Poder Judiciário não tem o condão de substituir-se ao legislador para, em seu lugar, proceder à correção do comportamento viciado. Do escrutínio judicial resulta, no máximo, a possibilidade de anulação do ato parlamentar infringente do direito, nunca uma decisão sobre a sua conveniência ou oportunidade, substitutiva da opção ou da deliberação legislativa.

6) O exercício da competência judicial controladora jamais poderá manietar a liberdade decisória constitucionalmente outorgada ao Poder Legislativo. Pela conformação orgânico-funcional dos poderes do Estado brasileiro, ao Judiciário não foi atribuída competência governamental, de modo que se poderia sustentar a existência de uma reserva de poder político judicialmente incontrastável. Isso, no entanto, frise-se com todas as letras, não implica dizer que há atos insindicáveis, imunes à jurisdição. O ser vedado aos órgãos judiciários verificar se o conteúdo da ordem do dia da Câmara dos Deputados atende ou não ao interesse público, por exemplo, não significa que o ato do presidente daquela casa, que designa ou modifica a pauta de votação ao arrepio das regras contidas no regimento, não seja suscetível de fiscalização judicial. Da mesma forma, se uma proposição legislativa não acompanhada dos pareceres das comissões a que foi distribuída entrar na ordem do dia (e isso é defeso pelo art. 86, § 3º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), é lícito provocar a intervenção do Poder Judiciário, a fim de anular tal ato. Contudo, atendidas todas as formalidades regimentais, se o presidente da Câmara organiza a ordem do dia visando a deliberar exclusivamente sobre assuntos afetos aos interesses das instituições financeiras em detrimento de matérias ligadas a programas de assistência social, o Poder Judiciário, diante de um pleito da oposição, não terá competência para censurar a decisão legislativa, não por ela ser *interna corporis*, mas por dizer respeito a uma competência constitucionalmente reservada com exclusividade ao Poder Legislativo. Em geral, nada o obriga a votar tal ou qual matéria em lugar de outra.

7) A tutela judicial das minorias parlamentares é confirmada pela previsão constitucional do cabimento, perante o Supremo Tribunal Federal, de mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 102, I, “d”). Tal regra, no entanto, é meramente indicativa da competência daquele tribunal, pois a Mesa do Congresso Nacional, os plenários das casas legislativas, as comissões e suas presidências também praticam atos parlamentares, que não podem escapar do controle por falta de previsão constitucional quanto ao órgão judiciário competente para processar e julgar mandados de segurança face a eles.

8) Interpretação regimental não é ato *interna corporis*, é atividade imane à aplicação de determinada norma jurídica, cujo conteúdo, significado e alcance devem ser revelados para que ela incida num caso concreto. Ao

controlar a atividade dita *interna corporis* do Poder Legislativo – tal como acontece com a fiscalização de ato jurídico público praticado por qualquer outro órgão estatal –, o Judiciário também interpreta normas jurídicas (no caso, os dispositivos dos regimentos), a fim de verificar a legitimidade da atuação parlamentar. Ao fazê-lo, não usurpa competência exclusiva do legislador, apenas extrai o sentido dos preceitos regimentais, para aplicá-los, dirimindo, assim, um conflito de interesses como outro qualquer.

9) A insindicabilidade judicial dos atos parlamentares puramente regimentais não tem qualquer fundamento constitucional. Aliás, admitir-se a existência de comportamentos do legislador isentos de controle seria o mesmo que aceitar a soberania do Poder Legislativo e enjeitar, com todas as suas nefastas implicações, a supremacia da Constituição, porque os seus dispositivos – principalmente os endereçados ao próprio parlamento – poderiam ser legitimamente descumpridos pela inserção de normas inconstitucionais nos regimentos das casas legislativas.

6 Bibliografia

ABELLÁN, Ángel Manuel. *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1992.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1982.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ALONSO DE ANTONIO, José Antonio; ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis. *Derecho parlamentario*. Barcelona: Bosch, 2000.

ARNOLD, Rainer. Consideraciones generales sobre los reglamentos internos del parlamento en el derecho alemán. In: CORONA FERRERO, Jesús M., SANZ PÉREZ, Ángel L.; SOUTO GALVÁN, Marta (Coords.). *El reglamento parlamentario: propuestas de reforma*. Santander: Parlamento de Cantabria, 2000. p. 37-57.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean. *Droit parlementaire*. 3. éd. Paris: Monchrestien, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controles do poder político. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 11, p. 59-67, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 83, p. 141-214, jul./set. 1984.

_____. Teoria geral dos atos parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 21, n. 81, p. 259-322, jan./mar. 1984.

BARILE, Paolo et al. *Istituzioni di diritto pubblico*. 7. ed. Padova: Cedam, 1995.

BARRETO, Rômulo Paes. O veto nas repúblicas presidencialistas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 103, p. 47-66, jul./set. 1989.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933.

BIDART CAMPOS, Germán José. *Teoria del Estado: los temas de la ciencia política*. Buenos Aires: Ediar, 1991.

BERLÍN VALENZUELA, Francisco. *Derecho parlamentario*. 1. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. O Poder Legislativo no moderno Estado social. In: _____. *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 21-42.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 83-97.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1-2.

CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONI, Giuliana Giuseppina. *Alla ricerca de uno statuto per l'opposizione parlamentare*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

CARVALHO, João Soares. *Antecedentes da história parlamentar britânica*. Lisboa: Livros Horizonte, 1989.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CERASE, Marco. *Opposizione política e regolamenti parlamentari*. Milano: Giuffrè, 2005.

CHASTENET, Jacques. *El Parlamento de Inglaterra*. Buenos Aires: Argos, 1947.

CICCONETTI, Stefano Maria. *Diritto parlamentare*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1978. v. 2.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. Veto e técnica legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 18, n. 72, p. 59-80, out./dez. 1981.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DICKMANN, Renzo. Autonomia e capacità negoziale degli organi costituzionali. L'esperienza delle assemblee parlamentari. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, p. 399-430, 1997.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnocracias*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

_____. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 5. ed. Barcelona: Ariel, Esplugues de Llobregat, 1970.

_____. *Les régimes politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1961.

_____. *Os partidos políticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

ERAÑA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *La protección constitucional de las minorías parlamentarias*. México: Porrúa, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORONA FERRERO, Jesús M., SANZ PÉREZ, Ángel L.; SOUTO GALVÁN, Marta (Coords.). *El reglamento parlamentario: propuestas de reforma*. Santander: Parlamento de Cantabria, 2000.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

GALEOTTI, Serio. *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*. Milão: Giuffrè, 1957.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA PECHUÁN, Mariano. *El derecho de autoorganización parlamentaria en el sistema de fuentes del derecho*. Valencia: Corts Valencianes, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

GAROFOLI, Roberto. Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte Costituzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, p. 665-718, 1997.

GARRIGUES, Jean et al. *Histoire du Parlement: de 1789 à nos jours*. Paris: Armand Colin, 2007.

GENTILE, Jorge H. *Derecho parlamentario argentino*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

HONORATI, Maria Luisa Mazzoni. *Lezioni di diritto parlamentare*. Torino: G. Giappichelli, 1991.

JEFFERSON, Thomas. *Um manual de práticas parlamentares: para uso do Senado dos Estados Unidos*. Tradução de Cláudia Pacheco de Oliveira. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2006.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução dos originais em alemão de Vera Barkow; dos originais em inglês de Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LANGROD, Georges. *O processo legislativo na Europa Ocidental*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. 4. reimpr. Barcelona: Ariel, 1986.

LONGI, Vincenzo. *Elementi di diritto e procedura parlamentare*. Milano: Giuffrè, 1978.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; GRAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAJONE, Giandomenico. *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MANGABEIRA, João. A organização do Poder Legislativo nas Constituições republicanas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 145, p. 9-17, jan./fev. 1953.

MANZELLA, Andrea. Diritto parlamentare e regolamenti delle camere nel quadro costituzionale. In: JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, 1., 1984, Madrid. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985. v. 1, p. 21-34.

_____. *Il parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1977.

MARINHO, Josaphat. A função de controle do Congresso Nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 53, p. 17-38, jan./mar. 1977.

_____. Caminhos e limitações do Legislativo. *Revista de Direito Público*, v. 4, n. 15 p. 53-57, jan./mar. 1971.

_____. Crise e perspectivas do Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 20, n. 79, p. 109-122, jul./set., 1983.

MARTÍNEZ ELIPE, León. Dimensionalidad del derecho y concepto del derecho parlamentario. In: JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, 1., 1984, Madrid. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985. v. 2, p. 413-430.

_____. Fuentes del derecho y del ordenamiento jurídico parlamentario. In: JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, 1., 1984, Madrid. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985. v. 2, p. 431-503.

MELLO FILHO, José Celso de. Aspectos da elaboração legislativa. *Justitia*, São Paulo, v. 42, n. 108, p. 58-62, jan./mar. 1980.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*. 3. ed. São Paulo: IBRASA, 1983.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 5.

_____. O veto no direito português. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 7-22, out./dez. 1996.

MIRANDA, Jorge (Org.). *Textos históricos do direito constitucional*. Organização e tradução de Jorge Miranda. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1990.

MOHRHOFF, Federico. *Trattato di diritto e procedura parlamentare*. Roma: Giovanni Bardi, 1948.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MONTILLA MARTOS, José Antonio. *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

MOREIRA, Maria João Caramelo. A natureza jurídica do regimento parlamentar. In: MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de (Coord.). *Estudos de direito parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997. p. 9-62.

MOURA, Francinira Macedo de. *Direito parlamentar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.

MURO, Ignacio Torres. El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, n. 43, p. 51-71, enero-abril 1995.

NAVAS CASTILLO, Antonia. *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*. Madrid: Colex, 2000.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PACTET, Pierre. *Institutions politiques, droit constitutionnel*. 10. éd. Paris: Masson, 1991.

PASQUINO, Gianfranco. *La oposición*. Madrid: Alianza, 1995.

PAUPÉRIO, A. Machado. Relações entre os Poderes Legislativo e Executivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 67, p. 111-118, jul./set. 1980.

PENNA, Affonso. *Manual do Senador*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

PEREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del derecho*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1984.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

_____. A separação dos poderes na Constituição de 76: alguns aspectos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987. p. 145- 174.

PIERRE, Eugène. *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*. Paris: Librairies-Imprimeries Réunies, 1893.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Tradução de Javier Jimenez Campo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 3.

PUNSET, Ramón. *Estudios parlamentarios*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

RAMOS, João. *A iniciativa legislativa parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2005.

REQUEJO, Paloma. *Democracia parlamentaria y principio minoritario*. Barcelona: Ariel, 2000.

ROMANO, Santi. *Scritti minori*. Milano: Giuffrè, 1950.

ROSA, Mauro Andrade. O veto nos Estados presidencialistas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 23, n. 89, p. 139-168, jan./mar. 1986.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. *Las minorías en la estructura parlamentaria*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Inconstitucionalidade de lei por violação do devido processo legislativo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 59/60, p. 87-106, jan./dez. 2004.

_____. Jurisdição de controle do processo de emenda constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, p. 199-237, jan./dez. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TOSI, Silvano; MANNINO, Armando. *Diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè, 1999.

TOVAR, Orlando. *Derecho parlamentario*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1973.

MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General, 2005.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atuação do Poder Judiciário: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, Secretaria-Geral da Mesa, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

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

INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS: A REGRA DA “RESERVA DE PLENÁRIO”¹

Rodrigo Barioni²

Sumário: 1 Noções gerais sobre o controle da constitucionalidade. 2 A norma do artigo 97 da Constituição Federal. 3 O procedimento para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. 3.1 Legitimidade para arguir a inconstitucionalidade. 3.2 O objeto da arguição de inconstitucionalidade. 3.3 A deliberação do órgão fracionário sobre a arguição de inconstitucionalidade. 3.4 O trâmite do incidente de declaração de inconstitucionalidade. 3.5 O julgamento do incidente de inconstitucionalidade. 4 Exceções à regra da “reserva de plenário”. 5 Incidente de inconstitucionalidade e meios de impugnação. 6 Referências.

1 Noções gerais sobre o controle da constitucionalidade

A estrutura do direito constitucional brasileiro sobreleva o *status* originário hierarquicamente superior das normas constitucionais, decorrente do sistema de Constituição rígida adotado pelo Brasil. A formação da lei fundamental do Estado confere a seus preceitos natureza especial, cuja validade e eficácia não podem ser derogadas ou revogadas por preceitos de hierarquia inferior.³

¹ Texto escrito em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.

² Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP (COGEAE) e da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP.

³ A esse respeito, ensina Paulo Bonavides: “As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.” (*Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 267).

Dessa organização do direito constitucional exsurge a necessidade de criação de instrumentos para a proteção da Carta Magna frente aos atos inconstitucionais do Poder Público ou preceitos normativos a ela inferiores (leis, portarias, regulamentos etc.). O controle da constitucionalidade é atribuído ao Poder Judiciário, que o exerce por meio de dois mecanismos: *controle concentrado* e *controle difuso*. No primeiro, o controle da constitucionalidade é restrito ao órgão de cúpula do Poder Judiciário ou a um órgão especializado (Corte Constitucional), com a exclusão de qualquer outro⁴. No *controle difuso*, por sua vez, autoriza-se qualquer órgão do Poder Judiciário a fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público nos casos concretos que lhe são submetidos.⁵

O controle concentrado da constitucionalidade é desempenhado, no direito brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, a quem compete processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal (art. 102, I, “a”, da CF). Se a lei ou ato normativo estadual ou municipal violar norma da Constituição Estadual, atribui-se ao respectivo Tribunal de Justiça da Federação o controle concentrado da constitucionalidade estadual (art. 125, § 2º, da CF)⁶. A finalidade do controle concentrado é extirpar do ordenamento jurídico os atos normativos inconstitucionais ou, no caso da ação declaratória de constitucionalidade, afirmar, com efeito *erga omnes*, a validade de determinado preceito a partir do prisma constitucional. Nessa modalidade de controle da constitucionalidade, a legitimidade para a propositura da demanda é reservada a determinadas pessoas relacionadas pela própria Carta da República⁷. A outorga da competência ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e a restrição da legitimidade são perfeitamente justificáveis, diante da repercussão do julgamento proferido no controle concentrado.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000]. p. 869.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 51.

⁶ Não há, no sistema brasileiro, controle concentrado da constitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Federal. Nesse caso, o controle é realizado exclusivamente pela via difusa.

⁷ Anota José Afonso da Silva que algumas legislações estrangeiras autorizam o controle concentrado da constitucionalidade por iniciativa do juiz (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 52).

Embora a vigente Carta da República tenha privilegiado o modelo de controle concentrado da constitucionalidade, com o manejo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade⁸, ainda se verifica grande destaque para o controle difuso, renovado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, que dispôs sobre a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-A), justamente para os casos em que a Corte Suprema não exerce o controle da constitucionalidade de modo concentrado.

O controle difuso é conferido de maneira geral a todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive ao Supremo Tribunal Federal, e autoriza qualquer interessado a invocar a inconstitucionalidade por meio de ação ou defesa. É lícito ao juiz, até mesmo sem alegação das partes, recusar a aplicação de determinada norma jurídica por considerá-la inconstitucional. Porém, diversamente do que ocorre no controle concentrado, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade não elimina do ordenamento jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. A decisão gera efeitos apenas *inter partes*, regulando o caso concreto submetido a julgamento; outros casos, ainda que faticamente semelhantes àquele em que ocorreu a declaração de inconstitucionalidade, ficam alheios aos efeitos dessa decisão proferida em sede de controle difuso.

2 A norma do artigo 97 da Constituição Federal

Conquanto o critério difuso de controle permita, como regra geral, a todos os órgãos do Poder Judiciário deliberar sobre a constitucionalidade de normas jurídicas, a Carta da República estabelece a necessidade de *quorum* qualificado nos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Trata-se da denominada “reserva de plenário” ou *full bench*, contemplada no artigo 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade de lei. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional, 1998. p. 252.

Em decorrência da “reserva de plenário”, tem-se que a declaração da inconstitucionalidade constitui matéria privativa do plenário ou órgão especial que represente a integralidade dos membros do tribunal. Se o recurso ou a ação originária for da competência de um órgão fracionário do tribunal (turma, câmara, seção, grupo de câmaras etc.), uma vez constatada a existência de norma ou ato normativo inconstitucional, deverá o órgão fracionário dar início ao incidente de declaração de inconstitucionalidade, a fim de que a matéria constitucional seja alçada ao plenário para deliberação. O pronunciamento da inconstitucionalidade realizado por órgão fracionário, sem submeter a matéria à deliberação do plenário ou do órgão especial, é causa de nulidade da decisão por *error in procedendo*. Apenas nos casos previstos no artigo 481 do Código de Processo Civil, que adiante serão analisados (ver *infra* n. 4), se permite ao órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade sem observar o regime da “reserva de plenário”.

O preceito do artigo 97 da Constituição Federal está dirigido aos tribunais, sendo inaplicável aos órgãos de primeiro grau de jurisdição, que têm competência para, no exercício do controle difuso, declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, independentemente de haver posição firmada pelo plenário do tribunal a que estão vinculados⁹. Da mesma maneira, o colégio recursal dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/95) e a turma recursal dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), por não constituírem órgão fracionário de tribunal, prescindem do procedimento do *full bench* para a declaração de inconstitucionalidade.¹⁰

Assinale-se que a regra da “reserva de plenário” cinge-se à hipótese de o órgão fracionário formular juízo positivo quanto à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Vale dizer: para repelir-se a alegação de inconstitucionalidade de determinado preceito normativo, o órgão fracionário goza de autonomia, sendo, por isso, dispensável a

⁹ Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal: “A norma inscrita no artigo 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253)”. (STF – HC n. 69.921/MS, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU, de 26.03.1993). Em igual sentido: JSTJ 14/143.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, n. 30, p. 40.

manifestação do plenário¹¹. Aliás, pouco viável seria adotar-se solução diversa, porquanto milita em favor da lei a presunção de constitucionalidade¹², cujo desfazimento exige o pronunciamento da maioria absoluta do órgão máximo do tribunal.

Estão sujeitas à regra do artigo 97 da Constituição Federal não apenas as decisões que visem a declarar a desconformidade de preceito normativo em relação à Carta da República, mas também as que decretam a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo municipal ou estadual em face da Constituição Estadual.¹³

Além de prescrever que a declaração de inconstitucionalidade deve ser realizada pelo plenário (ou pelo órgão especial) do tribunal, a Constituição Federal estabelece *quorum* especial para a votação da matéria: será necessário que a “maioria absoluta” dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial julgue pela inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Entende-se por maioria absoluta os votos da metade mais um da integralidade dos membros do plenário ou do órgão especial, e não apenas dos presentes à sessão de julgamento.

Não se faz necessária a presença de todos os integrantes do tribunal ou do órgão especial para que seja julgado o incidente de inconstitucionalidade. O aspecto relevante é que a maioria absoluta dos membros decida pela inconstitucionalidade do preceito normativo.¹⁴

A regra do *full bench* não impede, contudo, a concessão de medida urgente pelo relator, mesmo que afaste provisoriamente a incidência de determinada norma jurídica, por considerá-la inconstitucional. Prevalece, nesse caso, o interesse maior de preservação do direito tido por violado,

¹¹ No regime da Constituição Federal anterior, esse entendimento era prestigiado no Supremo Tribunal Federal, conforme se vê em julgado inserido na *RTJ* 98/877. Essa posição foi ratificada após a promulgação da vigente Carta da República, no julgamento do AgR RE n. 158.939 (*RTJ* 171/969). No mesmo sentido: STF – AgR RE n. 433.806, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 01.04.2005.

¹² SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 55.

¹³ *RTJ* 135/297.

¹⁴ *RTJ* 11/393.

ainda que em cognição sumária¹⁵. É de bom alvitre, contudo, que a decisão do relator seja referendada pelo plenário (ou pelo órgão especial).

3 O procedimento para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais

Os contornos gerais do procedimento de declaração de inconstitucionalidade pelo plenário (ou pelo órgão especial) estão regulados na Carta Constitucional (art. 97) e no Código de Processo Civil (arts. 480 a 482). A essas regras devem ser acrescidas as normas previstas no regimento interno do tribunal em que se processa o incidente de inconstitucionalidade, a especificar de maneira mais pormenorizada as formalidades a serem seguidas para o julgamento do plenário ou do órgão especial. Veda-se ao regimento interno, contudo, desconsiderar as normas constitucional e legais que regulam a matéria, prevalecendo, em caso de conflito, a norma de hierarquia mais elevada.

O procedimento do incidente de inconstitucionalidade pode ser dividido em duas etapas distintas. Em princípio, verifica-se a fase da “arguição” da inconstitucionalidade, que findará com o pronunciamento do órgão fracionário acolhendo a alegação de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo ou a rejeitando. Encerrada a primeira etapa com o acolhimento da arguição, encaminha-se a *quaestio iuris* ao plenário ou órgão especial, para que seja instaurado o incidente de declaração de inconstitucionalidade e proferida a decisão que declare (ou não) a inconstitucionalidade do preceito normativo.

3.1 Legitimidade para arguir a inconstitucionalidade

O ponto inicial a ser examinado diz respeito à legitimidade para suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

Reconhece-se legitimidade às partes para arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (incluindo-se, por óbvio,

¹⁵ Em igual sentido: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. n. 3.1, p. 57.

os litisconsortes), assim como aos partícipes que ingressaram no feito em uma das figuras de intervenção de terceiros. Assim, *v.g.*, podem arguir a inconstitucionalidade o assistente, simples ou litisconsorcial, o denunciado da lide, o chamado ao processo etc. Outorga-se ao Ministério Público, igualmente, legitimidade para a arguição da inconstitucionalidade, quando atuar como parte ou *custos legis*.

Registra Barbosa Moreira, ainda, que a arguição poderá ser feita até mesmo por atuação oficiosa, “pelo relator, pelo revisor, se houver, ou por qualquer dos juízes componentes do órgão”.¹⁶

Admite-se a arguição da inconstitucionalidade por escrito, na petição inicial da ação de competência originária, em contestação, nas razões de interposição do recurso, em contrarrazões, ou em simples petição na qual se aponte a incompatibilidade entre o preceito normativo e a Carta Magna. Poderá ser suscitada, igualmente, nos embargos infringentes¹⁷ ou sem sede de embargos de declaração, que exercem papel fundamental, inclusive para fins de prequestionamento das matérias constitucional e federal¹⁸. É permitida a arguição da inconstitucionalidade, ainda, em sustentação oral ou na seção de julgamento, enquanto não pronunciado o resultado pelo presidente do órgão julgador.¹⁹

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 27, p. 37.

¹⁷ Nesse sentido é a redação do parágrafo 2º do artigo 778 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A arguição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, a ser dirimida pelo Órgão Especial, poderá ser suscitada nos embargos infringentes, assim no cível como no crime.”

¹⁸ Sobre o assunto, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça: “Caracteriza negativa de prestação jurisdicional a recusa do Tribunal de origem, provocado por embargos de declaração, a emitir juízo sobre a questão da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário, salvo na adoção de entendimento firmado pelo Plenário do mesmo Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal, com a correlata exigência de arguição do incidente disciplinado pelos artigos 97 da Constituição Federal e 480 a 482 do Código de Processo Civil. Tal omissão afronta o comando posto no artigo 535, II, do Código de Processo Civil, além de obstaculizar indevidamente o acesso da parte às instâncias extraordinárias, pela falta do necessário prequestionamento das questões jurídicas, razões pelas quais deve ser reconhecida a nulidade do acórdão.” (STJ – REsp 514437/RJ, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU, de 28.10.2003).

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 6, n. 4, p. 62.

3.2 O objeto da arguição de inconstitucionalidade

A norma do artigo 97 da Carta Magna faz referência à declaração de inconstitucionalidade de “lei ou ato normativo do Poder Público”. O conceito estende-se não apenas às leis em sentido material, mas a qualquer preceito normativo expedido pelo Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário acoimado de inconstitucional. Assim, incluem-se leis ordinárias e complementares, emendas constitucionais, resoluções, decretos, portarias, medidas provisórias, normas de regimentos internos dos tribunais etc.²⁰. O aspecto nuclear é tratar-se de “ato normativo”, emanado do Poder Público, pois a alegação de inconstitucionalidade de atos normativos praticados por particulares (v.g., regras estatuídas no contrato social de determinada sociedade) estão fora do alcance do artigo 97 da Carta da República.

Tanto a inconstitucionalidade formal, por inobservância da competência, procedimento ou formalidades estabelecidos na Constituição para editar a norma, quanto a inconstitucionalidade material, concernente à contradição entre o que estabelece a Constituição e o teor do ato normativo, estão sujeitas à “reserva de plenário” para sua declaração.

Advirta-se, contudo, que a aplicação do artigo 97 da Constituição Federal dispensa a expressa *declaração* de inconstitucionalidade de preceito legal ou de ato normativo. Se o órgão fracionário afastar a aplicação de determinada norma, por considerá-la contrária à Constituição, obrigatoriamente deve encaminhar a solução da matéria ao pronunciamento do plenário ou do órgão especial²¹. Diversa será a situação se o órgão fracionário deixar de aplicar determinada norma ao caso concreto, em virtude de interpretação da legislação infraconstitucional.²²

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 26, p. 36; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 6, n. 3, p. 60-61.

²¹ Nesse sentido: *RTJ* 190/396. Em sentido contrário posicionou-se a 5ª Câmara do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, *verbis*: “Quando o juiz, em qualquer grau de jurisdição, deixa de aplicar, incidentalmente, no caso concreto, dispositivos de lei que contrariam a Constituição Federal, dá prevalência a esta, no exercício normal da jurisdição, observando a hierarquia das leis, não havendo que se falar em necessidade de declaração de inconstitucionalidade a que se referem o artigo 97 da Constituição Federal e os artigos 480 e 482 do Código de Processo Civil.” (*JTAC-Lex* 194/585).

²² Nesse sentido: STJ – REsp n. 749.984/RS, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU*, de 26.09.2005; STJ – REsp n. 707.523/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJU*, de 20.06.2005; STJ – REsp n. 608.995/RS, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, *DJU*, de 31.05.2004.

Na hipótese de ser alegada a não recepção de determinada norma pela Constituição da República, não se aplica a regra da “reserva de plenário”, pois trata-se de revogação de lei, e não de inconstitucionalidade propriamente dita²³. Da mesma forma, se suceder a violação de lei ordinária ou de lei complementar por norma de hierarquia inferior, caberá exclusivamente ao órgão fracionário declará-la, e não ao plenário. Entende-se, nesse caso, que o problema se resolve pela interpretação do direito infraconstitucional, com aplicação do princípio da hierarquia das leis.²⁴

3.3 A deliberação do órgão fracionário sobre a arguição de inconstitucionalidade

Uma vez arguida a existência de vício de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, cumpre ao relator, ouvido o Ministério Público, submeter a matéria à deliberação do órgão fracionário sobre a instauração do incidente de inconstitucionalidade (art. 480 do CPC), sobrestando o trâmite do recurso ou causa originária.

A verificação de que determinada norma é inquinada de inconstitucionalidade não transfere, por si só, a competência do julgamento do tema para o plenário. O órgão fracionário deve previamente apreciar o assunto,

²³ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Nota 4 ao art. 97 da CF, p. 33. Anotam os referidos autores diversos acórdãos no mesmo sentido: *RTJ* 95/993, 110/1.094, 124/415; *RSTJ* 47/120; *RDA* 138/116, 188/215. Essa fórmula é consagrada expressamente em alguns regimentos, como, por exemplo, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “Artigo 177 - Se a lei ou ato normativo do Poder Público, de cuja inconstitucionalidade se argui, corresponder a norma infraconstitucional não recepcionada por Constituição superveniente, em razão de com ela se incompatibilizar, não se submeterá o feito a Plenário como arguição de inconstitucionalidade”.

²⁴ “Processual civil e tributário. Embargos de declaração. Recurso especial. Cofins. Isenção. Sociedades civis prestadoras de serviços. Confronto entre leis ordinária e complementar. I - Se o recurso especial é analisado apenas pela ótica do confronto de leis, uma ordinária e outra complementar, não se está discutindo diretamente matéria constitucional, embora se reconheça que, por via reflexa, chega-se à Constituição Federal, mas tal julgamento não ultrapassa o exame infraconstitucional de matéria. II - Não há violação ao artigo 97 da Constituição Federal, porquanto não foi declarada a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a decisão a concluir pela prevalência da norma superior, no caso a lei complementar, sendo dispensável, portanto, a remessa do feito à Corte Especial por não estar a espécie subsumida à hipótese do inciso IX do artigo 11 do RISTJ. III - ‘O confronto da lei ordinária com o CTN é constitucional apenas por via reflexa, o que enseja recurso especial.’ (EREsp n. 226.062/SC, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU*, de 05.02.2001, p. 90). IV - Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.” (STJ – ED AgR REsp n. 460975/PR, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJU*, de 03.05.2004).

podendo rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, em virtude de *inadmissibilidade* ou de *improcedência*²⁵. Inadmissível será a arguição que não trate de “inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público” ou cuja suposta inconstitucionalidade não tenha relação de prejudicialidade²⁶ com o processo a ser decidido pelo órgão fracionário. Para que seja instaurado o incidente, a declaração de inconstitucionalidade tem de influir no resultado do julgamento, pois se não tiver pertinência com a questão de fundo submetida à apreciação do tribunal, será destituída de relevância para ser decidida pelo plenário (ou pelo órgão especial). Assim, deve ser rejeitada por inadmissibilidade, se a invocação de inconstitucionalidade consistir, na verdade, em arguição de *ilegalidade* de um ato normativo. De outra parte, será improcedente a arguição quando repelida pelo órgão fracionário a existência do vício de inconstitucionalidade. Nesse caso, o órgão fracionário declara a adequação entre o preceito normativo atacado e as disposições constitucionais, dispensando a instauração do incidente.

Porém, é de se lembrar que, mesmo nos casos em que a instauração do incidente de inconstitucionalidade deva ser afastada pelo órgão fracionário, em razão da inadmissibilidade ou da improcedência da arguição, compete ao relator previamente abrir vista ao Ministério Público, antes da questão ser levada a julgamento.²⁷

Rejeitada a arguição de inconstitucionalidade, o procedimento concernente ao julgamento do recurso ou causa de competência originária será retomado, como se não tivesse surgido o problema da inconstitucionalidade (art. 481, *caput*, primeira parte, do CPC). Permite-se ao órgão fracionário, inclusive, prosseguir com o julgamento na mesma sessão.²⁸

²⁵ Conforme a classificação de José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 31, p. 41).

²⁶ De acordo com o conceito de Barbosa Moreira, a denominação *prejudiciais* aplica-se “às questões cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões” (Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n. 16, p. 173, 1967).

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 31, p. 41; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de processo civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1.457.

²⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6, p. 273.

A decisão do órgão fracionário sobre a arguição de inconstitucionalidade será tomada pela maioria dos membros que participam do julgamento da causa ou recurso. Ao relator não é permitido resolver unipessoalmente a arguição, quer para acolhê-la, quer para rejeitá-la. Se, porém, lhe for lícito julgar o próprio recurso ou causa em decisão monocrática (v.g., art. 557 do CPC), poderá fazê-lo, sem que tenha de remeter a questão da arguição de inconstitucionalidade ao órgão colegiado. Nesse caso, porém, é defeso declarar a inconstitucionalidade suscitada, exceto se se tratar de hipótese de dispensa do *full bench* (ver *infra* n. 4).

Apurada a inconstitucionalidade, deve-se proceder à lavratura do acórdão e, em seguida, determinar a remessa dos autos ao plenário ou do órgão especial (art. 481, *caput*, segunda parte, do CPC). O acolhimento da arguição pode ser total ou parcial. Quando parcialmente admitido o incidente de inconstitucionalidade, o plenário (ou órgão especial) fica vinculado aos limites traçados pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso analisar a parte da arguição de inconstitucionalidade que fora rejeitada²⁹. Assim, caso haja arguição de inconstitucionalidade dos incisos *x* e *y* de determinado artigo, e o órgão fracionário acolha a arguição de inconstitucionalidade somente em relação ao inciso *x*, não poderá o plenário reconhecer a inconstitucionalidade de ambos os incisos. Veja-se que a questão se resolve em virtude da competência atribuída aos órgãos do tribunal: o órgão fracionário é competente para rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, sendo que sua decisão não está sujeita a reexame pelo órgão especial. A indevida dispensa do incidente de inconstitucionalidade, inclusive se em burla à regra da “reserva de plenário”, somente pode ser corrigida por meio de recurso ou, conforme o caso, por ação rescisória (ver *infra* n. 5).³⁰

²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 31, p. 41. Em sentido contrário, anotava Pontes de Miranda: “Resta o problema do acolhimento parcial se o tribunal pleno, tendo recebido o acórdão e estando a deliberar sobre a questão, entende que, em vez de ser inconstitucional só a parte 1ª do artigo, ou só o inciso, ou frase, ou todo o artigo, ou mais do que aquilo a respeito do qual se acolheu a arguição é inconstitucional. Seria fazer-se demasiadamente dependente do que foi acolhido aquilo que o plenário vai desconstituir. Temos, pois, de admitir a eficácia do acolhimento além do que consta do acórdão, se a inconstitucionalidade é, segundo os princípios, extensiva a outras partes do texto.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 6, n. 6, p. 63).

³⁰ Decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (MS n. 93.01.28808-7, Pleno, rel. Juiz Nelson Gomes da Silva, *DJU*, de 01.08.1994) considerou cabível o uso de mandado de segurança contra decisão do relator que, ao indeferir liminarmente o mandado de segurança, declara a inconstitucionalidade de lei (AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, cit., n. 3.2, p. 67).

A decisão do órgão fracionário sobre a inconstitucionalidade, com a lavratura do respectivo acórdão, é procedimento antecedente e indispensável ao processamento do incidente de inconstitucionalidade pelo plenário ou pelo órgão especial³¹. O acórdão compreenderá apenas o tema constitucional relativo à inconstitucionalidade suscitada, com os motivos que conduziram o órgão fracionário a acolher a arguição, embora, como explica Barbosa Moreira, “não se trate, ainda, de *declarar inconstitucional* a lei ou o outro ato do poder público”³². A deliberação do órgão fracionário enseja apenas o encerramento da primeira etapa procedimental para a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal. O julgamento favorável do órgão fracionário em relação à arguição o impede de ingressar nas demais questões do feito, ainda que desvinculadas da questão constitucional submetida à deliberação do plenário (ou do órgão especial).

Nessa ordem de considerações, ocorre a cisão funcional da competência para o julgamento do recurso ou causa originária: ao plenário (ou ao órgão especial) competirá decidir a matéria prejudicial objeto do incidente de inconstitucionalidade, cuja decisão vinculará o órgão fracionário; ao órgão fracionário caberá a apreciação do recurso ou causa originária, observando obrigatoriamente a tese jurídica estabelecida na decisão proferida pelo plenário (ou pelo órgão especial).

3.4 O trâmite do incidente de declaração de inconstitucionalidade

Instaurado o incidente de inconstitucionalidade perante o plenário (ou órgão especial), o Código de Processo Civil prescreve que sejam remetidas a todos os integrantes cópias do acórdão proferido pelo órgão fracionário (art. 482, *caput*). Isso significa que, para o julgamento do incidente, prescinde-se dos autos, embora possam os magistrados solicitar seu envio, para que seja esclarecido determinado aspecto fático ou jurídico.

³¹ Ilegal, a nosso ver, o disposto no parágrafo 1º do artigo 172 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que dispensa a lavratura de acórdão pelo órgão fracionário, quando deliberada a remessa do feito ao julgamento do Órgão Especial.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 31, p. 41.

Alguns regimentos internos estabelecem regra diversa, ao preverem que os autos sejam remetidos ao plenário ou órgão especial, o que em nada prejudica a decisão sobre o incidente de inconstitucionalidade, desde que todos os integrantes recebam cópia do acórdão do órgão fracionário³³. Também não se vislumbra prejuízo ao andamento do processo principal, porque ele ficará suspenso até o julgamento do incidente de inconstitucionalidade.

Em seguida, determina o Código de Processo Civil que o presidente do tribunal designe sessão de julgamento do incidente (art. 482, *caput*). Contudo, pode suceder de o regimento interno do tribunal estabelecer a designação de relator para o processo, que poderá ser escolhido mediante sorteio dentre os integrantes do plenário ou órgão especial, ou ser designado o próprio relator do recurso ou causa em que surgiu a questão da inconstitucionalidade³⁴, ainda quando ele não seja membro do órgão que julgará o incidente.³⁵

Antes de formular o relatório, poderá o relator determinar a oitiva do Ministério Público³⁶. Embora a rigor já se tenha aberto ao Ministério Público oportunidade de opinar perante o órgão fracionário a respeito da

³³ A propósito, veja-se, exemplificativamente, o teor do artigo 209 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Sempre que os órgãos fracionários do Tribunal se inclinarem pela inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, determinarão a remessa do processo ao Órgão Especial.”

³⁴ Neste sentido estabelece o artigo 205 do Regimento Interno Tribunal de Justiça de São Paulo, na redação dada pelo Assento Regimental n. 358, de 20.08.2003: “Nas arguições de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público e nas uniformizações de jurisprudência entre seções do Tribunal, oficiará no Órgão Especial, como relator, independentemente de distribuição, o desembargador que, na mesma qualidade, tenha participado do julgamento em que se suscitou o incidente”. O referido dispositivo revogou implicitamente a regra antes vigente de sorteio do relator, prevista no parágrafo 2º do artigo 657 do Regimento Interno do mesmo Tribunal.

³⁵ Esta é a regra prevista no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: “O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno” (§ 3º do art. 200). Pode o regimento interno, contudo, regular de maneira diversa a matéria, como faz o Tribunal de Justiça do Paraná, no parágrafo 1º do artigo 207: “Quando o Relator da causa não integrar o Órgão Especial, o incidente será relatado por um dos participantes do julgamento, segundo a ordem decrescente de antiguidade; quando não, será distribuído entre os seus integrantes” (Redação conferida pela Resolução n. 10/2005, de 25.05.2005).

³⁶ Como, por exemplo, determina o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Artigo 210 - O Relator, que será o mesmo da causa ou recurso, mandará ouvir o Procurador-Geral de Justiça, com o prazo de dez (10) dias, após o que lançará relatório nos autos, determinando a distribuição de cópias deste, do acórdão e do parecer do Ministério Público aos demais componentes do Órgão Especial.”

inconstitucionalidade arguida, o parágrafo 1º do artigo 482 do Código de Processo Civil confere ensejo de nova manifestação desse órgão.

Poderão apresentar manifestação por escrito as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato impugnado. Anota Carlos Del Prá que, diversamente do que ocorre na ação declaratória de inconstitucionalidade, no incidente previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil, a intervenção das pessoas jurídicas de direito público é voluntária.³⁷

O parágrafo 2º do artigo 482 confere aos legitimados para a propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 103 da CF), outrossim, o direito de manifestarem-se por escrito sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo plenário ou órgão especial, no prazo estabelecido pelo regimento interno, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais e de pedir a juntada de documentos. O parágrafo 3º, a seu turno, abre ao relator oportunidade para admitir, por decisão irrecorrível, a intervenção de outros órgãos ou entidades, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Trata-se, em ambas as hipóteses, da intervenção do denominado *amicus curiae*, que atua para fornecer ao tribunal maiores elementos de convicção, sem vincular-se juridicamente ao interesse de uma das partes quanto à solução da matéria³⁸. O interveniente busca simplesmente auxiliar o tribunal na resolução da *quaestio iuris*.

O Código de Processo Civil não faz referência à possibilidade de manifestação das partes da causa originária no incidente de inconstitucionalidade. Pode-se inferir, por isso, que, em vista da natureza objetiva desse incidente para a declaração (ou não) da inconstitucionalidade de determinado preceito normativo, em grande parte assemelhada à ação declaratória de inconstitucionalidade, não haveria *partes*³⁹ e, portanto, seria inviável a participação daquelas que figuram no processo originário. Em outras

³⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *O amicus curiae no direito processual civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 81.

³⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, *O amicus curiae no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 82.

³⁹ No sentido de quem formula pedido ou contra quem o pedido é formulado.

palavras, como não se coloca em discussão o direito subjetivo da parte, mas apenas a tese jurídica de índole constitucional, a atividade do tribunal circunscreve-se a declarar ou não inconstitucional a norma impugnada. Diversa será a conclusão, porém, se analisado o incidente de inconstitucionalidade a partir do ângulo do contraditório. Se às partes é garantido o direito de expor, por todos os meios, os argumentos determinantes do caso, não se concebe que sejam alijadas desse direito no incidente processual, sem que haja lei que assim disponha expressamente.

Merece prestígio, a nosso ver, a solução que permite a efetiva atuação das partes no incidente de inconstitucionalidade. Deve-se reconhecer que, nada obstante o direito ao contraditório ínsito a todos os incidentes processuais, a decisão proferida no incidente de inconstitucionalidade, ao integrar o julgamento do recurso ou causa originária como solução da questão prejudicial, está sujeita às críticas da parte vencida, quando impugnada a decisão do recurso ou causa originária. Ao conferir às partes o direito de manifestação perante o plenário ou órgão especial, o debate é enriquecido com elementos que podem contribuir para o melhor resultado da *quaestio iuris* constitucional, mormente quando se trata de precedente cujo resultado pode elidir a instauração de novo procedimento incidental em casos idênticos (ver *infra* n. 4)⁴⁰. Assim, como corretamente preconiza José Levi Mello do Amaral Jr., no incidente de inconstitucionalidade, as partes tomam assento em situação análoga à do autor da ação direta de inconstitucionalidade e à do Advogado-Geral da União, que defende a norma impugnada (art. 103, § 3º, da CF).⁴¹

Na sessão de julgamento do incidente de inconstitucionalidade, será admissível a sustentação oral perante o plenário (ou órgão especial)⁴². É

⁴⁰ Em conferência proferida em 1998 no Curso de Direito Constitucional promovido pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, Gilmar Mendes Ferreira apregoava fórmula mais ampla: “Hoje, reconheço que, a rigor, todas as pessoas que têm um processo em situação semelhante deveriam poder habilitar-se no incidente que está a ser discutido no Pleno ou no órgão especial, porque, do contrário, não terá a oportunidade de mover uma mudança na orientação.” (O sistema de controle de constitucionalidade das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 244, set. 1999).

⁴¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, cit., n. 2.2, p. 47.

⁴² Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 352, p. 648. Alguns regimentos internos fazem menção expressa a essa possibilidade, como, v.g., o do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Artigo 466 - Nas arguições de inconstitucionalidade

irrelevante perquirir se o processo que originou o incidente comportaria sustentação oral: ela será sempre permitida na sessão de julgamento do incidente de inconstitucionalidade.

3.5 O julgamento do incidente de inconstitucionalidade

No julgamento do incidente de inconstitucionalidade, o plenário (ou órgão especial) limitará sua atividade àquilo que lhe foi reputado inconstitucional pelo órgão fracionário, de modo que as partes não acolhidas da arguição de inconstitucionalidade estão fora do alcance do julgamento do plenário (ver *retro* n. 3.3).

Respeitado o limite quanto ao objeto, atribui-se ampla competência ao plenário ou órgão especial para verificar a inconstitucionalidade ou não do dispositivo impugnado. Daí decorre a viabilidade do plenário declarar inconstitucional uma lei ou um ato normativo do Poder Público por fundamento diverso daquele invocado pelo órgão fracionário quando do acolhimento da arguição.⁴³

A decisão do plenário (ou do órgão especial) será tomada pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Advirta-se, porém, que o cômputo dos votos dos julgadores em relação à inconstitucionalidade deve ocorrer de forma qualitativa, tomando-se em consideração os votos que, *pelo mesmo fundamento*, acolham o incidente⁴⁴. Bem por isso, diz Barbosa Moreira que “se alguns dos votantes se pronunciam no sentido da inconstitucionalidade só pelo fundamento *x*, e outros só pelo fundamento *y*, não se podem somar os votos dos dois grupos para dar como atingida a maioria

submetidas ao Órgão Especial e nos incidentes de uniformização da jurisprudência, no âmbito das turmas especiais, será sempre admissível a sustentação oral”. Frise-se que nos processos de controle concentrado da constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, inclusive, a sustentação oral dos *amicii curiae*, por expressa determinação de norma regimental (art. 131, § 3º).

⁴³ A esse respeito, precisa é a lição de Barbosa Moreira: “A arguição pode ter-se fundado na alegada incompatibilidade entre a lei ou ato e a regra *x*, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro por incompatível com a regra *y*. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a arguição não constitui ‘pedido’ em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 35, p. 47).

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 35, p. 47.

necessária à declaração”⁴⁵. Para a declaração de inconstitucionalidade, a maioria absoluta dos membros do plenário (ou do órgão especial), ou seja, metade mais um dos integrantes, deve reconhecer a existência do vício por idêntico fundamento.

Proferidos os votos, o presidente procederá na forma do artigo 556 do Código de Processo Civil, designando o relator para a redação do acórdão ou, no caso de ser ele vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Após a publicação do acórdão, o órgão fracionário perante o qual foi suscitado o incidente será comunicado da decisão do plenário (ou do órgão especial), que passa a integrar o julgamento do próprio recurso ou causa originária, como solução da questão prejudicial.

O órgão fracionário retomará o julgamento do recurso ou causa originária, incumbindo-lhe observar o acórdão proferido no incidente de inconstitucionalidade. Não poderá afastar-se da premissa fixada naquela decisão: se foi declarado inconstitucional o preceito normativo, deve o órgão fracionário desconsiderá-lo no julgamento da causa; se a decisão for pela constitucionalidade da lei ou do ato normativo, cumpra-lhe dar vigência ao dispositivo e aplicá-lo à causa submetida a julgamento.

4 Exceções à regra da “reserva de plenário”

O parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil excepciona a obrigatoriedade do procedimento da “reserva de plenário”, ao preceituar que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

A redação do dispositivo merece uma observação preliminar: embora o texto tenha sido construído no imperativo – os órgãos fracionários *não submeterão* –, deve-se entender que a norma confere ao órgão fracionário uma *faculdade*: pode ou não encaminhar a matéria constitucional para deliberação do plenário (ou do órgão especial). Em outras palavras,

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 35, p. 47. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, n. 599, p. 609.

o dispositivo considera supérflua a instauração do incidente de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento do plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. Nem por isso fica vedada a remessa da matéria constitucional ao plenário ou órgão especial, especialmente quando houver novo fundamento invocado, que não fora objeto de discussão em anterior incidente de inconstitucionalidade.⁴⁶

A primeira hipótese de exclusão da regra da “reserva de plenário” diz respeito à preexistência de julgamento pelo plenário (ou pelo órgão especial) sobre o tema constitucional. Se o órgão fracionário estiver inclinado a declarar a inconstitucionalidade, poderá fazê-lo de forma autônoma, desde que o plenário, em julgamento anterior, tenha reconhecido a *inconstitucionalidade* da norma acoimada. Autoriza-se, assim, o órgão fracionário a aplicar o precedente em casos futuros, sem que haja necessidade de nova remessa ao plenário ou ao órgão especial, porquanto já preenchida a exigência contida no artigo 97 da Constituição Federal⁴⁷. Por outro lado, se o pronunciamento precedente do plenário for pela *constitucionalidade* da norma, não se permite ao órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade. Nessa hipótese, cumpre ao órgão fracionário optar por uma de duas soluções: suscitar a instauração do incidente de inconstitucionalidade, cujo processamento poderá ser recusado pelo plenário, por considerá-lo inútil⁴⁸; ou render-se à posição do órgão máximo do tribunal e declarar a constitucionalidade, para o que, aliás, é prescindível anterior pronunciamento do plenário (ou do órgão especial).

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 823; PORTO, Sérgio Gilberto, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, n. 4, p. 274.

⁴⁷ STF – RE n. 199.017/RS, 1ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, de 28.05.1999.

⁴⁸ O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais faz uso do termo “irrelevância” para designar as hipóteses em que o órgão especial pode dispensar o processamento do incidente de inconstitucionalidade, *verbis*: “Artigo 248 - Submetida a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público ao órgão a que tocar o conhecimento do processo, será a arguição levada ao julgamento da Corte Superior, se reconhecida a sua relevância. § 1º - A arguição será tida como irrelevante quando: I - já houver sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal; II - já houver sido decidida pela Corte Superior; III - for inequivocamente improcedente; IV - o julgamento, pelo órgão a que couber o conhecimento do processo em que se levantou a arguição, puder ser feito independentemente da questão constitucional.”

Para a configuração da hipótese legal de dispensa do *full bench*, é essencial que a *quaestio iuris* constitucional do precedente do plenário ou do órgão especial do tribunal seja rigorosamente idêntica à *quaestio iuris* a ser julgada pelo órgão fracionário⁴⁹. É de ser afastada a ideia de utilização do precedente a casos análogos, ou mesmo a casos idênticos, se o precedente é oriundo de outro tribunal, distinto do qual pertence o órgão fracionário. Exemplificativamente, não pode o órgão fracionário utilizar o precedente do plenário que declare inconstitucional a lei do Município de São Paulo, se o caso submetido a seu julgamento diz respeito à lei do Município de Piracicaba, ainda que ambas as leis tenham a mesma redação.

Convém advertir que a *decisão proferida em anterior incidente de inconstitucionalidade não vincula o órgão fracionário*, uma vez que não se reveste da autoridade da *res iudicata*. O órgão fracionário é livre para apreciar a *quaestio iuris* constitucional, mesmo que em sentido contrário ao entendimento firmado pelo plenário ou órgão especial. O único limite que se lhe impõe é a vedação de declarar, por si, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público. Daí por que é ilícita, e até mesmo inconstitucional, a regra regimental que vincula de maneira obrigatória a atuação do órgão fracionário à orientação do plenário, que não para o mesmo caso em que teve origem o incidente de inconstitucionalidade.⁵⁰

A segunda hipótese em que a lei prevê a declaração de inconstitucionalidade diretamente pelo órgão fracionário ocorre quando o plenário do Supremo Tribunal Federal houver apreciado a matéria e decidido pela inconstitucionalidade. Exige-se que a decisão tenha sido proferida pelo plenário da Suprema Corte, de forma que não se prestam à aplicação do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil as decisões proferidas pelas turmas e as decisões unipessoais dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. n. 10.2.1, p. 477.

⁵⁰ Assim, v.g., o artigo 151 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo afirmada pelo Plenário ou pela Corte Especial vinculará as Turmas e as Seções em hipóteses idênticas”; e o artigo 176 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pelo Plenário, aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário. Parágrafo único - Cessar-á a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.”

O ponto nuclear da interpretação desse dispositivo consiste em saber se para sua ocorrência bastará o pronunciamento em sede de controle difuso, ou se há necessidade da decisão do Supremo Tribunal Federal ser proferida na via concentrada.

Cumprido repelir, desde logo, a ideia da necessidade de o precedente que exclui a obrigatoriedade da “reserva de plenário” ser proferido em controle concentrado da constitucionalidade. Isso porque a decisão prolatada nessa sede produz efeitos *erga omnes* e vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (§ 2º do art. 102 da CF). Se todos os órgãos do Poder Judiciário já estão subordinados à decisão proferida em sede de controle concentrado, seria de total inutilidade prever uma regra, em grau infraconstitucional, para liberar o órgão fracionário de encaminhar ao plenário a questão constitucional, quando esse próprio órgão já estaria obrigado a observar a decisão do Supremo Tribunal Federal. Por isso mesmo, diz com razão Lenio Luiz Streck que o parágrafo único do artigo 481 somente adquire relevância se disser respeito a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito do controle difuso da constitucionalidade.⁵¹

O controle difuso, por sua vez, apresenta uma particularidade: a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal enseja a remessa de cópia da decisão ao Senado Federal, a fim de que ele suspenda a eficácia da lei declarada inconstitucional (art. 52, X, da CF). O Senado Federal pode determinar a suspensão da eficácia da norma, o que, na prática, gera efeitos *erga omnes* semelhantes ao controle concentrado; mas também lhe é permitido deixar de suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional, hipótese em que a norma declarada inconstitucional permanece gerando efeitos regularmente. Se a eficácia da norma não for suspensa pelo Senado Federal, permanece válida e eficaz no ordenamento jurídico, e, embora já tenha sido declarada inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, não se extrai do artigo 97 da Carta da República autorização para que se possa suprimir o *full bench*. Destaca Barbosa Moreira, com habitual propriedade, que “o plenário do Supremo Tribunal Federal e a maioria absoluta do tribunal julgador (ou de

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, cit., n. 10.2.1, p. 475.

seu órgão especial) são entidades perfeitamente distintas, e o texto constitucional não atribui ao primeiro o poder de suprir a falta do pronunciamento da segunda”⁵². Para que fosse dispensável o pronunciamento do plenário ou do órgão especial dos tribunais, ter-se-ia como imprescindível a suspensão da eficácia da norma pelo Senado Federal, exceto, evidentemente, quando o parágrafo único do artigo 481 for aplicado por órgão fracionário da própria Corte Suprema. Nessa linha de raciocínio, verifica-se mais uma vez a inutilidade do preceito contido no ordenamento processual, pois aqui também a eficácia da suspensão pelo Senado Federal é *erga omnes*, evidentemente sujeitando o órgão fracionário à sua observância.

Com a edição da Emenda Constitucional n. 45, inseriu-se na Carta da República a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 103-A). Também nesse caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida no controle difuso da constitucionalidade, será de observância compulsória, dispensando a aplicação do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil.

Conclui-se, assim, que o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, na parte em que concerne à dispensa do *full bench* em virtude de decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ou é inconstitucional, ou é absolutamente inútil. Em ambas as hipóteses, verifica-se a imprestabilidade da norma.

O Supremo Tribunal Federal, porém, tem preferido atenuar o rigor do artigo 97 da Constituição Federal, para considerar possível a aplicação do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida em controle difuso, independentemente da suspensão pelo Senado Federal⁵³. Ainda que a orientação abraçada pelo Supremo Tribunal Federal seja, do ponto de vista lógico, mais adequada – pois se é permitido ao órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade quando já houver decisão do plenário do próprio tribu-

⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. 33, p. 44.

⁵³ Interpretação que já era sedimentada antes mesmo da introdução do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil: *RTJ* 164/1093; *RT* 746/162; *AgR* AI n. 168149/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 2^a T., *DJU*, de 04.08.1995 (com vasta referência jurisprudencial).

nal, *a fortiori* admite-se que seja seguida a posição do plenário do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição –, os termos vazados pela Carta Magna não harmonizam com a solução preconizada pela jurisprudência da Corte Suprema. Apenas por meio de emenda constitucional que autorize ao órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em virtude de pronunciamento *incidenter tantum* do plenário do Supremo Tribunal Federal, será possível aderir a tal posição.

5 Incidente de inconstitucionalidade e meios de impugnação

Aspecto interessante concerne à impugnabilidade do acórdão proferido pelo plenário (ou pelo órgão especial), no julgamento de incidente de declaração de inconstitucionalidade. Conforme narra Moniz de Aragão, o Supremo Tribunal Federal considerava inicialmente recorrível a decisão da questão constitucional proferida pelo plenário, sob pena de preclusão⁵⁴. Essa orientação foi modificada a partir do julgamento do RMS n. 15.212⁵⁵, cujo entendimento se cristalizou ao longo do tempo e ensejou a edição da Súmula n. 513 da Corte Suprema: “A decisão que enseja a interposição do recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmara, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.”

Essa diretriz jurisprudencial tem prevalecido no ordenamento vigente, encerrando a ideia de que contra o acórdão do plenário (ou do órgão especial) que soluciona o incidente de inconstitucionalidade não cabe recurso, exceto embargos de declaração, a fim de ser esclarecido ponto obscuro, contraditório ou omissivo⁵⁶. Daí por que a impugnação deve dirigir-se con-

⁵⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, n. 83, p. 91, jul./set. 1996. Dentre os diversos julgados apontados pelo autor, ilustra-se a posição com a transcrição da seguinte ementa: “Matéria constitucional decidida pelo Pleno. Esgotando-se nela o mérito da questão, não se conhece, por intempestivo, do recurso ordinário interposto de decisão da Câmara, que apenas aplicou à espécie o decidido pelo Plenário, já então transitado em julgado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário não conhecido.” (RMS n. 14.674, 1ª Turma, rel. Min. Evandro Lins, DJU, de 30.03.1966).

⁵⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal, cit., p. 91.

⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, n. n. 37, p. 48. No regimento interno do Superior Tribunal de Justiça há previsão expressa de cabimento dos embargos de declaração aos acórdãos proferidos pela Corte Especial (art. 263).

tra a decisão proferida pelo órgão fracionário que completa o julgamento do caso concreto, posteriormente à solução do incidente pelo plenário (ou pelo órgão especial), ainda que o recurso se destine a atacar apenas a premissa constitucional fixada na decisão do incidente de inconstitucionalidade ou o procedimento adotado para solucionar o incidente.

Cumpre esclarecer, porém, que se, por um lado, a decisão que resolve o incidente de inconstitucionalidade vincula o órgão fracionário do processo em que se originou, por outro, pode servir de base para decisões de outros órgãos fracionários (parágrafo único do art. 481 do CPC). Resulta, com isso, que o órgão fracionário pode “aproveitar” a decisão do plenário relativa a outro processo e aplicá-la à mesma premissa para solucionar o caso de sua competência. Muitas vezes, ao assim proceder, o relator apenas menciona a existência da decisão do plenário, fornecendo os dados para localização do acórdão, mas deixa de trazer aos autos cópia do julgamento do incidente de inconstitucionalidade. Se qualquer das partes pretender a interposição de recurso extraordinário para a discussão da premissa constitucional, é indispensável colacionar aos autos cópia do acórdão do incidente de inconstitucionalidade julgado pelo plenário ou pelo órgão especial do tribunal de origem⁵⁷, o que pode ser feito pela via dos embargos de declaração.

Esse mesmo raciocínio prevalece em relação ao recurso extraordinário e ao agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória do recurso extraordinário: deve-se juntar aos autos cópia integral do julgamento proferido pelo plenário (ou pelo órgão especial) no julgamento de incidente de inconstitucionalidade, sob pena de não conhecimento.⁵⁸

De outra parte, a irrisignação poderá originar-se da inobservância pelo órgão fracionário da regra da “reserva de plenário”. O problema aqui não está relacionado à solução do incidente de inconstitucionalidade; trata-se, antes, da falta do procedimento incidente para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Considera-se essencial para que o Supremo Tribunal Federal reconheça a violação

⁵⁷ *RTJ* 190/396; STF – AgR AI n. 351.042, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 11.10.2002; STF – AgR RE n. 273.672, 1ª T., rel. Min. Ellen Gracie, *DJU*, de 27.09.2002.

⁵⁸ *RTJ* 175/764.

ao artigo 97 da Constituição, em sede de recurso extraordinário, que a matéria seja expressamente suscitada pelo recorrente⁵⁹. Assim, não será reconhecida a transgressão à regra da “reserva de plenário” se o recorrente, por exemplo, restringir sua alegação à constitucionalidade da lei declarada inconstitucional pelo órgão fracionário do tribunal, sem mencionar o vício procedimental de descumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federal.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça prevalece a tese de que o descumprimento do *full bench* contraria os artigos 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil, ensejando a desconstituição do acórdão do órgão fracionário e a determinação para que nova decisão seja proferida, em conformidade com a fórmula da “reserva de plenário”.⁶⁰

O trânsito em julgado da decisão do órgão fracionário que declara a inconstitucionalidade sem submeter a matéria ao *full bench* não fica imune ao ataque por meio de ação rescisória. Para o manejo desse instrumento processual, contudo, é indispensável que estejam preenchidos os requisitos formais previstos em lei: a) tratar-se de sentença de mérito trântita em julgado; b) invocação razoável de uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil; c) propositura dentro do prazo de dois anos (art. 495 do CPC).

Proferida a decisão pelo órgão fracionário em afronta ao preceito da “reserva de plenário”, configura-se a violação expressa ao artigo 97 da Constituição Federal e aos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, suficiente para satisfazer um dos requisitos da ação rescisória⁶¹. Todavia, a decisão rescindenda há de constituir “sentença de mérito”, sendo inviável discutir-se o vício surgido em decisão de outra natureza. Assim, portanto, se o órgão fracionário apenas julgar questão incidente, que não abranja o mérito da causa, vedado está o

⁵⁹ *RTJ* 190/396; RE n. 433806-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 01.04.2005.

⁶⁰ Neste sentido: REsp n. 770.490/SC, 1ª T., rel. Min. José Delgado, *DJU*, de 14.11.2005; REsp n. 734.309/RS, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJU*, de 22.08.2005; REsp n. 514.246/RJ, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU*, de 08.03.2004; REsp n. 291.090/DF, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJU*, de 08.04.2002; *JSTJ* 14/143.

⁶¹ A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha conhecido do recurso, consignou a correção do manejo da rescisória por violação a literal disposição de lei, por inobservância da regra da “reserva de plenário” (REsp n. 218.579/SE, rel. Min. Gilson Dipp).

uso da ação rescisória⁶². Por fim, o requisito do prazo bienal deve ser obrigatoriamente cumprido. A decisão que declara a inconstitucionalidade, em desobediência ao *full bench*, não é inexistente, apenas padece de vício que, se não arguido no prazo bienal da rescisória, é sanado pela coisa julgada material. Nem mesmo a posterior declaração de constitucionalidade do preceito pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado da constitucionalidade, autoriza a rescisão do julgado, se decorrido o prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão que haja declarado a inconstitucionalidade.⁶³

É igualmente lícito o uso da ação rescisória na hipótese inversa, isto é, para objetivar a desconstituição de acórdão proferido pelo órgão fracionário que tomou como premissa de decidir o julgado do plenário (ou do órgão especial). Nesse caso, dois pontos são essenciais: o primeiro, quanto ao objeto da ação rescisória; o segundo, quanto à competência para o processamento e julgamento da causa.

No caso de ter ocorrido o julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo plenário ou órgão especial, o objeto da rescisória será *sempre* o acórdão proferido pelo órgão fracionário. Essa afirmação deflui do fato de que o acórdão do incidente de inconstitucionalidade *integra* a decisão do órgão fracionário, como se parte dele fosse. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio desenvolvido pela Súmula n. 513 do Supremo Tribunal Federal.⁶⁴

⁶² Observa-se na jurisprudência constante flexibilização do rigor da regra do *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil, para admitir o manejo da ação rescisória contra decisões que não examinam o *meritum causae*. Contudo, as hipóteses em que se permite o ataque de decisões que não apreciam a lide são extremamente exíguas e compreendem situações excepcionalíssimas.

⁶³ Sobre o tema, confira-se judicioso parecer de Barbosa Moreira: Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental. Coisa julgada. Ação rescisória não proposta. Irrelevância de julgamentos posteriores do Supremo Tribunal Federal. In: *Direito aplicado II*: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 225 e ss., especialmente p. 234-239.

⁶⁴ O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo é expresso ao vedar a ação rescisória que tenha por objeto acórdão proferido pelo órgão especial: “Artigo 616 - Caberá ação rescisória de decisão de mérito transitada em julgado, proferida em matéria cível por juiz de primeiro grau, ou por órgão jurisdicional, singular ou colegiado, do Tribunal, nas previsões do artigo 485 do Código de Processo Civil. (...) § 2º - Não cabe ação rescisória, entre outros casos: (...) VII - contra acórdãos proferidos em dúvidas de competência, em conflitos de competência ou de atribuições, em incidentes de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.”

No que toca ao segundo item, tem-se que o julgamento da ação rescisória compete ao tribunal que proferiu a decisão rescindenda. O julgamento do incidente de inconstitucionalidade, porém, é subjetivamente complexo, porquanto a *quaestio iuris* prejudicial é julgada pelo plenário (ou pelo órgão especial), enquanto a lide propriamente dita é apreciada pelo órgão fracionário, tomando por base a decisão do incidente⁶⁵. Cumpre definir a quem deve ser atribuída a competência, dentro do tribunal, para processar e julgar a ação rescisória.

Quando há duas ou mais decisões sobre o *meritum causae* proferidas por tribunais distintos, que representem competências diversas para a propositura da ação rescisória, e se objective rescindir todos os julgados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência do tribunal de maior hierarquia para o julgamento de parte da rescisória é estendida às demais questões, por ele não julgadas anteriormente. É o que se denomina *competência por absorção*.⁶⁶

⁶⁵ Em consagrado estudo sobre o tema, Piero Calamandrei desenvolveu a ideia de sentença subjetivamente complexa a partir do fracionamento da função jurisdicional por diferentes órgãos, explicitando que “*si este fraccionamiento se realiza en sentido vertical, tendremos una pluralidad de sentencias simples; si este fraccionamiento se realiza en sentido horizontal, tendremos una única sentencia compleja*” (La sentencia subjetivamente compleja. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1961. p. 473). Com suporte nas lições do mestre italiano, José Frederico Marques estudou o tema em relação ao direito brasileiro e concluiu: “Existe sentença subjetivamente complexa nos casos em que se dá a cisão do objeto do juízo dentro de um mesmo tribunal, como acontece, v. *gratia*, na decisão pelo plenário da constitucionalidade de uma lei, e, pela Câmara ou Turma, das demais questões do litúgio.” (*Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 3, n. 854, p. 408-409).

⁶⁶ O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da AR n. 1.006: “Sendo o Supremo Tribunal Federal competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente” (rel. Min. Moreira Alves, j. 08.07.1977). Após o advento da Constituição Federal de 1988, manteve-se esse entendimento: “Ação rescisória de acórdão do Supremo Tribunal Federal: limites de sua competência para o julgamento. Alegações de ofensa ao parágrafo 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional n 1/69, e aos artigos 836, 896, 460, 461 e 492 da Consolidação das Leis do Trabalho. 1. Embora não conhecendo do recurso extraordinário, o acórdão do Supremo Tribunal Federal apreciou as questões constitucionais que lhe foram submetidas, considerando não caracterizada ofensa aos parágrafos 3º e 4º do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69. Compete-lhe, pois, originariamente, processar e julgar a ação rescisória de seu aresto (art. 102, I, ‘j’, da CF de 1988): Súmula 249. ‘Sendo o Supremo Tribunal Federal competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente’ (AR n. 1.006, Moreira Alves, 08.09.1977). Deve, pois, o Tribunal, no caso, examinar se houve, ou não, violação à coisa julgada e se foram, ou não, ofendidos os artigos 836, 460 e 492 da Consolidação das Leis do Trabalho.” (STF – AR n. 1.274-7, Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, DJU, de 20.06.1997).

Embora o plenário ou órgão especial não sejam, as mais das vezes, órgãos revisores das decisões do órgão fracionário, confere-se superioridade às atividades decisórias por eles praticadas, enquanto representantes da integralidade dos membros do tribunal. Tanto é verdade que os regimentos internos dos tribunais normalmente outorgam a competência para processar e julgar a ação rescisória a um órgão de maior amplitude que as câmaras ou as turmas. Tome-se como exemplo o Superior Tribunal de Justiça: as turmas não têm competência para processar e julgar ações rescisórias de seus julgados; essa incumbência cabe às seções (art. 12, II, do RISTJ); às seções também se confere competência para processar e julgar ações rescisórias de seus julgados (art. 12, II, do RISTJ); e ao órgão especial outorga-se competência para rescindir seus próprios julgados (art. 11, V, do RISTJ). Como bem observa Moniz de Aragão, “em nenhum caso é atribuída a órgão de hierarquia inferior a rescisão do julgado proferido por órgão de hierarquia superior”.⁶⁷

Diante desse quadro, melhor se ajusta ao sistema processual a outorga de competência ao plenário (ou ao órgão especial) para rescindir o julgado proferido pelo órgão fracionário, quando tenha sido cumprida a regra da “reserva de plenário” e seja pretendida modificação do entendimento da *quaestio iuris* constitucional⁶⁸. Assim, *v.g.*, quando um Estado da Federação pretender a desconstituição de acórdão que declarou inconstitucional a criação de determinado tributo, e cuja decisão sobre a questão constitucional tenha sido proferida no *full bench*, a competência para processar e julgar a ação rescisória será do plenário (ou do órgão especial).

Apenas quando a ação rescisória se restringir às partes do acórdão que não importem modificação do resultado da matéria constitucional, a competência não será do plenário (ou do órgão especial)⁶⁹. Exemplo: em

⁶⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal, cit., p. 93.

⁶⁸ Nas palavras de Moniz de Aragão: “Considerando ser: a) subjetivamente complexo o julgamento que, observado o disposto no artigo 97 da Constituição Federal, aprecia questão constitucional; b) incindível o objeto do juízo no julgamento da ação rescisória, de tal modo que não pode caber a mais de um tribunal, *ipso facto* não pode caber a mais de um órgão do tribunal; a conclusão é uma só: a competência em tal hipótese é do órgão maior.” (Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal, cit., p. 94).

⁶⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal, cit., p. 94.

ação rescisória promovida contra acórdão que julgou procedente ação de repetição de indébito tributário, em virtude de tributo inconstitucional, o autor limita a discussão ao tema dos honorários advocatícios, que teriam sido fixados em ofensa a literal disposição de lei. A discussão ocorrerá no plano infraconstitucional, não afetando o pronunciamento do plenário (ou do órgão especial) sobre a matéria constitucional.

6 Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, n. 83, p. 88-94, jul./set. 1996.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

_____. Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental. Coisa julgada. Ação rescisória não proposta. Irrelevância de julgamentos posteriores do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Direito aplicado II*: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n. 16, p. 158-268, 1967.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de processo civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

CALAMANDREI, Piero. La sentencia subjetivamente compleja. In: _____. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1961.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000].

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *O amicus curiae no direito processual civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 3.

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade de lei. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional, 1998.

_____. O sistema de controle de constitucionalidade das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário. *Ajuris*, v. 26, n. 75, p. 234-247, set. 1999.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 6.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

O DIREITO DE CRÍTICA E O MANDATO POLÍTICO

Vidal Serrano Nunes Júnior¹

O direito de liberdade à informação jornalística foi objeto de proteção específica pela nossa Constituição que, no parágrafo 1º do artigo 220, vedou expressamente qualquer atividade que possa constituir obstáculo ou embaraço ao fluxo informativo.

Nesse sentido, a *mens constitutionem* é clara e incontroversa ao estipular vedação, quer ao Poder Executivo, quer ao Legislativo, de edição de atos ou desempenho de atividades que obstaculizem ou de qualquer forma embaracem a livre informação jornalística.

Na verdade, a informação jornalística foi lançada a um patamar singular de proteção por razões muito palpáveis. É que a informação jornalística constitui veículo de opinião pública livre. Esta, de sua vez, garantia institucional da democracia e do pluralismo político, indicados pelo artigo 1º, *caput* e inciso V da Constituição Federal, como, respectivamente, essência e fundamento da republica brasileira.

O direito de informação jornalística, tal qual os demais direitos fundamentais, não é absoluto. Antes, é limitável, encontrando na existência e na observância dos demais direitos constitucionais as fronteiras demarcatórias da sua extensão.

Em diversas situações, o exercício de um direito fundamental pode implicar a ofensa de outro, ou outros direitos, de igual ou diferente natureza.

Essas hipóteses, concretizadas amiúde na fenomenização dos preceitos constitucionais fundamentais, albergam diferentes soluções.

¹ Promotor de Justiça em São Paulo. Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito. Professor de Direito Constitucional dos programas graduação e pós-graduação da PUC-SP. Presidente do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e do Centro Santo Dias de Defesa dos Direitos Humanos.

Muitas vezes, por exemplo, a própria Constituição se preocupa com a compatibilização de dois ou mais institutos envolvidos. Por um lado, por exemplo, prescreve o direito fundamental à propriedade privada. De outro, institucionaliza a desapropriação. Contudo, compatibiliza a aparente assincronia disciplinando a prévia e justa indenização.

Em outras ocasiões, o constituinte outorga ao legislador ordinário a faculdade de integrar em eficácia institutos constitucionais, ou ainda facultar a edição de diploma restritivo de eficácia de suas normas. São as chamadas normas constitucionais de eficácia restrita e de eficácia contida, obedecendo-se classificação preconizada por José Afonso da Silva.²

Nessas situações não colidem direitos, vez que o advento da legislação ordinária foi previsto e preconizado pela própria Constituição, “mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio”³, conforme advertência do precitado jurista.

Todas essas situações, no entanto, trazem como nota de similitude a existência de regras, dentro do sistema, de equacionamento desses supostos conflitos.

De conseguinte, a questão a merecer maior detença é exatamente aquela em que os direitos colidentes permanecem ao desabrigo de anterior previsão constitucional regulamentar; é dizer, quando o conflito normativo, no qual se lastram diferentes direitos constitucionais, não advém da abstração regulamentar da norma, mas surge no exercício convergente de dois direitos que, em certa medida, passam a se antagonizar.

Tal situação bem se expressa no contraponto entre o exercício do direito a livre expressão do pensamento e o direito à honra ou à intimidade, quando certamente teremos circunstâncias de inconciliabilidade entre o exercício absoluto e ilimitado dos direitos colocados em concreta oposição.

² SILVA, José Afonso da. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 243.

São as chamadas “colisões”⁴ de direitos fundamentais, quando esses direitos, igualmente protegidos pelo texto constitucional, entram em conflito, visto que o concreto exercício de um direito fundamental implica a invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental.

Daí se poder afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados.

Com pena de mestre, José Carlos Andrade Vieira⁵ versa o tema: “Não o são na sua dimensão subjetiva, pois que os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse.”

Seguindo nessa trilha, resta analisar a problemática da determinação de um critério de compatibilização entre os direitos antagonizantes.

Inexiste regra geral a ser observada em todas as situações de conflito, mesmo porque tais colisões não se situam no plano normativo, vale dizer, dentro do raio regulamentar de cada uma das normas, mas, contrariamente, surgem no concreto exercício dos direitos.

Ninguém nega validade à norma protetiva da liberdade de imprensa. O mesmo se diga em relação à norma que protege a intimidade. No mundo fenomênico, porém, vezes a fio existirão circunstâncias em que o exercício da liberdade de imprensa implicará possível desrespeito à intimidade, sem que com isso se anule quaisquer das regras em análise, pressupondo-se, contudo, a compatibilização prática de ambas.

Acompanhando o precitado mestre português⁶, para que se equacione concretamente a questão “exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros”.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 135.

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 213.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 223.

Tal entendimento, aliás, afina-se totalmente à lição de Canotilho e Vital Moreira⁷, que ensinam:

“No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.

Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode falar em restrição de um determinado direito fundamental, em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso.”

Segue-se dupla conclusão: a primeira de que os direitos fundamentais, não sendo absolutos, são limitáveis; a segunda de que essa limitabilidade não está plasmada em regra constitucional de contenção, mas sim aportada no efetivo exercício de direitos colidentes, hipótese em que, no caso concreto, se promoverá a conciliação dos direitos e interesses constitucionais envolvidos, a partir da premissa de máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais relacionados.

O raciocínio tem aplicação cabal para a definição do regime jurídico do direito de informação jornalística, o qual, dentre outros, encontra nos direitos da personalidade, em especial a intimidade e a privacidade, limites claros ao seu exercício.

Tratamento jurídico singular, no entanto, parece receber o direito de crítica em relação à atividade dos mandatários políticos.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*, cit., p. 134.

Com efeito, o direito de informação jornalística deriva da reunião de dois institutos: a notícia e a crítica. Aquela pode ser singelamente definida pela veiculação de fato cujo conhecimento seja importante para que o indivíduo participe da vida em sociedade. A crítica pode ser conceituada como juízo de valor aportado sobre a notícia.

Desde logo, observamos que o presente raciocínio tem aplicação específica: as relações derivadas do exercício do mandato, e não a vida íntima ou privada do mandatário.

No âmago das relações políticas, o direito de crítica adquire um colorido singular. Razões de duas ordens pelem para o acerto dessa afirmação. A primeira consiste na exposição pública do mandatário, o qual, no terreno das relações políticas, se vê contingenciado a trazer ao conhecimento do público seus predicados de legislador, de administrador, de líder, enfim, de gestor da coisa pública em determinada pólis.

Por evidente que nessas condições, em que o indivíduo, por espontâneo ato de vontade, traz a público diversas afirmações quanto aos seus predicados e qualidades, não pode reclamar quanto a eventuais dúvidas ou questionamentos dos mesmos.

Essa, aliás, a advertência de Thomas Cooley⁸: “Quando alguém se apresenta candidato a um cargo público, põe voluntariamente em evidência as suas aptidões para o cargo, e todos quantos duvidam delas têm o direito de fazer sentir ao povo as suas dúvidas, e exporem-lhe livremente as razões.”

Com efeito, ao concretizar uma postulação política, seus predicados podem e devem ser dissecados por seus eleitores.

Em síntese, a pessoa que se oferece ao julgamento de seus concidadãos, com o fito de vir a gerir o patrimônio e as coisas públicas, se coloca em uma situação de manifesta evidência e não pode reclamar o mesmo nível de privacidade de um cidadão comum, pois que é ingênuo à política a exposição ao público, que, desta feita, tem o direito a informações que sejam necessárias para a formação de um juízo quanto à vida pública do mandatário.

⁸ COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional*. Tradução de Alcidez Cruz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 322.

Afinado a esse diapasão, o Tribunal Constitucional espanhol, na sentença de 8 de junho de 1998⁹, assim se manifestou:

“(...) cuando las libertades se ejercitem con asuntos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones e informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.”

A segunda ordem de razões, todavia, é mais específica e diz respeito exclusivamente aos atos praticados no exercício do mandato.

Com efeito, o mandato aqui referido, obviamente, é o mandato político ou representativo, através do qual o conjunto dos cidadãos outorga a alguns líderes o múnus de reger a coisa pública no Brasil, tanto na órbita legislativa, como na executiva.

Acompanhando Antonio J. Porrás Nadales:¹⁰

“Partiremos de la definición intercomunicativa entre sociedad y Estado centrado en la transmisión de la voz de los ciudadanos sobre la esfera pública. Se trata de un proceso de carácter reductivo, en que se opera una conversión de la pluralidad de intereses y de la multiplicidad de voluntades individuales o grupales, hasta llegar a la unidad final de la voluntad del Estado.”

⁹ O'CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Revista de Derecho Privado; Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

¹⁰ PORRAS NADALES, Antonio J. *Representación y democracia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. (Colección Cuadernos y Debates, n. 50). p. 26.

Para efeito da análise aqui empreendida, o principal aspecto do conceito retrotranscrito diz exatamente com essa faceta do mandato de relação intercomunicativa entre sociedade e Estado, pois tal aspecto, é dizer, o caráter intercomunicativo entre sociedade e Estado, autoriza um regime jurídico singular do direito de crítica.

Com efeito, segundo o precitado autor, a relação de representação política se decompõe em quatro fases, é dizer: 1^a) uma fase originária de debate, em que se procede à formação de uma vontade popular a ser expressa nas urnas; 2^a) uma, estritamente comunicativa, que se estabelece através do mandato, concebido como instrumento jurídico que condiciona determinados conteúdos e limites do processo de representação; 3^a) uma fase de controle de responsabilidade, da qual se determina as formas de responsabilização dos mandatários perante a sociedade; e 4^a) a fase de atuação governamental.

Essas fases, evidentemente, são compartimentadas, do ponto de vista estritamente teórico, visto que exsurtem imbricadas no cotidiano da relação representativa, servindo tão só para hiperbolização de especificidades da relação de representação política.

Nesse sentido, veja-se que a intercomunicação entre Estado e sociedade, embora peculiaridade da segunda fase, aparece em todas elas, pois a formação da vontade popular, o controle de responsabilidade e a ação governamental estão igualmente nucleadas num processo interativo entre Estado e sociedade, é dizer, ao menos entre a ação daquele e a crítica desta.

O presente esboço, contudo, ressalta em importância os contornos apresentados pelo precitado autor no respeitante à segunda fase do processo de representação, a saber: um mandato concebido como instrumento jurídico que condiciona determinados conteúdos e limites do processo de representação. Esses conteúdos e limites, ao que se afigura, podem ser expressos ou tácitos.

Do ponto de vista do mandato legislativo, alguns desses limites – expressos – são fixados pela própria Constituição que, petrificando algumas de suas normas, as tornam intangíveis à manifestação dos mandatários populares.

Limites tácitos também são colocados, dentre os quais sobressai com maior evidência a irrestringibilidade normativa do direito de crítica política.

Com efeito, na medida que a intercomunicação é característica intrínseca do mandato, à qual se soma ainda a necessidade de controle popular e de debates para a formação da vontade popular, é evidente que os mandantes populares, ao outorgarem o mandato aos seus representantes, inscrevem nesse mandato a cláusula tácita de inafastabilidade do direito de crítica da ação desses mandatários, sob pena de se negar a própria natureza de representantes (que traz pressuposta a intercomunicação) do mandato político.

Não se nega, é evidente, que a projeção generalizadora imposta pelo mandato político¹¹, em virtude da qual o mandatário representa o conjunto da nação e não seus eleitores singulares, enseja uma separação funcional entre Estado e sociedade, de tal modo a assegurar a esses representantes uma esfera de autonomia para proceder livremente na formação da vontade estatal.

Todavia, tal aspecto sobressalente do instituto da representação política, longe de negar, só reafirma a conclusão exposta.

Com efeito, à míngua de instrumento de controle direto dos eleitores, a relação intercomunicativa, própria do mandato, perpassa por formas de controle ou de intercomunicação difusas, da qual tem maior e mais eficiência social exatamente o exercício da crítica política.

Nesse sentido, vem a ponto, mais uma vez, a preleção de Antonio J. Porrás Nadales¹², para quem:

“Si el control evaluativo de las políticas públicas supone un marco de intercomunicación entre la esfera pública y su propio ambiente o red social susceptible de interpretarse como un modelo innovador de relaciones entre sociedad y Estado, podría plantearse igualmente si en relación con la esfera estrictamente política no há surgido también un cierto discurso social crítico (alimentado por los abundantes

¹¹ PORRAS NADALES, Antonio J., *Representación y democracia avanzada*, cit.

¹² *Ibidem*.

casos de corrupción y disfuncionalidades genreadas en el ámbito del Estado de Partidos) alrededor de la propia relación representativa, en el que se expresan las prestensiones de un mayor grado de control social sobre el circuito de la representación política.”

Vê-se, pois, que a crítica política, embora insuficiente como mecanismo de intercomunicação ou de controle da relação de mandato representativo, constitui-se no principal instrumento de intercomunicação entre mandantes e mandatários na esfera política, mesmo porque, como frisado, mingam institutos jurídicos que possibilitem o controle direto identificado entre eleitor e eleito.

Reprisando o tema, calha, à perfeição, o escólio de André Hauriou et al.:¹³

“Digamos por último que un electo, cuando controla el Gobierno o, con una razón más fuerte aún, cuando él mismo se convierte en gobernante, no habla ni actúa únicamente en nombre de su circunscripción, o más exactamente, de los electores que dentro de esta circunscripción lo han elegido a él, sino que habla o actúa de toda la nación. se ha convertido en un representante del Pueblo en conjunto, y no de una parte o una fracción de él.”

Assim, não obstante o mandato político não reproduza juridicamente o regime do mandato privado, até porque, como apontado, inexistente uma relação direta de identificação entre eleitor e eleito, fazendo com que este passe a falar difusamente em nome da sociedade que, com relação a ele, pode se manifestar de forma igualmente difusa, através da crítica política.

Dentro dessa esfera, portanto, pode-se, sem reбуços, afirmar que o direito de crítica se traduz num direito residual ao mandato, é dizer, quando o corpo eleitoral, no seu todo, outorga mandato aos eleitos, o faz para que falem em seu nome, tanto no exercício da função executiva, como na da legislativa; todavia essa outorga, por sua natureza ingênita, impõe a exclusão tácita dos poderes para subtrair dos eleitores o direito de criticar seus

¹³ HAURIUO, André; GÉLARD, Jean Gicquel- Patrice. *Direito constitucional e instituciones políticas*. Tradução de José Antônio Gonzalez Casanova. Barcelona: Ariel, 1980.

representantes eleitos no exercício desse *múnus público*.

Em termos concretos, tal quer significar que o direito de crítica aos aspectos inerentes ao mandato é ilimitável, ou seja, nenhum outro direito constitucional pode ser evocado como limite externo ao direito de crítica, que, para seu exercício pleno, apresenta como único requisito a identidade entre a crítica esgrimida e o desempenho de mandato político do criticado.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional*. Tradução de Alcidez Cruz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HAURIOU, André; GÉLARD, Jean Gicquel- Patrice. *Direito constitucional e instituciones políticas*. Tradução de José Antônio Gonzalez Casanova. Barcelona: Ariel, 1980.

O'CALLAGHAN, Xavier. *Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidad e imagem*. Madrid: Revista de Derecho Privado; Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

PORRAS NADALES, Antonio J. *Representación y democracia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. (Colección Cuadernos y Debates, n. 50).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

O PERFIL LEGISLATIVO DO DIREITO DE IMPRENSA E SUA INSERÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONFLITOS HERMENÊUTICOS E PRÁTICAS AUTORITÁRIAS DO SISTEMA BRASILEIRO

Carlos Eduardo de Abreu Boucault¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A transição do regime militar de 1964 para governos civis. 3 Liberdade de imprensa, de manifestação do pensamento e de informação: garantias constitucionais e a censura. 4 O papel dos poderes na fixação dos limites jurídicos da censura. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A temática circunscrita no contexto deste artigo enfoca o esteio constitucional das liberdades públicas em que as de expressão e de informação integraram-se no texto da Lei Maior de 1988, após a efetivação de um aparato censor que determinou a vida política no país, violando o princípio democrático, em que pese a consagração dos direitos e garantias fundamentais no sistema constitucional de 1967, integrado pela Emenda Constitucional n. 1, de 1965.

Nesse cenário, entrou em vigor a Lei federal n. 5.250, de 1967, regulando a liberdade de imprensa, de manifestação do pensamento e da informação, devidamente contextualizada nos ideais cívicos de segurança nacional cristalizados pelo regime militar pós-64. A partir dessa vigência, as práticas administrativas e judiciais ambientadas na censura efetivaram-se no país, cerceando toda e qualquer manifestação de opinião contrária ao interesse nacional.

¹ Professor Assistente Doutor do Curso de Direito da UNESP, Professor Titular do Curso de Direito da FAAP e Professor Titular do Curso de Direito da Uninove.

Os governos civis que se sucederam, a partir do presidente José Sarney, estruturaram suas ações com o fito de extinguir os órgãos repressivos, principalmente o Serviço Nacional de Informações (SNI), oficialmente extinto em 1990, no governo Collor, devendo-se levar em conta que os candidatos à Presidência da República Collor e Lula apregoavam o fim do órgão mais influente e detentor das informações mais decisivas do serviço secreto nacional. Entretanto, a experiência tem demonstrado que os setores vinculados ao ex-SNI foram preservados nas gestões presidenciais posteriores, até o atual governo do presidente Lula, passando pela administração do presidente Fernando Henrique Cardoso, período caracterizado por iniciativas legiferantes destinadas a reprimir informações de órgãos vinculados ao Poder Judiciário sobre processos em curso que versassem sobre denúncias de fraudes e corrupção envolvendo pessoal da Administração pública e dos escalões do Governo, como a “lei da mordaza”.

A aprovação do Ato Institucional n. 5 impusera a censura à imprensa, ao rádio, à televisão e às atividades estudantis, e o Decreto n. 477 desencadeou uma perseguição ideológica contra alunos universitários e professores. Uma nova feição de terror alastrava-se na América Latina, particularmente no Brasil.

Ademais, a Lei de Imprensa, de 1967, ainda vigora e sua aplicação comprova a permanência de uma mentalidade autoritária do perfil palaciano dos governos estabelecidos em bases democráticas, contraditoriamente vivenciada num contexto em que o conceito jurídico de censura tem merecido um esforço jurisprudencial dos tribunais, desde os acórdãos decididos pelos tribunais militares, até sua hermenêutica contemporânea. Ao que parece, a censura hoje se insere no controle das denúncias de jornalistas pelas empresas a que pertencem, em face da viabilidade ou não da publicação da matéria, pelo risco auferido em caso de dano moral e material consubstanciado em ações judiciais indenizatórias, bem como pelo numerário das empresas que as sustentam, advindo de empresas privadas e da propaganda governamental, no campo da publicidade.

2 A transição do regime militar de 1964 para governos civis

Na transição do governo de 1964 até a designada “transição democrática”, registrada com a eleição de Tancredo Neves, ainda houve a

continuidade do sistema repressivo na área das informações: “O Brasil não seguiu o exemplo de países como a Grécia e Portugal, nos quais o fim da ditadura militar e o começo da democracia foram marcados pela desativação dos esquemas clandestinos do serviço secreto. Mas por quê? A resposta é simples: Sarney precisava de um serviço secreto forte.”²

Sucedeu que a eficiência das informações pelo serviço de informações possibilitava um panorama dos movimentos de resistência na sociedade brasileira, expressos pelas greves, atuação de sindicatos e seus líderes. Secundava a precisão dessa documentação o general Ivan de Souza Menezes, cujo desempenho chegou a desautorizar as pastas ministeriais do Trabalho e das Minas e Energia.

Nesse evoluir, instala-se, em 1987, a Constituinte com o firme propósito de remover o “entulho autoritário”, e os parlamentares eleitos, constituindo-se numa composição conservadora conhecida como “centrão”, fragilizaram as propostas de extinção do SNI, lideradas pelos partidos de esquerda, mas que não conseguiram maioria das votações plenárias. Em consequência, o SNI continuou a exercer o domínio das informações, dificultando o acesso às fontes documentais. Uma das propostas que o texto da Constituição de 1988 entregou foi o *habeas data*, instrumento pelo qual o interessado poderia obter judicialmente informações a ele concernentes, arquivadas em bancos de dados públicos ou privados. Todavia a Consultoria Geral da União, em parecer exarado, por solicitação de consulta pelo presidente Sarney, isentava o SNI de divulgar dados sobre sua forma de organização e funcionamento, em nome da segurança da sociedade e do Estado.

A campanha de Collor, assim como a de Lula, foi apresentada ao povo como um compromisso de extensão do SNI, entretanto a agressividade utilizada no discurso de Collor não passava de uma fanfarronice ao sabor latino: todos os chefes de Estado que o antecederam não puderam dispensar as garantias do serviço secreto. Assim, o SNI continuou a deter suas competências, mantendo seus arquivos e seu campo de atuação.

² FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do silêncio: a história do serviço secreto brasileiro de Washington Luís a Lula (1927-2005)*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 378.

Tal realidade se prolonga nos governos de Itamar Franco e de Fernando Henrique Cardoso. O encaminhamento de denúncias contra os presidentes era, de pronto, examinado pelo órgão do serviço secreto, que ainda permanecia sob o controle da classe militar. As tentativas de rever a atuação dos órgãos de informação esbarravam na falta de interesse, conforme se depreende do ofício³ de autoria do almirante Mario Cesar Flores endereçado ao presidente Itamar Franco, em que o autor se escusa de elaborar um projeto visando à reestruturar o serviço de inteligência, sob a alegação de que o país estava sob o influxo de efervescência política e social, e um projeto dessa natureza poderia ocasionar distorções pela imprensa e críticas desferidas pelos membros do Congresso Nacional.

No governo de Fernando Henrique, o SNI, que adotara a sigla SSI no governo anterior, passou a denominar-se Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com intentos de flexibilização, atuando nos limites da lei, embora acompanhasse os movimentos articulados pelo MST (Movimento dos Sem-terra).

Após a eleição do Presidente Lula, o serviço de informações passa a enfrentar o núcleo de resistência mais candente das últimas décadas, o PT, partido que comandou greves e manifestos responsáveis por mobilizações preocupantes para os órgãos de informação. Mesmo durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, o PT continuou a ser vigiado. No entanto, as interlocuções políticas empreendidas no governo Lula acabaram por aproximar membros do PT e os das Forças Armadas, mantendo privilégios funcionais, além de continuar a manter o serviço de inteligência vinculado ao estamento militar, ora designado como Gabinete de Segurança Institucional (GSI). Por outro lado, reabilitou o tema sobre a escuta telefônica, no plano legal, favorecendo a espionagem telefônica.

No que se refere à atividade de imprensa, a pauta dessas adequações políticas, de governo a governo, no modelo civil, culminado na vigência da Constituição Federal de 1988, entranha um espectro dotado de laivos autoritários plasmados na retórica dos ideais democráticos que consubstanciam os preceitos constitucionais, distanciando-se, todavia, das mudanças imprescindíveis para a concreção substantiva da liberdade de expressão e de informação.

³ FIGUEIREDO, Lucas, *Ministério do silêncio*, cit., p. 472-473.

3 Liberdade de imprensa, de manifestação do pensamento e de informação: garantias constitucionais e a censura

A Constituição Federal de 1988 contempla, em seu corpo normativo, a proibição da censura tanto para a liberdade de expressão, que deflui, em suas modalidades, do inciso IX do artigo 5º, quanto para a manifestação do pensamento e o direito da informação, no teor do *caput* do artigo 200. Integram o conjunto hermenêutico sobre essas disposições os parágrafos 1º e 2º do artigo 220, que vedam qualquer forma de censura ao pensamento ou lei que contenha restrições à liberdade de informação jornalística.

Em percuciente monografia, Frederico Lopes Azevedo⁴ analisa a opção da Constituinte de 1988 sobre a liberdade de imprensa em sua feição bilateral, na dinâmica do direito de informar e do direito de ser informado, realçando a função social dos meios de comunicação, em decorrência da sofisticação tecnológica na difusão de notícias, via satélite, e no acesso da comunidade internacional às informações, que correm o risco permanente de manipulação pelo poder.

Em contrapartida, os limites destinados a preservar os direitos de personalidade, igualmente protegidos pela norma constitucional, suscitaram enfrentamentos entre setores da imprensa e dos órgãos governamentais, originando o ajuizamento de ações, com vistas a obter indenização por danos morais e materiais. Reiteradas a natureza democrática da liberdade de imprensa e a proibição de censura no direito brasileiro, convém reafirmar a necessidade de garantir o direito à imagem, à honra e à privacidade na divulgação de notícias muitas vezes veiculadas de forma indevida. De qualquer sorte, os direitos previstos na dicção do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal conflitam com a liberdade de imprensa, e o clima de descompressão política que sucedeu ao regime militar no Brasil fomentou um recrudescimento por setores do governo, principalmente dos grupos vinculados ao PSDB, de iniciativas intolerantes, em face de denúncias de atos de corrupção e fraudes processados em juízo.

⁴ AZEVEDO, Frederico Lopes. *A disciplina constitucional da liberdade de imprensa e a função social dos meios de comunicação*. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2005. p. 25 e 55.

Destaque-se que sobreleva o conflito hermenêutico que incide sobre a característica objetiva dos direitos fundamentais e a legitimidade de restrições aos direitos subjetivos individuais, em nome do interesse da coletividade, embora o paradigma dessa limitação seja estabelecido pelos núcleos de poder. Com o objetivo de realçar a função social da ação comunicativa no universo da imprensa, convém ressaltar que a liberdade de expressão e de informação se orienta para a formação da opinião pública, nas sociedades democráticas em que o pluralismo se inocula em sua gradual medida de inserção.

A censura, portanto, atua como fator de bloqueio do sistema comunicativo, na medida que cerceia o acesso às informações, controlada por órgãos governamentais e por setores empresariais que temem a opinião pública como forma eficaz de rejeição da imagem ou do produto que elas veiculam no mercado.

Jayme Weingartner Neto⁵ comenta os conflitos entre censura e imprensa no âmbito oficial, analisando o caso Collor x *Folha de S. Paulo* e o caso Lula x Pelotas. No primeiro episódio, a *Folha de S. Paulo* informara que a Petrobras havia contratado, sem licitação, a agência de publicidade que havia financiado a campanha eleitoral de Collor. O presidente em exercício reafirmou a legalidade do ato administrativo, respaldado por decreto federal, mas considerou criminosa a imputação falsa de peculato por denúncia, feita pelo jornal, de desvio de verbas públicas em prol do presidente. A ação penal embasou-se em crime de calúnia tipificado no artigo 20 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), ainda em vigor no regime democrático!

O caso Lula x Pelotas refere-se à gravação de um comentário do presidente antes da mensagem de apoio ao líder do PT na cidade de Pelotas, no Rio Grande do Sul, quando o presidente, ao indagar sobre o perfil exportador do município, mencionou que Pelotas era “exportadora de veados”, em alusão ao folclore, segundo o qual essa cidade seria habitada por homossexuais. A repercussão desse comentário motivou uma ação cautelar na justiça eleitoral, em que o presidente requeria a abstenção de veicular a gravação, em decorrência dos efeitos negativos sobre a opinião pública.

⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 305 e 313.

Também o Poder Judiciário e o Ministério Público enfrentam conflitos com base na liberdade de imprensa, porquanto compete aos juízes a demarcação interpretativa dos limites da liberdade de expressão como garantia constitucional, e do direito à imagem e demais categorias dos direitos de personalidade. Quanto à atuação do Poder Judiciário, Weingartner⁶ pondera que a intervenção judicial, nesse nível de litígio é preferível à perpetrada por outros órgãos encarregados da segurança e das informações, pois qualquer ingerência do Executivo não reproduz a busca da coerência do significado constitucional que o Judiciário deve preservar em seus julgados, em sede de garantias e liberdades individuais.

O fluxo de informações que permeou o governo Fernando Henrique Cardoso, oriundo de processos judiciais em curso, promoveu um sentido de exacerbação por setores do governo, reacendendo ímpetos autoritários que resultaram no projeto de uma nova lei de imprensa, conhecida como “Lei da Mordaza”, cujo objetivo central era impedir a manifestação dos membros da Magistratura e do Ministério Público Federal sobre ações judiciais contra órgãos e agentes do Governo Federal que viam, nessa liberação, um abuso da liberdade de expressão, perdendo de vista o princípio do interesse público que a notícia deve observar, ao ser veiculada pelos segmentos de difusão.

A doutrina alemã⁷ não entende ser necessária a comprovação minuciosa da verificação dos pressupostos que justifiquem a eficácia da informação, porquanto o dever de informação de um juiz é diverso do de um jornalista ou de um historiador, considerando-se, ainda, os critérios de urgência, interesse da população, que vão determinar a responsabilidade penal, ou por imputação de um fato desonroso, ou pela omissão a respeito dessa imputação, realidades dogmáticas que enfatizam, no paradigma clássico da ponderação de interesses, o *topos* do risco permitido, descaracterizando, assim, a ilicitude penal dos delitos dos crimes de imprensa.

⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme, *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*, cit., p. 315.

⁷ *Ibidem*, p. 224-225.

Ainda a despeito dessa perspectiva, registre-se o conflito entre as relações de mídia e os órgãos do Poder Judiciário e Ministério Público, na determinação dos limites entre o público e o privado, a prática das investigações por parte da imprensa e as consequências éticas dessa atividade.

4 O papel dos poderes na fixação dos limites jurídicos da censura

No contexto de uma sociedade fundada em um ordenamento justificado pelo Estado Democrático de Direito, todas as formas de repressão e censura ao princípio da livre manifestação do pensamento e da informação afiguram-se inadmissíveis, em que pese a institucionalização de mecanismos intolerantes com o exercício da liberdade de imprensa. As manifestações de setores do governo e da própria doutrina jurídica evocam a proteção aos direitos de personalidade, garantindo a inviolabilidade do direito à honra, à privacidade, desencadeando processos judiciais para apurar a responsabilidade civil e penal.

No direito brasileiro, a situação legislativa apresenta-se de forma ambígua e pouco ambientada com os preceitos constitucionais em vigor, que tutelam os direitos individuais, particularmente no que se refere à liberdade de pensamento e de expressão em geral, num primeiro momento, pelo fato da Lei n. 5.250, de 1967, ainda vigorar em território nacional, cuja fundamentação institucional provém da ideologia da segurança nacional do regime militar. A teatralização dos arroubos em face da “truculência” exercida pelos órgãos da repressão, encenada pelos constituintes de 1988, arrefeceu na legislatura subsequente, e a lei continua em plena eficácia, servindo aos ímpetos autoritários de governantes da transição democrática, haja vista o episódio envolvendo o jornalista norte-americano que se referiu ao presidente Lula como alcóolatra. A primeira medida foi utilizar a lei em vigor, enquadrando a conduta no tipo de crime contra a segurança nacional, por atentar contra a honra do presidente da República. Não se trata de justificar a divulgação da matéria, mas sinalizar para o recurso imediato a uma legislação que foi objeto de violações sistemáticas dos direitos e garantias individuais, combatidas com veemência pelos partidos de esquerda no Brasil.

Diante dessa constatação, cumpre lembrar que a imprensa exerce um papel essencial à consolidação da democracia, numa sociedade como a brasileira, sujeita a práticas autoritárias e conservadoras nutridas pelo clientelismo político e passividade cívica, sem, contudo, incidir em violações a direitos de personalidade. Esse clima de tensão no plano hermenêutico é referido por Luís Roberto Barroso⁸: “Um lance de olhos sobre a Constituição brasileira de 1988 revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete”. A observação dos autos retrata o conflito entre o direito de informar, que deflui da liberdade de expressão, e os direitos de personalidade, ponderando que a jurisprudência deverá fixar os justos limites da aplicação da lei no campo dos excessos indevidos. Não obstante, esse dado que evidencia o princípio da unidade da Constituição persiste na reflexão a respeito da hierarquia axiológica na opção entre um direito em detrimento de outro. O Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado, pelos acórdãos de alguns dos ministros, favoravelmente à liberdade de crítica e de informação pela imprensa. Assim, o Ministro Celso de Mello⁹, em decisão de sua lavra, determinou o arquivamento de ação penal contra jornalistas da revista *Veja*, ressaltando o direito que a imprensa tem, não apenas de informar, mas também de tecer críticas acerbas e contundentes aos detentores de funções públicas, porquanto a liberdade de opinar e de criticar decorre de interesse público, sobrepondo-se ao dos membros que integram a Administração Pública.

Por tais circunstâncias que atestam as intervenções abusivas do poder e a negligência do Legislativo federal em definir uma proposta sobre a questão da imprensa, foi encaminhado à Mesa da Câmara dos Deputados o projeto da nova lei de imprensa, cujo texto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, com base no substitutivo elaborado pelo deputado Vilmar Rocha, além do Código de Ética dos jornalistas brasileiros, em vigor desde 1987, e do projeto de lei que tramita desde 1992. Ainda que divisadas as iniciativas por parte do Legislativo, as disputas judiciais continuam e o Poder Judiciário, mediante julgamentos, proíbe circulação de jornais, revistas, livros, em nome do poder geral de cautela, concedendo

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 190.

⁹ A imprensa deve informar, opinar e criticar. *O Globo*, ago. 2005, Caderno “A Pós”, p. 12, 30.

medidas liminares, conforme observa Jean Menezes de Aguiar¹⁰. Com efeito, o livro sobre a biografia de Sonia Angel teve sua circulação comercial nas livrarias apreendida por medida judicial requerida pelo brigadeiro Burnier, no Rio de Janeiro, em 1993, pelo fato de o autor da ação ser acusado do assassinato da militante, nas dependências do Cenimar.

Note-se ainda que a jurisprudência sobre delitos de imprensa, em sede do Supremo Tribunal Federal, não revela um substrato dogmático preciso sobre o conceito de censura, mormente após o governo do presidente Castelo Branco. A arguição de relevância de questão federal contribuiu para que muitas demandas sobre a matéria sucumbissem na fundamentação de pontos significativos a respeito da matéria, nos acórdãos dos ministros do Supremo.

O histórico dos *habeas corpus* e dos mandados de segurança¹¹ impetrados no período conceitua fatos configurados de meros delitos não atentatórios contra a segurança nacional, ou de liberação de obras consideradas subversivas, de acordo com a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 898/69), em seu artigo 43, e, ainda, de apreensão de periódicos obscenos, tidos como impróprios para crianças e adolescentes. No entanto, a pornografia foi difundida pela indústria cinematográfica nacional, por meio dos filmes de cultura “porno-chanchada” que se disseminou nas salas de exibição a partir da década de 70.

Quanto à atuação do Superior Tribunal Militar, é de notar a ousadia de muitas decisões de seus ministros, em comparação às julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que, como órgão civil, denotava sensível timidez no enfrentamento de questões alusivas à liberdade de imprensa. Nesse ponto, refere-se ao desempenho do general juiz Peri Constant Bevilacqua, como relator de pedidos de *habeas corpus* impetrados àquele tribunal, em que procurava defender as garantias processuais dos pacientes e a observância de competência do Tribunal Militar, desrespeitada pelas jurisdições que

¹⁰ AGUIAR, Jean Menezes de. Considerações sobre a censura à imprensa no Brasil após a Constituição de 1988. *Mestre: Cadernos Acadêmicos do Mestrado em Direito*, Barra Mansa, UBM, v.1, n. 3, p. 27-35, 1998.

¹¹ STF – RMS n. 18.534/SP, rel. Min Themístocles Cavalcante, recorrente Editora Abril, recorrido Juiz de Direito da Vara de Menores da Capital, *RTJ* p. 409; STF – RC n. 1.376-0, rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ* n. 538, p. 431, ago. 1980, Marco A. T. Coelho, Ministério Público Militar.

lhes eram subordinadas, na tramitação dos inquéritos policiais militares. Renato Lemos¹² assim se reporta ao General. “Também no Supremo Tribunal Federal, o general Bevilaqua que constituiria uma nota dissonante na partitura do regime. Desde logo porque permaneceu defendendo a concessão da anistia política”. Em consequência, equacionava a tese de inexistência de crime contra leis em vigor até 1964 e os casos de resistência ao novo regime, porquanto as visualizava como emanações das liberdades constitucionais, incluindo-se a liberdade de expressão.

5 Conclusão

Este estudo possibilitou a consulta de obras que testemunham os fatos vivenciados no regime militar, em que alas radicais das Forças Armadas desencadearam processo de suspensão dos direitos e das garantias constitucionais, apoiadas pelos Estados Unidos, que temiam as hostes comunistas no continente sul-americano.

As ações empreendidas contra os segmentos da sociedade civil, no âmbito dos partidos políticos, universidades, imprensa, meio artístico, inauguraram a institucionalização do direito de exceção, obnubilando as liberdades públicas. Esse quadro produziu, na esfera legislativa, a Lei de Imprensa, o Ato Institucional e a Lei de Segurança Nacional, e a defesa dos réus e indiciados, em face de prisões arbitrárias e demais ilegalidades praticadas pelos órgãos da repressão política, esteve sob o controle e censura do aparato governamental.

Após a vigência da Constituição de 1988, os ideais democráticos não extinguiram a cultura autoritária herdada pelos sucessores da ditadura e se desarticularam nas iniciativas em favor de uma proposta de nova Lei de Imprensa. O conservadorismo da classe política permitiu a flexibilização, contemporizando interesses de grupos que permaneceram no poder.

A censura, embora vedada pela Constituição em vigor, incidiu em vários processos de ação penal contra jornalistas, quando da denúncia por fatos de corrupção e fraudes empreitadas a detentores de cargos e funções públicas associados a empresas privadas.

¹² LEMOS, Renato (Org.). *Justiça fardada*. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2004. p. 27.

A Constituição Federal tutela o direito à manifestação do pensamento e o direito à informação, além da proteção aos direitos da personalidade, centrados no princípio da dignidade humana. Esse contraponto tem legitimado decisões do Poder Judiciário para limitar o exercício da liberdade de imprensa.

A pesquisa de algumas fontes permitiu o acesso à jurisprudência desse período histórico e a análise de fatores de resistência ao *establishment* militar, nos julgados do Superior Tribunal Militar.

Parece prova indiscutível do ranço autoritário da cultura legislativa do Brasil a vigência da Lei de Imprensa de 1967, inspirada no ideário da segurança nacional que se infundiu nas instituições aliadas ao governo federal, como a Escola Superior de Guerra e o serviço de inteligência.

6 Referências

AGUIAR, Jean Menezes de. Considerações sobre a censura à imprensa no Brasil após a Constituição de 1988. *Mestre: Cadernos Acadêmicos do Mestrado em Direito*, Barra Mansa, UBM, v.1, n. 3, p. 27-35, 1998.

AZEVEDO, Frederico Lopes. *A disciplina constitucional da liberdade de imprensa e a função social dos meios de comunicação*. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2005.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis à elas anteriores. *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 45, n. 180, p. 125-148, jul./dez. 1992.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CONTREIRAS, Hélio. *AI-5: a opressão no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CRUZ, Paulo Marcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Meios institucionais de proteção aos direitos individuais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, 1977.

FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do silêncio: a história do serviço secreto brasileiro de Washington Luís a Lula (1927-2005)*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

FREITAS, Décio. *A comédia brasileira*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 2000.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. (Biblioteca de Teses).

LEMOS, Renato (Org.). *Justiça fardada*. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2004.

MELLO, Celso de. A imprensa deve informar, opinar e criticar. *O Globo*, ago. 2005, Caderno “A Pós”.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

MICELLI, Sérgio. *Intelectuais à brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

ONFRAY, Michel. *A política do rebelde: tratado de resistência e insubmissão*. Tradução de Mauro Pinheiro. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

PEIXOTO, João Paulo (Org.). *Reforma e modernização do Estado*. Sobral, CE: UVA, 2000.

SALDANHA, Nelson. *Ética e história*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SARLET, Ingo-Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte. Del Rey, 1994.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

formato 160 x 230 mm

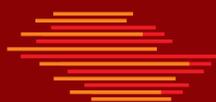
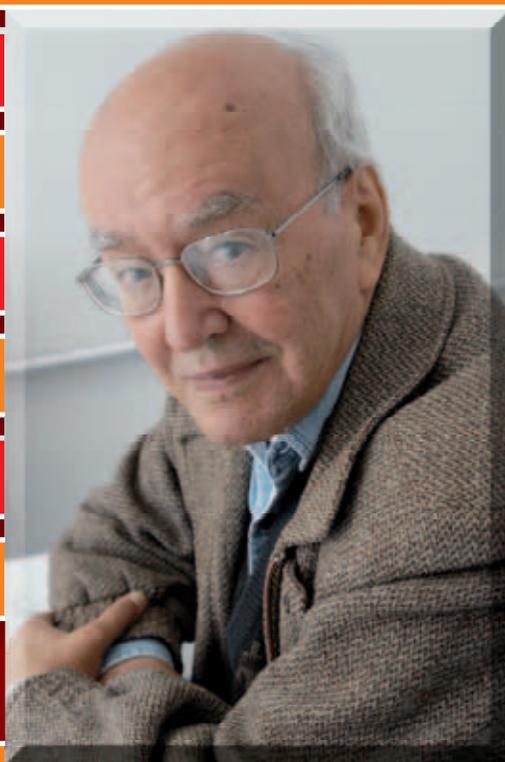
tipologia Times

papel miolo Off-set 90 g/m2, capa Cartão 350 g/m2

número de páginas 304

tiragem 1.800

José Afonso da Silva



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO