



Revista jurídica

In Verbis

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Ano XIII Número 24 jul./dez. 2008

Natal/RN, 2008

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Mayara de Carvalho Araújo

Membros

Fernando Antônio de Araujo filho

Marcela Jácome Lopes

Vinícius Fernandes da Costa Maia

Colaboradores

Aron Abrahão Moreira

Davi Costa Feitosa Alves

Marcela Brasil Pedrosa Pinheiro

Pedro Jorge Emiliano Guedes Alcoforado

Victor Teixeira de Albuquerque

CONSELHO EDITORIAL

André Vicente Pires Rosa

Elaine Cardoso de Matos Novais

Elke Mendes Cunha Freire

Francisco de Sales Matos

Igor Alexandre Felipe de Macêdo

José Marcelo Ferreira Costa

Magnus Augusto Delgado

Morton Luiz Farias de Medeiros

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior

Tatiana Mendes Cunha

Vladimir da Rocha França

Xisto Tiago de Medeiros Neto

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitor

José Ivonildo do Rêgo

Vice-Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Ana Lúcia Assunção Aragão

Vice-Diretora

Maria Lussieu da Silva

Coordenador do Curso de Direito

Jair Elói de Souza

Chefe do Departamento de Direito Público

José Orlando Ribeiro Rosário

Chefe do Departamento de Direito Privado

Maria da Salette Guimarães Menezes

Coordenador da In Verbis

Xisto Tiago de Medeiros Neto

CAPA

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

500 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 13, n. 24 (jul./dez. 2008).

Semestral
ISSN 1413-2605

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN

CDU - 34

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**



Sumário

MEMÓRIA	05
Tarcísio Gurgel dos Santos	
EDITORIAL	07
PRÓLOGO	09
Jair Elói de Souza	
APONTAMENTOS SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO NORTE ..	15
Luiz Paulo dos Santos Diniz	
IMPORTÂNCIA DO EIA-RIMA NA IMPLANTAÇÃO DE CAMPOS DE GOLFE NO RN ...	29
Mariana Evangelista de Holanda Gomes	
A DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA APLICADA À CASUÍSTICA POTIGUAR	43
Abraão Luiz Filgueira Lopes	
COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: O CASO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DE LAGOINHA	55
Sophia Nóbrega Câmara	
A ATIVIDADE PROSTITUCIONAL E O MAL DA MARGINALIZAÇÃO	69
Ana Paula Barros Amaral Oliveira Débora Danielle Pinheiro Ximenes	
O TOMBAMENTO DO MORRO DO CARECA PELO MUNICÍPIO DE NATAL/RN: UMA ANÁLISE FÁTICO-JURÍDICA	83
Karinne de Medeiros Lira	

VIOLAÇÃO DO DIREITO À MEIA-ENTRADA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE	93
Thaissa Lauer Leite	
RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: UM ESTUDO RELATIVO À SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO NORTE	103
Hildeberto Júnior da Rocha Silvestre	
REGIME JURÍDICO DAS INDENIZAÇÕES NAS ÁREAS URBANAS NON AEDIFICANDI: APLICABILIDADE NO MUNICÍPIO DE NATAL/RN	113
Patrícia Erica Luna da Silva	
APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E DIREITO À NOMEAÇÃO: CONSIDERAÇÕES NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE	121
Andréa Alves de Albuquerque Othon	
OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: HÁ ALGO A SER COMEMORADO?	137
André Vicente Pires Rosa	
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	145
Luís Roberto Barroso	
ANOTAÇÕES AO REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS OCUPANTES, EXCLUSIVAMENTE, DE CARGOS COMISSIONADOS NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE	161
Vladimir da Rocha França	
A NULIDADE DA DEMISSÃO DO TRABALHADOR ADOENTADO	175
Xisto Tiago de Medeiros Neto	
ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: RÉQUIEM PARA O SÉCULO XX	191
José Luiz Borges Horta	
EPÍLOGO	203
Francisco de Sales Matos	
REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO	205

Memória

A CAUSA DE UM HONRADO DOUTOR

Tarcísio Gurgel dos Santos

Professor Doutor do Curso de Letras da UFRN

Qualquer comentário, escrito, indagação, texto histórico que se produza a respeito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte em sua trajetória de 50 anos de existência tem necessariamente de levar em conta a ação do médico e professor Onofre Lopes da Silva. Por assim dizer uma não existiria sem o outro, como, aliás, já acontecera com o seu predecessor na Sociedade Hospitalar, Januário Cicco, presença também inarredável das ações pioneiras no Hospital Juvino Barreto (depois Miguel Couto e hoje HUOL) e na Maternidade Januário Cicco.

Curioso é que a criação da principal instituição de ensino público do Estado tenha nascido de uma sugestão que poderia ser interpretada apenas como um comentário feito para ser agradável. Pois foi um assessor de Jurandir Lodi, que ajudara Onofre a fundar a Faculdade de Medicina, de nome José Dias, que, no contexto da criação daquela escola, indagou se não era o caso – já que existiam outras unidades de ensino superior na cidade, de se criar uma universidade - como explicou o mesmo Onofre Lopes em um programa da série Memória Viva, da TV Universitária.

Admirável é que, aceito o desafio – e ele foi um homem que ao longo da vida teve de enfrentá-los sucessivamente – o processo de criação e depois federalização se revelassem uma verdadeira saga, com lances que misturaram o dramático ao cômico e até ao patético. E até é possível dizer-se que nem mesmo um episódio rocambolesco faltaria a essa história. Lembremos dois dos que merecem a classificação de patético e rocambolesco. No primeiro, encontramos o nosso primeiro Reitor cuidando, pessoalmente do reconhecimento da instituição. Indo e vindo quase semanalmente ao Rio (Velhacap) e Brasília (Novacap), sobraçando processos e fazendo penosas peregrinações pelos obscuros corredores ministeriais. Numa das idas a essa última cidade, pousado o avião que o trazia, consegue uma carona numa Kombi que, saindo da base aérea, o deixaria diante de um Ministério. As lonjuras e a assustadora solidão dessa Brasília, ainda marcada pelas construções em fase de acabamento, formam o cenário em que ele se movimenta conduzindo, à custa de muito esforço, uma pilha de processos com os currículos de professores

para serem contratados. Tão pesado o pacote que o Magnífico Reitor o colocou na cabeça, facilitando sua caminhada até o prédio. Pois não é que uma lufada de vento derruba alguns dos processos, espalhando pelo chão do planalto as vidas funcionais dos pioneiros? Imagine-se um homem com a gravidade Reitor Onofre perseguindo pastas num desespero de ver o esforço tão obstinadamente despendido cair – literalmente – por terra...

Já no capítulo da federalização ele, por pouco não seqüestrou um senador-padre. Não se imagine que era o Monsenhor Walfredo Gurgel, porque esse simplesmente ainda não havia chegado ao Senado e – é claro – jamais daria ao Reitor potiguar motivos para um ato tão insano em sua aparência. O senador era outro: o padre Calazans, um paranaense que, ouvia-se dizer, iria pedir vistas no processo de federalização aos 45 minutos do segundo tempo. No citado programa da TVU o Reitor Onofre Lopes confessa que chegou a arquitetar um plano que, felizmente, não chegou a ser posto em prática. O Reitor ficaria aguardando a sua chegada ao Senado e, dramaticamente apelaria para que o padre fosse atender a um doente necessitado de extrema unção. Como não podia acreditar numa negativa do religioso, pensava mantê-lo seqüestrado o tempo que durasse a Sessão em que o projeto seria votado. Passado algum tempo, tudo resolvido, o padre-senador – que acabaria não participando da votação – sabedor das intenções daquele Reitor da recém-reconhecida UFRN divertiu-se e muito.

Esses episódios servem para ressaltar o humano na figura algo mítica de Onofre Lopes da Silva. Um homem apaixonado que levava às últimas conseqüências a tarefa aparentemente inexequível de criar uma universidade num Estado tão pequeno. Passados 50 anos da sua criação é lícito acreditar que o Reitor se revelaria orgulhoso com os resultados. Afinal, o esforço solidário da comunidade, sob a coordenação daqueles que o sucederam no cargo, tem revelado um compromisso acadêmico digno da sua memória. Do modesto núcleo inicial a UFRN cresceu fisicamente ocupando a vasta área do Campus Central de Lagoa Nova, implantando sua ação pelos campi existentes no Interior e nos núcleos de Educação a Distância no Estado e na Região. Multiplicam-se os cursos de Pós-Graduação. Consolida-se a pesquisa de ponta. Aprimora-se a Extensão e os serviços à comunidade através do funcionamento do conjunto hospitalar. Já ocupando a Reitoria pela terceira vez, o atual Reitor José Ivonildo do Rêgo coordena uma equipe que responde hoje por uma expansão sem precedentes na história da instituição, culminando com as ações do programa REUNI. Patrocinado pelo Ministério da Educação, tal programa possibilitará – apenas para tocarmos a questão do ensino – o crescimento, tratando-se de alunos matriculados, em algo equivalente a uma universidade e meia, tão logo se inicie a segunda década do século. É a constatação de que a semente lançada por aqueles pioneiros num momento de tanta indefinição, não apenas germinou, mas continua a dar frutos que propiciam com outras sementes futuras sementeiras, projetando com segurança outros cinqüenta anos de crescimento para a Educação e para o Estado do Rio Grande do Norte.

Editorial

Caros leitores,

Lançado mais um exemplar, prosseguimos com a consecução da proposta de estímulo e difusão da pesquisa em nosso Curso. Alcançamos, então, o número vinte e quatro, permeado por conquistas e renovações às quais faremos menção no decorrer deste breve registro.

De imediato, essa edição apresenta uma novidade visível, adotamos uma capa definitiva, bem mais simples do que a dos últimos números, mas capaz de refletir a cientificidade do periódico. Com isso, evitamos também que, a cada semestre, concentrem-se esforços e investimentos em prol de novas imagens, esperando, assim, que estes sejam destinados a aperfeiçoamentos materiais do periódico. Além de simplificar um sem-número de discussões, essa capa pretende estabelecer-se como mais um símbolo da "In Verbis".

Comemorada a conquista de reativar o site oficial da Revista, conseguimos, agora, reestruturá-lo. A nova página apresenta uma disposição facilitada dos conteúdos, novas ferramentas e informações e design elaborado. Além disso, o site é constantemente atualizado e os e-mails dos estudantes vêm sendo cuidadosamente respondidos. Às próximas Comissões, cabe, então, conservar essa realização e aprimorar algumas novidades já disponíveis no endereço eletrônico, como os "Informativos In Verbis" e a divulgação de notícias jurídicas.

Outro fato importante foi a venda da impressora da Revista. Ao final da edição vinte e três, comprovamos que eram muitas as dificuldades de mantê-la: o preço dos tonners era muito alto, não dispúnhamos de um local fixo e seguro para conservá-la, não havia técnicos hábeis para manuseá-la no estado, enfim, eram inúmeros seus empecilhos, o que se somava, ainda, ao obstáculo de exigir-se que as Comissões fossem renovadas e os membros tivessem conhecimentos em informática suficientes para utilizá-la. Com isso, acabamos comprovando que a venda não só facilitou o trabalho da Comissão, como também se apresentou como uma iniciativa bastante econômica.

Ainda no quesito economia, demos preferência a novos moldes gráficos para a Revista, o que resultou em significativa redução de custos, sem, entretanto, reduzir a qualidade do exemplar. Tal contenção permitiu que se ampliasse o número de páginas deste número, surgindo, assim, a oportunidade de publicar mais trabalhos e deixar a Revista ainda mais interessante. No entanto, o edital publicado limitava a dez a quantidade de artigos aprovados no processo seletivo. Dessa forma, optamos por convidar juristas renomados para publicarem na Revista e oferecer mais esses trabalhos à comunidade acadêmica.

Os artigos publicados, sejam de autoria dos estudantes, sejam convidados, são de nível primoroso. Desse feito, temos convicção de que embasarão acaloradas discussões e que servirão como incentivo e ponto de partida para novas pesquisas. Com o intuito de que o mesmo aconteça no próximo número, publicamos com bastante antecedência o Edital do processo seletivo da vigésima quinta edição. Além do prazo de mais de cinco meses para elaboração de artigos, o novo documento destaca-se pela importante mudança nos critérios desempate, que passam a refletir as reivindicações dos pesquisadores. Outra consideração importante é que se delimitou apenas o número mínimo de artigos publicados, que poderá ser ampliado de acordo com as possibilidades da próxima Comissão. Ainda no que concerne às regras adotadas pela "In Verbis", decidiu-se pela supressão das disposições presentes no interior da Revista. Agora, as regras para publicação encontram-se todas reunidas em um mesmo documento, devidamente publicizado no site do periódico.

Outro importante passo foi a realização de uma reforma no Regimento Interno do projeto, a fim de, dentre outras coisas, permitir a publicação, ainda que na condição de convidado, de trabalhos que não artigos científicos e vedar que membros da Comissão Editorial submetam artigos ao processo seletivo.

Vale ressaltar também o recorde de inscritos na última seleção de colaboradores, o que reflete o reconhecimento pela Revista, bem como o maior engajamento dos estudantes nos projetos de extensão de nosso Curso. Agradecemos, assim, a todos os inscritos, mas não só a eles, outrossim, os autores de artigos e os juristas do Conselho Editorial foram de fundamental importância para o lançamento desta edição. Também não poderíamos deixar de demonstrar reconhecimento a André Vicente Pires Rosa, Igor Alexandre Felipe de Macedo, Fabiano de Souza Mendonça e Yanko Marcius de Araújo Xavier, haja vista o apoio e a dedicação desses quatro professores para que a edição ora lançada alcançasse suas metas. Agradecemos, por fim, a todos aqueles que, mesmo sem seus nomes expressos nesse breve relato, direta ou indiretamente, contribuíram para o sucesso do periódico.

Certos da qualidade destas novas produções, desejamos a todos uma ótima leitura.

Comissão Editorial

Prólogo

COSTUMES DO SERIDÓ NA PRÁTICA JURÍDICA DA UFRN

Jair Elói de Souza, “O Provinciano”

Professor e Coordenador do Curso de Direito
da UFRN

QUANDO MULHER CHIQUEIRADA,
SOFRENDO QUE SÓ MULINGA,
EM CAMISA DE ONZE VARAS,
DIZ COSTUMES DA CAATINGA!

Não é segredo, o Núcleo de Assistência Jurídica da Universidade é um confessionário, espécie de tribunal de penitência. É certo que nunca deixou de ser a estação do labor jurídico e profissional, lugar dos doutores “adevogados”, segundo a linguagem dos muitos desvalidos do banco da escola, que fazem parte de nossa clientela e que moram nos rincões periféricos da miséria humana, aqueles que os entendidos chamam de excluídos. Pois é, na verdade, somos oficiosos ao mesmo tempo, na parceria que distribui a Justiça menos cara e coadjuvantes ouvidores do drama humano ou desumano, essa é a máxima vivencial.

Sendo a prática, o prelúdio da universidade da vida, também mister se faz entender que alberga seus momentos de glória, quando consolida em sede de um conflito, uma solução arbitral eivada de lenho consensual, de reflexos menos trágicos ou traumáticos, para os navegantes da discórdia e dos entreveros da faina diária. Sendo lugar useiro, da aproximação dos “viveres das alagoas”, quando do atendimento inicial, não deixa de ser um palco de textura psicossocial, épico, histórico, cultural, financeiro e econômico, sem prejuízo da tintura jurídica, cujos meandros ofertam situações imprevisíveis, inéditas, irresolúveis até, quando o cênico tem verniz de caprichos por “terra arrasada”.

Em sendo também palco do drama humano, tem suas histórias fantásticas, ricas, generosas, mas também cruentas, é o reverso da medalha. Nem por isso se reveste de insignificância, afinal, por ali passaram alguns de nossos grandes mestres: o escriba da melhor estirpe, Professor Diógenes da Cunha Lima, a Candura de Selma

Paiva, nossa Tereza de Calcutá, a silhueta espartana e vociferante do velho Merouveu Pacheco, toso no trato e generoso nas atitudes, esses deixaram saudades.

Mas, vamos ao tema. Era uma manhã de março, ainda meã, início das atividades de estágio, presença de razoável clientela, a mocidade independente, sequiosa para ser doutora pela primeira vez, já estava a postos, grupos constituídos, fichas distribuídas, tudo estava sereno, sem cruviana nem calafrios. Porém, umas das clientes, jovem provinciana, gente do clã seridoense dos Atanásios de Jucurutu, que se fazia acompanhar por uma “trinca de meninos” todos de “cobrir com um balaio”, estava sendo atendida por três jovens estagiárias, e por essas instada a contar a sua história, não se fez de rogada: disse-lhes que estava “chiqueirada” do marido mestre de obra há três meses. Dito isto, de forma sutil, sai uma das atendentes a me procurar para esclarecimentos, pois, não sabia o que queria dizer a paciente com aquele termo. Ainda comecei a explicar, eis que chega a segunda, e afirma: Professor, ela diz que esta “sofrendo que só mulinga” eu também não sei o que é isso, vim me valer do Senhor. Não houve tempo para o mínimo bocejo de minha parte, pois, finalmente chega a terceira, mais atabalhoada ainda, dizendo vir fazer companhia às suas colegas e se arvorar também no mestre, é que a paciente estava dizendo se encontrar “debaixo de uma camisa de onze varas”, coisas que não entendia.

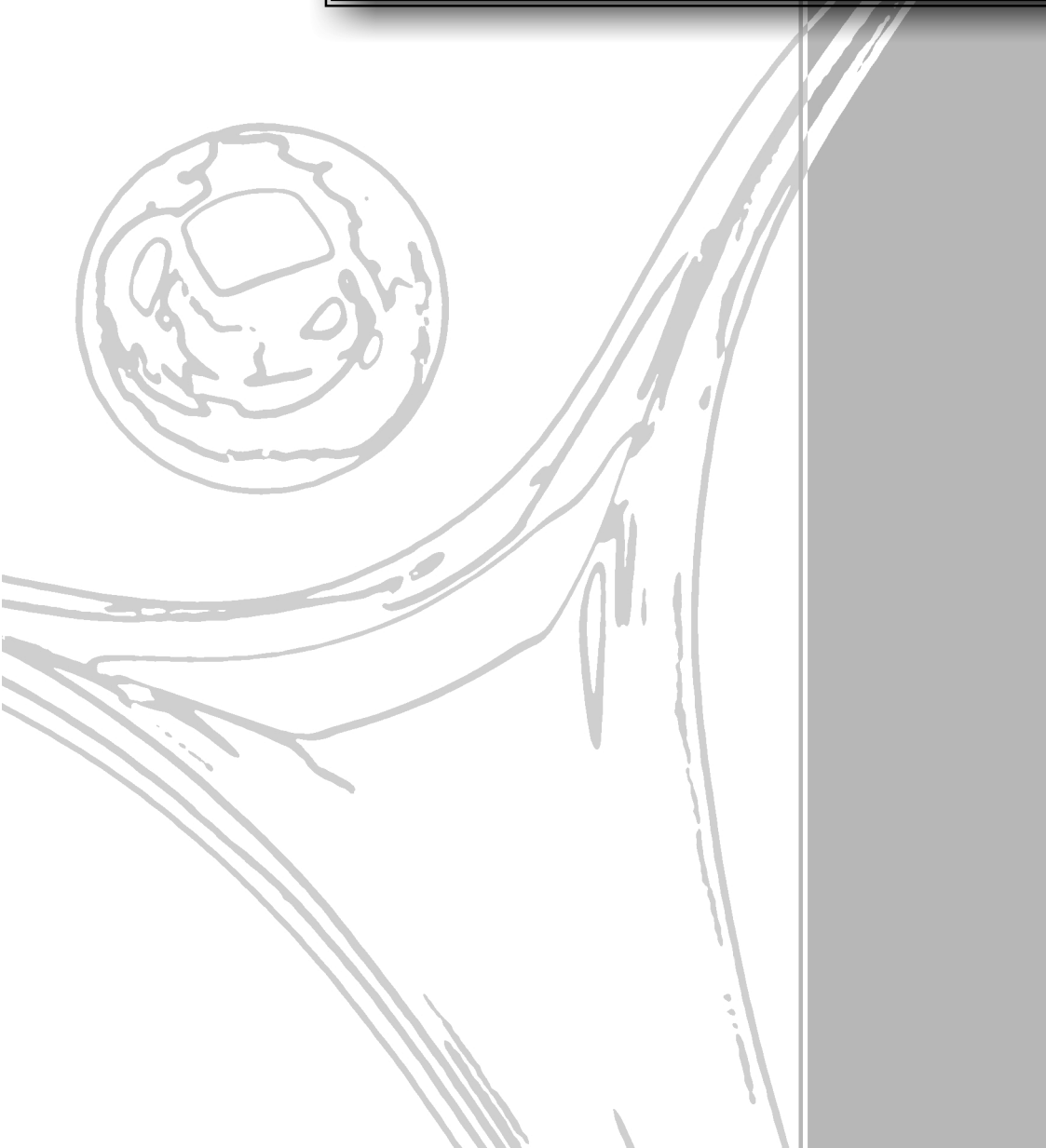
Eis o problema, tinha que explicar às pupilas, o significado das afirmações no contexto épico, regional e etnográfico, para que o atendimento continuasse, e foi o que fiz. Reservadamente comecei a explicação: Nos sertões do Seridó, há um velho costume cumprido ritualmente às quatro horas da tarde: os cabritos e bezerros são separados das mães lactentes, e confinados em um curral de pau-a-pique, conhecido como chiqueiro, compartimento quase hermético, para evitar que mamem à noite. Com isso, possibilita uma ordenha normal das cabras e das vacas no dia seguinte, fonte de renda do sertanejo para manutenção de sua família. Esse verbo “chiqueirar”, foi inserido no contexto familiar, e acontece quando há um destempero na vida do casal, e a mulher passa a dormir na parte mais íntima e respeitosa da casa, que é a *camarinha*, onde se encontram o oratório e os “registros”, muitos deles antigos, adquiridos no Juazeiro, bentos por Padre Cícero Romão e ou a beata Maria Araújo, também entre os devotos conhecida por Ana, verdadeiras Relíquias sacro-históricas da família, e ainda arma a rede da filha mais velha na entrada do cômodo, para evitar as incursões noturnas do seu parceiro. Nessas alturas, o marido passa a dormir na sala da frente, ou quando quer purgar os pecados, se redimir mais brevemente, vai para o alpendre ao ar livre, cruviana madrugada de arrepiar cristão, visando sensibilizar a esposa, e alcançar o perdão.

Na questão da segunda aluna, o foco é o emprego da frase “sofrendo que só mulinga”, pela paciente. Na credice popular sertaneja, mulinga é uma entidade que alberga todo sofrimento do mundo, de cunho masoquista, penitente. É o contrário da caipora que é sádica, oferta e azucrina a vida de “qualquer cristão”, ou de todo ser que encontra. São generosas as estórias de caçadores que em noite de penumbra fosca, vêem seus cachorros apanharem das caiporas e com medo se enroscam em suas pernas, não farejam e nem andam mais, e seus donos desistem da caçada a “tatu verdadeiro” nos baixios do Seridó, espécie de desidratado vegetariano de especialíssimo sabor, também conhecido como “tatu galinha”.

A expressão “de baixo de uma camisa de onze varas”, pressupõe que alguém passa por grande dificuldade, que era o caso da paciente. Historicamente falando, tal expressão foi muito usual até a primeira metade do século passado. O fato é que naquela época os tecidos, eram chamados de “fazenda”, e a medida usual não era o metro linear, e sim a vara, que correspondia a cinco palmos, ou a um metro e dez centímetros. Portanto, uma camisa confeccionada com onze varas de tecido, era um camisolão que afogava qualquer um de tão grande. Mas concretamente explicando, imagine-se que uma família estivesse assistindo a um circo, e sua empanada sobre esta arriar-se, era uma tremenda dificuldade para sair ilesa. Então em face disso, todo seridoense sabe que a expressão, como já falamos, simboliza um momento de dificuldade pela qual passam as pessoas.

Terminada a explicação, as alunas que não tinham origem provinciana, nem a lavra sertaneja, após olharem uma pra outra, indagaram a este velho escrita: onde e como se aprende isto, já que no curso não vimos? Não me fiz de rogado, de pronto respondi-lhes: nos grotões do meu velho Seridó, ou “numa grota pequenina, onde a tarde a sururina chora a sua viuvez”. Catulo da Paixão Cearense soube onde achar, e fez “Luar do Sertão”.

Artigos



APONTAMENTOS SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO NORTE

Luiz Paulo dos Santos Diniz

Acadêmico do 7º período do Curso
de Direito da UFRN.

Monitor da disciplina Teoria da
Constituição e Bolsista do PRH-
ANP/MCT nº 36.

RESUMO

A Defensoria Pública é a Instituição criada pela Constituição de 1988 para promover a assistência jurídica integral e gratuita dos necessitados, nos termos do art. 5º, LXXIV. No Rio Grande do Norte, o órgão foi disciplinado pela Lei Complementar estadual n.º 251/2003. O diploma, no entanto, apresenta dispositivos de constitucionalidade discutível, mormente, a subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo e a possibilidade de nomear pessoas estranhas aos seus quadros para ocupar o cargo de Defensor Público Geral. É analisada ainda a contratação temporária de advogados para exercerem a função de Defensor Público, autorizada pela Lei ordinária estadual nº 8.742/2005. Este artigo alerta para o total descaso com a Instituição e o intuito de subjugá-la, demonstrando o vício de inconstitucionalidade de que padecem as já mencionadas disposições, com apoio na mais abalizada doutrina e nos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Dificuldades enfrentadas. Inconstitucionalidades.

1 À GUIA DE INTRODUÇÃO

“O tribunal está fechado aos pobres”¹. Já dizia o poeta Ovídio em sentença lapidar. Séculos após ter sido pronunciado, o adágio continua sendo uma assombrosa verdade a perseguir os operadores do direito, encastelados em suas indevassáveis torres de marfim. O direito aprendido nos livros, ou o *law in books* como prefere a doutrina anglo-saxônica, não consegue dominar a realidade fática, isto é, não se transforma em *law in action*.

Os socialmente desfavorecidos sempre encontraram dificuldades na tentativa de defender eficazmente os seus direitos. O Poder Judiciário só era acessível a estes quando ocupavam o banco dos réus no bojo de um processo criminal.

O legislador constituinte, cômico da flagrante situação de penúria que aflige parcela considerável da população nacional, criou instrumentos jurídicos para atenuar as desigualdades de fato. Nesse sentido, a Constituição impôs ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Mas para desincumbir-se a contento deste dever, mister se faz a criação de uma instituição: a Defensoria Pública.

Hoje, passados quase vinte anos da promulgação da “Constituição Cidadã”, o cenário não poderia ser mais desolador, haja vista a completa letargia do Poder Público. As Defensorias Públicas enfrentam cotidianamente um sem-número de dificuldades. A Instituição não logra êxito em atingir os mais recônditos rincões do País. O quadro é ainda mais dramático no Estado do Rio Grande do Norte. Mesmo nas comarcas atendidas, inúmeras são vicissitudes às quais se acham submetidos os Defensores Públicos. Além de conviverem com a falta de instalações para o funcionamento adequado da Instituição, recursos parcos e baixíssima remuneração, têm eles sob sua responsabilidade uma enorme quantidade de processos, sendo obrigados a realizar um esforço sobre-humano. Em terras potiguares, mais do que em quaisquer outras, o tribunal continua fechado aos pobres...

O Ministério Público estadual parece estar ciente deste intolerável estado de coisas, tendo ajuizado através de seus representantes diversas ações civis públicas com o intento de obter a implantação da Defensoria Pública em todo o Estado, de modo que os norte rio-grandenses não fiquem privados do direito fundamental de acesso à Justiça. Em que pese a combatividade do *Parquet* local, a assistência jurídica, nos termos da Constituição, integral e gratuita é ainda uma quimera.

Há nisto tudo um desejo velado de subjugar o órgão defensorial, impedindo que a população humilde tenha garantido o seu acesso à Justiça, muitas vezes sob a cômoda escusa da famigerada “reserva do possível”. Este artigo tentará adiante traçar um perfil da Defensoria Pública do Rio Grande do Norte, abordando alguns pontos nevrálgicos, quais sejam, a vinculação da Instituição ao Poder Executivo, a contratação temporária de advogados para exercerem as funções de

¹ Vertido do latim *Cura pauperibus clausa est*. Não sem razão, a frase é de lembrança recorrente quando se trata da temática em tela. Ver SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 606-607.



Defensor Público e a nomeação de pessoas externas aos seus quadros para o cargo de Defensor Público-Geral. Impende, todavia, abordar preliminarmente as relações da Defensoria Pública com o Estado Social e o conteúdo da cláusula de assistência jurídica integral.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL

Podem ser identificadas sem muitos embaraços na história do constitucionalismo brasileiro três fases distintas (BONAVIDES, 2006). A primeira delas se inicia em 1824 com a outorga da Constituição do Império e é marcada pela influência dos modelos britânico e francês. A segunda etapa da história constitucional do País caracteriza-se pelos estreitos laços com os ideais preconizados pelos *Founding Fathers* norte-americanos. Dessa época, é a Constituição republicana de 1891, sobre a qual exerceu manifesta influência Rui Barbosa, admirador confesso das instituições norte-americanas. É com a Constituição de 1934 que se inaugura a fase atual do constitucionalismo pátrio², sob o influxo da Constituição de Weimar e da Lei Fundamental de Bonn. É o período do Estado Democrático e Social de Direito, uma notável ruptura com o absentismo até então reinante (MELO, 2007).

O Estado Liberal que se quedava inerte frente aos problemas sociais e confiava o seu deslinde à mão invisível do mercado cedia espaço para o Estado Social. Não mais satisfazia aos reclamos de justiça a mera declaração solene e formal de que todos são iguais. Era preciso ir além, para além das abstrações. O novo modelo estatal esposado primava acima de tudo por uma noção material de igualdade.

Em 1988, imbuído de tais ideais, o constituinte efetuou uma inequívoca opção por um modelo de Estado bem delineado, qual seja, o Estado Social. O Professor Ingo Sarlet (*apud* P. O. G. ROCHA, 2007, p.187) expõe de maneira eloqüente as razões de semelhante entendimento:

Também não pode ser olvidado que a nossa República se apresenta como um Estado Social e Democrático de Direito, cujos contornos básicos se encontram ancorados no preâmbulo, nas normas dos arts. 1º a 4º da CF/88 (Princípios Fundamentais), pela consagração expressa de um catálogo de direitos fundamentais sociais (arts. 6º a 11) e em face dos princípios norteadores dos títulos que versam sobre as ordens econômica e social (arts. 170 e 193), isto sem falar nas diversas normas concretizadoras destes princípios que se encontram dispersas pelo texto constitucional.

Este modelo estatal, como se deixou antever linhas atrás, resulta diretamente de uma sensível mudança na noção de igualdade. Abandonou-se a igualdade

² Óbvio, porém, que essa evolução histórico-constitucional não se deu de forma linear. Observam-se, ao revés, notáveis retrocessos, representados pelas Constituições de 1937 e de 1967 e pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.



formal do liberalismo oitocentista em favor de uma noção material e concreta de igualdade, passando esta a constituir o centro medular do novo Estado, consoante escólio do mestre Paulo Bonavides (2006). Com muita propriedade, Celso Antônio Bandeira de Mello (1993) aduz que o *mandamus* constitucional a impor igualdade se dirige não apenas ao aplicador do direito, mas também e principalmente – e é nesse aspecto que se sobressai a substancialidade do princípio –, ao legislador, em sua atividade de produção normativa.

Dessa maneira, a assistência jurídica integral e gratuita se apresenta como corolário da idéia de igualdade preconizada retro (P. O. G. ROCHA, 2007), insita ao novo modelo de Estado. Não passa imune à avaliação do ente estatal o fato de existirem grupos vulneráveis, impossibilitados de exercerem plena e satisfatoriamente os direitos que possuem. Sob o Estado Liberal, digna de censura seria toda conduta tendente a munir de meios materiais os socialmente desfavorecidos. Com o advento do Estado Social, o tratamento diferenciado se torna um imperativo de justiça. As desigualdades sociais são corrigidas mediante a intervenção estatal. Àqueles sem recursos suficientes para litigar num processo judicial ou administrativo ou para defenderem os seus direitos em paridade de armas, é assegurada assistência jurídica através de uma instituição voltada para este fim: a Defensoria Pública.

3 O CONTEÚDO DA CLÁUSULA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL

Ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2006) que a idéia de acesso à Justiça foi bem sintetizada pela doutrina brasileira na feliz expressão *acesso à ordem jurídica justa*. Inconfundível esta com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingressar em juízo. Para o Direito atingir seu fim de pacificação social com justiça, reveste-se de capital importância remover os obstáculos que impedem ou dificultam a defesa adequada dos direitos, garantir a observância do devido processo legal e assegurar a efetiva participação no convencimento do convencimento do magistrado.

É de solar evidência, todavia, que a noção acesso à Justiça ultrapassa as portas do Poder Judiciário. É bem verdade que no seio deste ocorrerá a resolução de grande parte das controvérsias, mas não se pode descartar, *a priori*, a solução extrajudicial dos conflitos. Daí porque o legislador constituinte haver consagrado a assistência jurídica de maneira *integral*, de modo a abranger tanto o patrocínio em juízo como a orientação extrajudicial (P. O. G. ROCHA, 2007). A atuação do órgão defensorial, portanto, não se restringirá à seara judicial³. Da mesma forma, abarcará não apenas as pessoas físicas, como também as pessoas jurídicas, às quais se possam qualificar como necessitadas.

³ No elenco de funções institucionais da Defensoria Pública do Estado trazido pela Lei Complementar estadual n.º 251/2003, está o dever de “promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses”.



4 A DEFENSORIA PÚBLICA NO RIO GRANDE DO NORTE

O constituinte de 1988 tentou abrir as portas dos tribunais aos pobres, impondo a criação da Defensoria Pública e fixando os contornos gerais a serem seguidos pelos Estados e pela União na estruturação da Instituição. Anteriormente ao advento da nova ordem constitucional, o Poder Público prestava assistência judiciária na forma da Lei nº 1060/1950, não raras vezes de forma precária (NEDER, 2002). Essa atividade era e ainda é, em alguns casos, prestada através de advogados remunerados pelo Estado, por membros do Ministério Público ou por órgãos vinculados ao Poder Executivo, como as Procuradorias de Assistência Judiciária (P. O. G. ROCHA, 2007). Em alguns estados, as funções da Defensoria Pública são entregues a entidades do chamado terceiro setor. A constitucionalidade desses convênios ou parcerias, no entanto, é de ser rechaçada (PONTES FILHO *apud* FRANÇA, 2006). No Rio Grande do Norte, é comum os juízes criminais nomearem defensores dativos, isto é, advogados particulares, para os réus presos que não possuem patrono constituído nos autos, incumbência que, a princípio, deveria ser da Defensoria Pública, a qual ainda se encontra em estágio embrionário no Estado. As conseqüências não poderiam ser mais nefastas. Os advogados dativos, desestimulados pelas dificuldades de obter do Poder Público a retribuição pelos serviços prestados, não desenvolvem com apuro técnico o encargo recebido.

Consoante prelecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 270, grifos nossos), “a atual Constituição introduz um avanço substancial, na matéria, na medida em que *institucionaliza* no âmbito da própria Lei Maior a assistência judiciária⁴”. Vê-se assim que a Constituição não se limitou à vaga promessa de acesso universal à Justiça, mas forneceu os mecanismos para atingir essa meta através da instalação da Defensoria Pública em todo o território nacional (NEDER, 2002). Esta institucionalização do direito fundamental de acesso à justiça não veio sem atraso no Estado. Somente após quase quinze anos da promulgação da atual Carta Magna, foi criada a Defensoria Pública pela Lei Complementar estadual n.º 251, de 07 de julho de 2003, a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado. Todo este lapso temporal apenas para conferir existência formal à Instituição, pois a esmagadora maioria das comarcas do interior do Estado sequer possui um único Defensor Público. Relatório do Ministério da Justiça (2006) revela que somente 11,1% das comarcas do Estado são atendidas pela Defensoria Pública. E mesmo onde se pode encontrá-los, o número é tão diminuto que as garantias do contraditório e da ampla defesa ficam reduzidas a uma dimensão eminentemente formal. O levantamento feito pelo Ministério da Justiça (2006) mostra ainda que em 2005 cada um dos três Defensores Públicos em atividade no Estado ajuizou cerca de 1900 ações judiciais. Para efeito de comparação, os Defensores Públicos cearenses e paraibanos ingressaram, respectivamente, com 167 e 139,4 ações no Poder Judiciário. Há casos extremos em que um mesmo Defensor tem de comparecer simultaneamente a duas,

⁴ Embora os doutos constitucionalistas tenham se valido aqui de expressão demasiado restrita, não pretendeu ele restringir o âmbito de atuação dos Defensores Públicos.



três e até quatro audiências.

Uma situação deveras intolerável, pois que Defensoria Pública se acha disciplinada no capítulo destinado às Funções Essenciais à Justiça, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Pública. Isso decorre, segundo Marcacini (*Apud* P. O. G. ROCHA, 2007), da existência de três ordens distintas de interesses legítimos a serem protegidos pelo Estado. Logo, razão não haveria para tamanha disparidade no tratamento conferido a cada um deles. No entanto, a isonomia imposta não conseguiu sair das páginas da Constituição e se materializar no mundo dos fatos. De fato, lembra Neder (2002) que agride a consciência nacional o fato de jamais faltarem ao Poder Público recursos para implementar as ações da sua própria Advocacia-Geral e do Ministério Público, mas que sejam sempre inexistentes para estruturar a Defensoria Pública.

5 DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO NORTE: ÓRGÃO DO PODER EXECUTIVO?

A Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado assegurou no parágrafo único de seu art. 3º o exercício das funções precípua da Instituição até mesmo contra pessoas jurídicas de Direito Público⁵. Esta aparente liberdade é, no entanto, frustrada em virtude do parágrafo único do art. 1º do referido diploma legislativo, que estabeleceu a subordinação da Defensoria Pública estadual ao Governador do Estado⁶. Ora, como podem então os Defensores Públicos desenvolverem a sua hercúlea missão, litigando contra o Estado, se estão eles indissolavelmente ligados à Governadoria por força da lei?

A vinculação ao Poder Executivo é de constitucionalidade no mínimo duvidosa, em face do modelo proposto para o órgão pela Lei Maior. Convém, contudo, tecer algumas considerações acerca da clássica teoria da “divisão dos poderes”⁷.

Tal qual adverte o ilustre Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior (1972), a “divisão dos poderes” do Estado obedece a duas técnicas distintas. Uma delas funda-se na distribuição de “poderes” a diferentes entes políticos, com fulcro em critérios geográficos. No caso brasileiro, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A outra, por sua vez, realiza a “tripartição dos poderes” com base em critérios funcionais. Confere-se a órgãos distintos, porém independentes e harmônicos, uma dada função, não com exclusividade, mas sim com predominância. É esta divisão pautada critérios funcionais que interessa a este trabalho.

Embora se possa ainda identificar vozes respeitáveis a se insurgir contra a

⁵ Art. 3º. *Omissis*

Parágrafo único. As funções institucionais da Defensoria Pública do Estado serão exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de Direito Público.

⁶ Art. 1º. *Omissis*

Parágrafo único. A Defensoria Pública do Estado, com autonomia funcional e administrativo-orçamentária, integra a estrutura do Poder Executivo e constitui órgão diretamente subordinado ao Governador do Estado.

⁷ Na verdade, o poder é uno e titularizado pelo Estado como um todo, não comportando fracionamento.



classificação mais difundida das funções estatais, é aceita com visos de generalidade na doutrina a classificação tripartite das funções estatais: a legislativa, a jurisdicional e a administrativa (ou executiva)⁸. Esta trílice divisão, conforme magistério do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), não resulta da própria natureza das coisas, mas da consagração jurídica de um ideário político, qual seja, o pensamento iluminista dos séculos XVIII e XIX.

A função legislativa envolveria a edição de normas jurídicas normalmente abstratas e de caráter geral, que inovam originariamente a ordem jurídica. Somente é exercida pelo Estado, sendo inadmissível a sua delegação (BANDEIRA DE MELLO, 2007). Seria desempenhada por órgãos designados pela própria Constituição e haveria de seguir um determinado rito, a saber, o processo legislativo, disciplinado nos arts. 59 a 69 da *Lex Legum*.

A função jurisdicional, tal qual a legislativa, é de exercício exclusivo e indelegável por parte do Estado. Consiste na resolução de controvérsias com força de coisa julgada, isto é, a impossibilidade de rediscussão a respeito de certa lide, por já haver sido ela decidida por órgão jurisdicional em última instância ou pela ausência de recurso em tempo oportuno (BANDEIRA DE MELLO, 2007). Pressupõe o conflito de interesse e a provocação do interessado, uma vez que somente por exceção se aceita a instauração de processo *ex officio*.

Por derradeiro, tem-se a função administrativa. É desempenhada pelo Estado ou por particulares no exercício de prerrogativas públicas. No sistema constitucional brasileiro, é marcada pela expedição de atos infralegais destinados a assegurar o fiel cumprimento da lei e, excepcionalmente, da Constituição (MELLO, 2007).

Quid juris, a par das idéias expostas, que função exerce a Defensoria Pública?

Mostra-se, de plano, indubitável que a Defensoria Pública não realiza qualquer função legislativa, pois não lhe é dado inovar a ordem jurídica, editando normas de conteúdo geral e abstrato. Seu dever é propiciar aos grupos vulneráveis o acesso à ordem jurídica posta. Tampouco desempenha função jurisdicional, já que não decide conflitos em caráter definitivo, embora deva buscar a sua conciliação através das vias extrajudiciais, segundo as disposições do art. 3º, inc. I do Estatuto da Defensoria Pública do Estado. Entretanto, não se confunde esta atividade com a jurisdição.

A função primordial da Defensoria Pública está insculpida no art. 134 da Constituição Federal, a saber, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, inc. LXXIV. Esta relevante tarefa poderia ser classificada como função administrativa específica⁹. É função administrativa, porque exercida mediante atos infralegais, sobretudo, atos processuais, embora a estes não

⁸ Existiria ainda uma função política ou de governo, que compreenderia atos que não se enquadram no esquema esboçado acima.

⁹ Adota-se aqui a solução proposta pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior (1972) ao enfrentar problemática semelhante, relacionada à função desenvolvida pelo Ministério Público e sua posição no quadro dos Poderes da República.



se resumam, com o escopo de assegurar o cumprimento das leis e da Constituição, viabilizando o acesso dos necessitados e dos grupos vulneráveis a ordem jurídica. É exatamente desta natureza *sui generis* das atividades desempenhadas pela Defensoria Pública, inconfundível com as exercidas pelos demais órgãos da Administração Pública, que decorre a especificidade da sua função. Demais disto, a própria Lei Magna disciplinou o órgão defensorial em capítulo próprio, ao lado do Ministério Público, distinto daquele referente ao Poder Executivo, o que implica dizer que ambas as instituições não estão a ele ligadas, não integrando a sua estrutura.

À luz das razões expendidas, outra conclusão não parece ser possível, senão a de que a Defensoria Pública afigura-se sob a égide da atual Carta Política como um autêntico *órgão constitucional autônomo*¹⁰, desvinculado dos demais Poderes da República, em posição que se assemelha a do Ministério Público e a do Tribunal de Contas.

6 SOBRE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ADVOGADOS PARA EXERCEREM AS FUNÇÕES DE DEFENSOR PÚBLICO

Tento em vista a carência de Defensores Públicos no Estado, foi editada a Lei ordinária estadual n.º 8.742, de 30 de novembro de 2005, que versa “sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de Defensor Público no âmbito da Defensoria Pública do Estado”. Dispõe o mencionado diploma:

Art. 1º. O Estado do Rio Grande do Norte fica autorizado a contratar, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, vinte advogados para exercerem a função de Defensor Público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte.

§ 1º. A contratação a que se refere o caput deste artigo será feita exclusivamente para suprir a motivada falta de Defensores Públicos do Estado, do Quadro Permanente da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte.

§ 2º. Omissis

Art. 2º. O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive por meio do Diário Oficial do Estado (DOE), prescindindo de concurso público.[grifos nossos]

Salta aos olhos a evidente hostilidade ao art. 134 da Lei Maior referido alhures, que afirma ser a Defensoria Pública uma Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo nítido o caráter permanente do órgão defensorial.

¹⁰ Em sentido contrário, ver SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 636.



Logo, incabível a contratação temporária de advogados para exercerem as funções de Defensor Público. Este desempenha atividades de elevada importância, incompatíveis com o regime de contratação temporária. Da mesma forma que é impensável a contratação temporária de juizes e promotores, é igualmente inaceitável o recrutamento interino de Defensores Públicos.

Ao dispensar a exigência de concurso público, a lei em comento se encontra em franca oposição aos ditames constitucionais. Isto porque ao consagrar a ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos, a Constituição condicionou-a a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Os fundamentos desta vasta exigibilidade do concurso público são os princípios da impessoalidade, da moralidade e da competição (CARVALHO FILHO, 2007). Constitui também uma expressão concreta do princípio da isonomia, inscrito no *caput* do art. 5º da *Lex Legum* (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

As exceções ao princípio concursal estão expressa ou implicitamente contidas na Constituição. Trilhando esta senda, o suposto fulcro para a contratação de Defensores Públicos temporários através processo seletivo simplificado estaria no art. 37, inc. IX, o qual, *in verbis*, preceitua que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Não obstante se reconheça a competência do Estado-membro para regulamentar a lei aludida (SILVA, 2006), não se pode perder de vista a inafastável certeza de que a necessidade temporária de excepcional interesse público se refere apenas aos casos em que a própria necessidade é em sua essência temporária ou a um incremento extraordinário na demanda por um serviço público. Ora, esta não parece ser a hipótese configurada em tela. Muito pelo contrário. Sabe-se que há uma permanente necessidade de Defensores Públicos e a demanda só atingiu os níveis atuais devido à histórica desídia do Estado com relação à questão.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema, ao examinar a constitucionalidade de Lei do Estado do Espírito Santo com teor semelhante. Na ocasião, o Pretório Excelso julgou, por unanimidade, procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo acórdão merece transcrição:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CF, art. 37, II e IX. Lei nº 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade.

I – A regra é a admissão de servidor mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação de pessoa por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

II – Lei nº 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, Defensores



Públicos: inconstitucionalidade.

III – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRASÍLIA (DF). ADI 2.229-6/ES. Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Velloso. J. 09/06/2004. DJ 25/06/2004. P. 0003)

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, consciente do papel a ser exercido pela Defensoria Pública, ingressou com a Ação de Direta de Inconstitucionalidade 3700/RN contra a totalidade da já citada Lei estadual n.º 8.742/2005, cujo desfecho muito provavelmente será o mesmo da congênera capixaba.

7 DEFENSOR PÚBLICO-GERAL: CARGO DE LIVRE NOMEAÇÃO?

O *caput* do art. 7º¹¹ da Lei Orgânica da Defensoria estadual preceitua que a Instituição é chefiada pelo Defensor Público-Geral, escolhido livremente pelo Governador do Estado dentre advogados de reconhecido saber jurídico e idoneidade. O dispositivo, contudo, revela-se inconstitucional, tanto do ponto de vista formal quanto material.

O Estatuto Político da Nação determina em seu art. 134, §1º¹² que a União editará lei complementar prescrevendo normas gerais para a organização das Defensorias Públicas estaduais. Trata-se, portanto, de competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública.

Por esse motivo, não pode a União descer a minúcias e disciplinar detalhada e exaustivamente certa matéria, extravasando o domínio das normas gerais, sem invadir a competência do ente federado. Analogamente, não pode o Estado-membro contrariar os dispositivos de caráter geral existentes, resultantes do legítimo exercício de competência concorrente, sob pena de incidir em inconstitucionalidade. Não é outra a posição de Pontes de Miranda (1970, p. 170), para quem “a legislação estadual que se não limita à função supletiva ou complementar é inconstitucional”.

A União, mantendo-se adstrita aos limites de normatização geral, veio a editar a Lei Complementar federal n.º 80, de 12 de janeiro de 1994. No *caput* de seu art. 99, consta a exigência de que o Defensor Público-Geral seja egresso das fileiras da Instituição, devendo ter mais de 35 anos, conforme disposto na lei estadual¹³.

¹¹ Art. 7º. A Defensoria Pública do Estado tem por chefe o Defensor Público-Geral do Estado, de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, dentre advogados, com reconhecido saber jurídico e idoneidade.

¹² Art. 134. *Omissis*

§1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia de inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

¹³ Art. 99. A Defensoria Pública do Estado tem por chefe o Defensor Público-Geral, nomeado pelo Governador do Estado, dentre integrantes da carreira maiores de trinta e cinco anos, na forma disciplinada pela



Se o Defensor Público-Geral será integrante da última categoria da carreira ou, ao menos, de categoria intermediária, cabe ao Estado-membro no exercício de sua competência suplementar decidir. O que se mostra inadmissível é que a Defensoria Pública seja chefiada por quem não integre seus quadros.

Do cotejo do *caput* do art. 7º Lei Complementar estadual n.º 251 com o *caput* art. 99 a Lei Complementar, resta clara e cristalina a incompatibilidade entre os preceitos legais, configurando assim hipótese de inconstitucionalidade formal, por haver a norma local contrariado as diretrizes gerais da legislação nacional, transbordando de sua competência suplementar conferida pela *Lex Magna*. Convém trazer à baila voto da lavra do Ministro Celso de Mello, quando examinou dispositivo da Lei Orgânica da Defensoria Pública paraibana que continha dicção análoga:

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que a Lei Complementar paraibana n.º 48, de 24 de abril de 2003, ao introduzir alterações [...] para, desse modo, permitir a livre nomeação, por ato do Senhor Governador do Estado, do Defensor Público-Geral, [...] podendo, por efeito dessas modificações, escolher pessoas estranhas à carreira, veio a incidir em evidente transgressão às normas gerais inscritas nos arts. 99 e 104 da Lei Complementar n.º 80/94 que a União Federal editou com fundamento no § 1º do art. 134 da Constituição, na redação que lhe deu a EC 45/2004. As referidas normas gerais – que estabelecem padrões mínimos e homogêneos a serem observados por todos os Estados-membros da Federação – definem requisitos destinados a valorizar a carreira de Defensor Público e a fortalecer a autonomia institucional (funcional e administrativa) da Defensoria Pública estadual, vindo a condicionar, por isso mesmo, como natural decorrência de tais prescrições constitucionais (CF, art. 134, § 1º e § 2º), o processo de investidura nos altos cargos de Defensor Público-Geral, de seu substituto e de Corregedor Geral da Defensoria Pública local.¹⁴

Mas não é só. A norma local afronta ainda a Constituição do ponto de vista substancial. A Defensoria Pública tem como princípios reitores a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. A unidade refere-se ao fato de todos os membros da Instituição integrarem um único órgão, com as mesmas funções e finalidades (J. B. ROCHA, 2007). A indivisibilidade decorre da possibilidade de seus membros poderem ser substituídos uns pelos outros, de acordo com normas legais (J. B. ROCHA, 2007). A independência funcional significa que, no exercício de suas atribuições, os Defensores Públicos não se submetem às ordens oriundas de outros

legislação estadual.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRASÍLIA (DF). ADI 2.903-7/PB. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. J. 01/12/2005. DJ 12/12/2004. P. 0493



órgãos ou mesmo do Chefe da Instituição (J. B. ROCHA, 2007).

Estes princípios receberam consagração expressa no art. 3º Lei Complementar federal n.º 80/1994. Todavia, já se encontravam eles implicitamente albergados na Constituição. Senão, vejamos. O *caput* do art. 134, ao referir-se a Defensoria Pública, utiliza o singular, tal como ocorre nos arts. 92 e 128 em relação ao Poder Judiciário e o Ministério Público, respectivamente, dando a se entender que se trata de uma única Instituição. Justamente por ser una, os Defensores Públicos não se vinculam aos processos em que atuam, sendo possível a substituição de uns pelos outros segundo os critérios definidos em lei. A eles também é garantida a inamovibilidade, cujo fito incontestável é salvaguardar a sua independência funcional. Conjugados os princípios acima, não resta qualquer dúvida ou entredúvida de que a nomeação de pessoas estranhas ao órgão defensorial para o cargo de Defensor Público-Geral também é, sob o enfoque material, maculada pela eiva de inconstitucionalidade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo do presente trabalho, observa-se uma tentativa escamoteada, por vezes deliberada, de encabrestar a Defensoria Pública do Rio Grande do Norte, pondo-lhe rédeas. A subordinação ao Poder Executivo parece não ter outro objetivo senão o de amordaçar os Defensores Públicos, retirando com a mão esquerda a independência funcional concedida com mão direita e desnaturando o seu caráter de órgão constitucional autônomo. O próprio processo de escolha da Chefia da Instituição só corrobora esse raciocínio, além de evidenciar o completo menoscabo pela carreira. O desprezo é tanto que mesmo em face de pronunciamento anterior do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucionalidade da contratação de Defensores Públicos temporários, o Estado do Rio Grande do Norte insistiu em editar lei com esse teor.

Enfim, inúmeros são os infortúnios pelos quais passam os Defensores Públicos em sua luta cotidiana pela concretização dos direitos dos socialmente desfavorecidos. Aqueles aqui tratados constituem uma parcela ínfima deles, de sorte que a máxima de Ovídio ainda continuará a atormentar quem lida com o Direito por muito tempo...

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público: posição constitucional e conceito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 436, p. 294-301, 1972.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. **II Diagnóstico da Defensoria Pública**. Brasília, 2006, 131 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANÇA. Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 de abril de 2008.

MELO, Larissa Weyne Torres. **A Defensoria Pública como meio de Acesso do Cidadão à Justiça**. 2007. 75 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

NEDER, Suely Pletz. Defensoria Pública: Instituição Essencial ao Exercício da Função Jurisdicional pelo Estado e à Justiça. **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 01, de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação**



Civil Pública tendo por Objeto Direitos Transindividuais. 2007. 100 f. Monografia (Especialização em Direito) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de Direitos Fundamentais na Perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, n. 60, p. 184-206, julho/agosto/setembro, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NOTES ON THE DEFENSORIA PÚBLICA OF THE RIO GRANDE DO NORTE.

ABSTRACT

The Defensoria Pública is the Institution created by the Constitution of 1988 to promote the full and free legal aid to the poor, as the art. 5º, LXXIV prescribes. In the Rio Grande do Norte, this department has been regulated by the Lei Complementar estadual nº 251/2003. The statute, however, displays precepts with discussible constitutionality, mainly, the subordination of the Defensoria Pública to the Executive Branch and the possibility of nominating people who are strange to its staff to occupy the office of Defensor Público-Geral. It is also analyzed the act of contracting private attorneys to carry out temporarily the functions of Defensor Público, allowed by the Lei ordinária estadual nº 8742/2005. This paper warns to the total carelessness with the Institution and to the purpose of taming it, demonstrating the vice of unconstitutionality that the mentioned dispositions suffer, with support on the most authoritative doctrine and on the pronouncements of the Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Defensoria Pública. Problems faced. Unconstitutionality.

Artigo finalizado em abril de 2008.



A **IMPORTÂNCIA DO EIA- RIMA NA IMPLANTAÇÃO DE CAMPOS DE GOLFE NO RN**

Mariana Evangelista de Holanda Gomes

Acadêmica do 6º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

Partindo da constatação do crescimento do número de empreendimentos com campos de golfe a serem instalados no Rio Grande do Norte e da compreensão de que o Direito tem tanto sua origem quanto área de atuação nos fatos sociais, este trabalho busca explicitar a importância do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), e seu respectivo Relatório (RIMA) na implantação desse tipo de projeto a partir da análise dos aspectos essenciais a serem abordados nesse instrumento. Diante do exame de periódicos, legislação e doutrina, e considerando-se que o EIA tem como objetivo maior a concretização do princípio ambiental da precaução, buscou-se fundamentar que, devido à natureza peculiar da prática de golfe, torna-se imprescindível a inclusão desse equipamento esportivo como ponto de estudo do EIA, a partir de uma apreciação técnica apurada de certos quesitos essenciais. Considerando que a presença de campos de golfe no Brasil é recente, percebe-se que a participação adequada de todos os sujeitos envolvidos no processo de licenciamento desses empreendimentos é indispensável para que eles constituam expressão de desenvolvimento sustentável e garantam o efetivo exercício do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado.

Palavras-chave: Estudo de Impacto Ambiental. Campos de Golfe. Rio Grande do Norte.

“O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar as diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.”
(Princípio 14 da Declaração de Estocolmo, 1972).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito tem nos fatos sociais tanto sua origem quanto sua área de atuação (*“Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus”*). Sua finalidade é estabelecer as limitações necessárias para garantir o equilíbrio e a justiça das relações sociais, decorrendo diretamente destas. Partindo desse pressuposto, percebe-se que quaisquer fatos sociais que gere efeitos em diversos setores da sociedade, como política, economia, meio ambiente, opinião pública, e que possa vir a influenciar a ordem social é passível de interferência do Direito, seja para prevenir, coagir ou dirimir conflitos.

Diante dessa conclusão, compreendemos que a expansão das atividades de implantação de empreendimentos que têm no campo de golfe sua âncora tem se apresentado nos últimos tempos como fato social passível de interpretação jurídica. Principalmente no Rio Grande do Norte isso tem se tornado fato, visto que o conflito existente entre a implantação de tais projetos e a necessidade de preservação ambiental constitui um dos eventos mais comentados dos últimos meses, principalmente após a intervenção do Ministério Público Estadual no processo de licenciamento do empreendimento “Grand Natal Golf” (RIO GRANDE DO NORTE, 2008).

Segundo dados da Confederação Brasileira de Golfe (2008), o Brasil possui cerca de 15 mil golfistas e 62 campos oficiais, números que crescem de forma assombrosa visto que os investimentos em novos empreendimentos com campos de golfe no Brasil – tanto *resorts* quanto condomínios de luxo, giram em torno de alguns bilhões de reais, vindos principalmente de grupos estrangeiros. Tendo como foco principal à região Nordeste do país, sendo o RN o estado com maior número de projetos em vias de execução, o “mercado de campos de golfe” visa, prioritariamente, atingir um público alvo bastante específico: estrangeiros que fazem turismo ou que buscam em nosso país uma segunda morada. Um dos principais atrativos que colocam o Brasil como um mercado promissor nessa área, é exatamente sua diversidade de ambientes naturais, que proporcionam ao golfista uma maior quantidade de experiências quanto à arquitetura e paisagem dos campos. No caso específico do nosso estado, têm-se ainda outros fatores que potencializam essa “explosão” de projetos: sua localização estratégica – com extrema proximidade à outros destinos que desenvolvem o esporte, como Espanha e Portugal; o clima ameno, com cerca de 300 dias de sol por ano; a extensa área de litoral que já passa pelo processo de expansão imobiliária, e ainda o apoio governamental a partir de programas como a “Agenda do Crescimento”, proporcionado pelo Governo do Estado.

Considerando que a implantação de qualquer tipo de projeto imobiliário ou turístico gera impactos ambientais, temos como consequência clara desse



movimento o conflito existente entre o desenvolvimento econômico gerado pelos empreendimentos com campos de golfe – sejam hotéis ou condomínios – e os aspectos de Direito Ambiental a serem analisados quando da viabilidade de implantação do projeto e em todo o processo de licenciamento. Assim, após pesquisa quanto à natureza da implantação e operação dos campos de golfe, constatou-se que este tipo de empreendimento, mesmo que seja equipamento acessório a um projeto mais amplo, deve *obrigatoriamente* ser analisado através de estudos ambientais, notadamente por meio do EIA-RIMA¹. Partindo desse pressuposto, e com o intuito de fundamentar tal ponto de vista, serão apresentados neste estudo certos caracteres essenciais aos estudos ambientais desse tipo de empreendimento, considerando a relação entre os impactos de sua implantação no meio ambiente de nosso estado e a legislação referente – tanto federal, quanto estadual; e também formas exemplificativas de minimizar tais impactos e garantir a viabilidade desses projetos como expressão de desenvolvimento sustentável.

2 O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA)

A presença de normas que disciplinam o Meio Ambiente no Brasil não é tão recente como podem pensar alguns desavisados, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas já traziam em seu corpo normas de proteção para alguns setores pontuais como a caça e pesca e o despejo de afluentes em rios. Porém, tais normas somente constituíram um sistema de Direito Ambiental por influência da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pela ONU em Estocolmo-Suécia no ano de 1972 e que deu origem a chamada “Declaração de Estocolmo”. Esse clamor social e mundial a respeito de uma tutela efetiva sobre o Meio Ambiente levou à edição da Lei 6.938 de 31/08/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, revelando uma “mudança qualitativa no sistema legal de proteção ambiental” (ANTUNES, 2006, p. 280). Anos depois, tem-se o advento da Constituição Federal de 1988 que, trazendo o Meio Ambiente como “bem jurídico de *per se*” e dedicando ao tema um capítulo inteiro, garantiu em seu artigo 225 o direito ao meio ambiente equilibrado como decorrência do princípio da dignidade humana:

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

¹ Não queremos defender nesse estudo a obrigatoriedade de um EIA-RIMA *exclusivo* para o campo de golfe, quando ele for parte de um projeto imobiliário. Afirmamos, porém, que sendo elemento acessório a um empreendimento mais amplo deve constar no EIA-RIMA do empreendimento principal não de forma meramente ilustrativa. Antes, deve ser alvo de pesquisas e análises de viabilidade ambiental que contemham o mesmo afinco empenhado aos demais elementos do projeto e que englobem de forma bastante detalhada os aspectos adiante analisados.



Nesse contexto, o Estudo de Impacto Ambiental constitui um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), uma das espécies de Avaliação de Impactos Ambientais que expressam de forma mais concreta o Princípio Ambiental da Precaução, sendo instituto constitucional previsto no inciso IV, do parágrafo primeiro do artigo 225:

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

[...]

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade *potencialmente* causadora de *significativa degradação*, estudo *prévio* de impacto ambiental a que se dará publicidade.”
[grifos nossos].

Tendo como função, conforme os dizeres do mestre Édis Milaré (2005, p. 490), a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente”, é composto de estudos técnicos realizados por equipe multidisciplinar e deve ser elaborado previamente, antecedendo o processo de licenciamento ambiental sendo obrigatório para toda obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação². A partir da edição do Decreto Federal nº. 88351, de 01/06/83, que regulamentou a Lei da PNMA, a avaliação de impactos ambientais, da qual o EIA é espécie, tornou-se vinculada aos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos impactantes, sendo obrigatória conforme dispôs claramente a Resolução CONAMA 237/97:

“Art. 3º - A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.”

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) traz em si outro documento, o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, destinado a expressar as conclusões decorrentes do EIA, esclarecendo as conseqüências do empreendimento em estudo

² Interessante notar aqui a presença no dispositivo constitucional da expressão “*na forma da lei*”. A utilização de tal expressão abre margem para uma celeuma doutrinária acerca do sentido dado ao vocábulo “lei”. Para a maioria da doutrina, o termo “lei” estaria sendo empregado no sentido de norma jurídica, sendo possível a exigência do EIA/RIMA por resoluções administrativas (MILARÉ, 2006; MACHADO, 2005). Existe, porém, opinião diversa, como a expressada por Paulo de Bessa Antunes (2006, p.284-285), onde somente poderia ser possível a regulamentação acerca da exigência do EIA/RIMA por meio de lei formal, atendendo assim ao princípio fundamental da Administração Pública, o da legalidade. Apesar de compreender os fundamentos do posicionamento de Antunes, este artigo apresenta posicionamento consoante com a maioria da doutrina defendendo que a exigência de EIA/RIMA está baseada na previsão da Resolução CONAMA 001/86, o que pode ser comprovado tanto na prática administrativa quanto na prática judiciária.



de forma mais clara e compreensível. Ambos podem ser tratados como um todo, sendo que o EIA englobaria o RIMA (MACHADO, 2006). Além de ser regido pelos princípios inerentes a PNMA, o EIA/RIMA foi posteriormente regulamentado através de atos normativos do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, também instituído na Lei da PNMA, notadamente as Resoluções 001/86, com as diretrizes gerais para a avaliação de impactos ambientais, a 009/87, que instituiu o princípio da participação popular no processo do EIA/RIMA, e a 237/97 sobre os aspectos do licenciamento ambiental.

Considerado uma das modalidades mais importantes da avaliação de impacto ambiental, o EIA é obrigatório para alguns tipos de empreendimentos, sendo base essencial do processo de licenciamento destes, conforme o artigo 2º da Resolução CONAMA 001/86. Cabe aqui ressaltar o caráter exemplificativo deste rol, que pode ser ampliado pela legislação estadual ou municipal ou por determinação do órgão licenciador, ou do Poder Judiciário, necessitando somente a constatação do pressuposto essencial para a exigibilidade do EIA, qual seja, a possibilidade do empreendimento causar *significativa degradação* ao meio ambiente.

Traz o dispositivo constitucional, acerca do EIA, a responsabilidade do Poder Público de exigi-lo na forma da lei. Como procedimento administrativo, é regido pela definição de competências trazidas no artigo 23 da Constituição Federal que diz que é competência comum de União, Estados, Distrito Federal e Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Na regulamentação trazida pela Resolução CONAMA 001/86, a iniciativa de exigência do EIA foi entregue diretamente aos órgãos estaduais competentes, exceto nos casos de expressa competência federal, sob responsabilidade do IBAMA, ou de exclusivo interesse municipal, de responsabilidade do órgão municipal competente.

Nesse contexto, trazemos à baila a responsabilidade essencial do Poder Público do Rio Grande Norte sobre a exigibilidade do EIA/RIMA para empreendimentos que possam causar *significativa degradação* ao meio ambiente de nosso estado. A constituição estadual traz, com molde na Federal, um capítulo exclusivo dedicado ao Meio Ambiente (arts. 150 a 154), prevendo também a responsabilidade do Poder Público quando da exigência de EIA nos casos específicos. Regulamentando esses dispositivos, foi editada em 03 de março de 2004, a Lei Complementar Estadual nº. 272 que dispõe primordialmente sobre a Política e o Sistema Estadual do Meio Ambiente. No Sistema Estadual do meio Ambiente, além da instituição de um conselho normativo, deliberativo e recursal o CONEMA – Conselho Estadual de Meio Ambiente, foi determinada como entidade executora da Política Estadual de Meio Ambiente o IDEMA – Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente do Rio Grande do Norte. Este se tornou então o órgão estadual responsável, dentre outras atribuições, pelo licenciamento dos empreendimentos do estado e pela exigência do EIA para os empreendimentos em que seja necessário.

Analisando certos caracteres inerentes à natureza de empreendimentos com campos de golfe, percebemos que esse tipo de projeto encaixa-se perfeitamente no pressuposto da possibilidade de causar significativa degradação ambiental, conforme discorreremos adiante, sendo necessária a elaboração do EIA/RIMA. Considerando a realidade do nosso estado quanto à proliferação de empreendimentos desse tipo



e ainda os objetivos da PNMA e da Política Estadual de Meio Ambiente, notadamente o inciso I do artigo terceiro da lei 272/94 (“compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente”), acreditamos que o processo de análise e aprovação do estudo como base para a concessão das licenças ambientais pelo IDEMA deve pautar-se em alguns pontos específicos, opinião compartilhada pelo Ministério Público Estadual, de acordo com a Recomendação nº. 001/08 (RIO GRANDE DO NORTE, 2008), os quais são analisados abaixo.

3 ASPECTOS ESSENCIAIS A SEREM ABORDADOS NO EIA/RIMA DE EMPREENDIMENTOS COM CAMPOS DE GOLFE

3.1 Localização

Por ser um dos principais atrativos para os golfistas, a localização torna-se ponto essencial dos campos de golfe. Visto que a maioria dos praticantes tem preferência por campos de maior diversidade paisagística e topográfica, o litoral do Rio Grande do Norte, por sua extensão e beleza, é hoje um dos principais pontos de convergência de investimentos para esse tipo de empreendimento. Para a implantação do empreendimento deverá ser considerado inicialmente se o local destinado encontra-se especialmente protegido de acordo com a legislação federal e estadual.

No caso específico da instalação de empreendimentos com golfe no Rio Grande do Norte, esse quesito de localização torna-se ainda mais importante visto que a área de maior concentração dos projetos é a Zona Costeira (Litoral). A Constituição Federal, no parágrafo quarto do artigo 225 dispõe que a Zona Costeira é patrimônio nacional e sua utilização será condicionada por lei para atender aos ditames da preservação do meio ambiente. Além dessa previsão genérica de proteção, a Constituição prevê a possibilidade de criação em todos os estados da federação de espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, §1º, III), sendo esse também mais um instrumento da PNMA expresso através de quatro categorias: a Área de Proteção Especial, a Área de Preservação Permanente, a Reserva Legal e as Unidades de Conservação (MILARÉ, 2005).

A implantação de empreendimentos na área costeira deve levar em consideração que as Dunas, ecossistema bastante presente em todo o litoral do estado, são áreas prioritariamente de conservação e proteção, conforme prevê tanto o Plano de Zoneamento Costeiro Nacional (Lei 7.661/88) quanto o Estadual (Lei 6.950/96)³. Além dessa restrição quanto à implantação de projetos em áreas de dunas, deve-se ponderar também sobre as Áreas de Proteção Ambiental – APAs (criadas pela Lei 6.902/81), modalidades constantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/00), e espécies do gênero “Unidades de Uso Sustentável” (artigo 14 da

³ No caso específico de empreendimentos localizados no litoral oriental, devem ser observadas as diretrizes do Zoneamento Ecológico-Econômico do Litoral Oriental (Lei Estadual 7.871/00).



lei). Essas áreas compatibilizam a conservação da natureza e o uso sustentável de parte dos seus recursos naturais, podendo ser em terras públicas ou privadas, e em sua maioria necessitam de um Conselho Gestor (deliberativo ou consultivo) e de um Plano de Manejo. No RN temos atualmente quatro APAs criadas, sendo que a maioria não se encontra devidamente regulamentada. Salienta-se, porém, que a falta de regulamentação das APAs estaduais não desobriga o EIA quanto à adequação do empreendimento aos princípios gerais do Direito Ambiental.

Percebe-se assim que o EIA/RIMA de empreendimentos de golfe deve considerar inicialmente a possibilidade jurídica de sua implantação no local escolhido – por exemplo, se ele está em área de dunas ou manguezais, e ainda trazer as medidas protetivas e os impactos que pode causar na região. Sendo localizado em uma APA, deve-se verificar os preceitos trazidos no plano de manejo e utilizá-lo como base primordial para o desenrolar de todo o estudo. Visto que no RN a maioria das APAs criadas ainda não foi devidamente regulamentada, o empreendedor deverá tomar conhecimento do processo de regulamentação para adequar o EIA/RIMA aos trabalhos iniciados⁴.

3.2 Captação de água

Um dos pontos mais questionados sobre a implantação de campos de golfe, tanto no Brasil como em outros países do mundo, notadamente em Portugal, é o impacto causado por essa atividade no que se refere ao volume da água necessário para a manutenção do campo. Segundo dados da Organização WWF (*apud* LIMA NETO, 2007), um único campo de golfe consome por dia uma média de 15.000m³ de água. Esse dado se torna ainda mais preocupante quando vislumbramos que no futuro poderá existir no estado tantos campos quanto a região portuguesa do Algarve, onde seus atuais 31 campos consomem um volume de água equivalente a uma cidade de 240 mil habitantes (GOLFE..., 2008). Considerando ainda que o RN encontra-se em uma área de extrema escassez de água devido a seu clima, e ainda que já possui uma contaminação preocupante dos aquíferos que abastecem a região do litoral, a situação torna-se extremamente alarmante.

Além de precisar a quantidade necessária de água para a manutenção do campo, o EIA/RIMA deverá indicar o local de onde ela será captada e a real viabilidade da existência desse empreendimento considerando-se o futuro. O EIA deve estar o mais tecnicamente adequado quanto possível, principalmente quanto aos estudos hidrogeológicos, pois servirá de base para a outorga necessária para exercer o direito ao uso dos recursos hídricos, conforme dispõe o artigo 4º da Política Estadual de Recursos Hídricos (Lei nº. 6.908/96), e deve considerar ainda a possibilidade de contaminação do lençol freático por agrotóxicos e por fertilizantes (como apresentado no tópico seguinte), a real necessidade da população e até mesmo a projeção

⁴ No mesmo sentido se posiciona o Ministério Público Estadual na Recomendação nº. 02/2007, a respeito da implantação de um empreendimento na área da APA Bonfim-Guarairás.



de crescimento populacional e econômico da área atingida.

Devido ao enorme impacto da implantação e manutenção do campo de golfe, a parte do EIA/RIMA referente ao uso e captação da água deverá estar profundamente fundamentada, baseando-se nos parâmetros da legislação de recursos hídricos, tanto federal quanto estadual, sendo previsto um aproveitamento equilibrado e sustentável desse estudo. Além de ponderar sobre as limitações, viabilidade e sustentabilidade da utilização da água, o EIA deverá trazer as medidas mitigadoras para diminuir os impactos desse uso, como por exemplo, a viabilidade e os caracteres de um possível sistema de reuso da água.

3.3 Agrotóxicos e fertilizantes

Para garantir que o campo de golfe apresente os parâmetros de qualidade necessários para garantir um jogo de alto nível, é necessário que a grama utilizada esteja devidamente protegida, o que implica na utilização periódica de altas dosagens de fertilizantes e agrotóxicos. Não se pode negar que a grama do campo de golfe traz efeitos ambientais positivos, a partir de certo ponto de vista, quando consideramos que a grama absorve calor e atenua o efeito térmico, promove uma espécie de filtragem da água das chuvas além de proporcionar um bonito efeito visual e estético. Ocorre, porém, que tais benefícios são constituídos a partir de um grande impacto, qual seja, a contaminação do lençol freático a partir da infiltração das águas de irrigação.

A utilização de enormes quantidades de agrotóxicos, fertilizantes e dos demais produtos químicos necessários para a “saúde” do campo tem sido hoje um dos pontos de maior pesquisa na área de golfe. A Associação de Golfe dos Estados Unidos (USGA – United States Golf Association) apóia hoje uma das maiores pesquisas privadas no sentido de promover o desenvolvimento de novos tipos de gramas que utilizem o mínimo de químicos possível, investindo, segundo dados da Confederação Brasileira de Golfe (2008).

O EIA/RIMA, fazendo jus a seu caráter de prevenção, deverá antever o impacto dessas voluptuosas quantidades de produtos químicos que serão carreados pelas águas da irrigação para corpos d’água ou infiltrados no aquífero, e até mesmo a localização e a forma de armazenamento das embalagens utilizadas. Nos empreendimentos de golfe deverá ser obedecida tanto a Lei de Crimes Ambientais, quanto a possibilidade desse carreamento de agrotóxicos causar a morte de animais ou danos à saúde da população (Lei 6.905/98, artigos 33, 54 e 56, por exemplo) e ainda atentar para a legislação estadual quanto ao uso, controle, armazenamento e comércio de agrotóxicos, a Lei 8.762/2005. O EIA deverá prever ainda a implantação de Estações de Tratamento de Efluentes (ETE’s) exclusivas para o empreendimento, notadamente para promover a captação das águas de irrigação e promover à destinação adequada, devendo o resíduo final estar de acordo com os padrões de qualidade trazidos pelo CONAMA na Resolução 357/2005, e ainda estabelecer um estudo profundo sobre os caracteres do corpo d’água escolhido para lançamento e sua capacidade de receber esse resíduo.



3.4 Resíduos Sólidos

Os quesitos necessários para a apreciação do EIA/RIMA quanto aos resíduos sólidos não constituem para o campo de golfe grandes especificidades⁵, antes o estudo deve trazer as mesmas considerações necessárias à diminuição do impacto produzido por qualquer empreendimento turístico ou imobiliário. Assim, é necessária a previsão adequada do volume de resíduos a serem gerados pelo empreendimento como um todo, e a partir da análise do tipo de “lixo” gerado, prever um programa de tratamento de resíduos sólidos adequado.

Considerando as especificidades do Rio Grande do Norte quanto ao destino final dos resíduos sólidos nos deparamos com uma triste situação fática: a quase totalidade dos resíduos gerados pelos municípios não tem o destino final adequado, sendo depositados em “lixões”, terrenos baldios, rios e lagoas sem qualquer tratamento ou controle sobre sua decomposição. As consequências de tais condutas são gravíssimas e, mesmo que não se perceba, o lixo é hoje um dos maiores problemas ambientais da atualidade visto que acarreta diretamente a contaminação da pouca água que nos resta, seja por ser depositado diretamente nos corpos d’água, seja por infiltrar pelo solo e contaminar as águas subterrâneas.

Os empreendimentos que contêm campos de golfe, tais como os demais grandes empreendimentos que vêm se instalando em nosso estado, têm a obrigação de trazer pelo menos para si uma destinação adequada de seus resíduos sólidos, não contribuindo para a problemática já existente. Considerando que esses empreendimentos prevêm um enorme crescimento populacional, normalmente em áreas de baixa densidade demográfica, deverá o EIA estimar o impacto do empreendimento quanto à geração desses resíduos e a destinação que deverá ser dada, de forma sustentável através de medidas mitigadoras como a utilização de resíduos orgânicos em compostagem, a reciclagem ou reutilização de resíduos recicláveis, e ainda o custeio e logística da coleta e transporte desses resíduos para o tratamento adequado⁶.

3.5 Audiência Pública

Constituem como princípios fundamentais da elaboração e apresentação do EIA/RIMA o princípio da publicidade e o da participação popular, conforme diretriz constitucional trazida no §1º, inciso IV, do artigo 225. Apesar de não ser precisamente uma “restrição ambiental” aos empreendimentos com campos de golfe, a audiência

⁵ A título de reafirmação, reiteramos que no EIA deve-se prever a forma de depósito e o destino final das embalagens de agrotóxicos e fertilizantes como apresentado no tópico anterior, de forma a minimizar os possíveis impactos, atendendo assim a legislação vigente sobre o tema.

⁶ Importante salientar que, mesmo que o EIA-RIMA atenda a todos os requisitos aqui mencionados quanto à resíduos sólidos, pode ser ainda exigida, pelo IDEMA ou pelo Ministério Público Estadual, a construção de um aterro sanitário próprio ou a contratação dos serviços do aterro de Ceará - Mirim, administrado pela BRASECO, como forma de adequação do projeto aos ditames ambientais.



pública, enquanto expressão maior da possibilidade de participação popular do processo do EIA, foi incluída neste tópico, pois constitui quesito de extrema importância para que esse instrumento atinja realmente seu objetivo de prevenção e se coadune com o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado.

A Audiência Pública é instrumento de notável importância, visto que busca dirimir dúvidas sobre o EIA/RIMA e expor à população interessada os aspectos do empreendimento analisado. Garantida pela Resolução CONAMA 009/87, pode ser solicitada tanto pelo órgão licenciador, no caso o IDEMA, quanto por solicitação do Ministério Público, de entidade civil ou a pedido de cinquenta ou mais cidadãos. Acredita-se que, devido ao grande impacto causado pelos empreendimentos com campos de golfe, não deve o órgão licenciador se omitir em convocar a realização da audiência, garantindo a participação das populações afetadas e do Ministério Público, abrindo a oportunidade para o empreendedor e a equipe técnica prestarem esclarecimento e utilizando a ata dessa audiência juntamente com os estudos técnicos realizados como base para a concessão ou não do licenciamento ambiental.

4 CONCLUSÕES

A partir da análise dos fatos sociais apresentados no estado do Rio Grande do Norte, se tem observado um crescimento do número de projetos imobiliários e turísticos – condomínios e *resorts*, que trazem em sua estrutura campos de golfe. Considerando que esses equipamentos desportivos constituem uma grande fonte de impactos ambientais, acredita-se que esse movimento de implantação deve agregar ao desenvolvimento caracteres de sustentabilidade. Nesse sentido, adquire importância um melhor direcionamento para que os EIAs (e RIMAs) desses empreendimentos apresentem maior rigor técnico na sua elaboração, considerando de forma específica e peculiar os pontos essenciais abordados neste trabalho. Além disso, é necessária para a efetivação do princípio da precaução, a convergência de atitudes positivas de quatro sujeitos envolvidos: o órgão licenciador – o IDEMA, o Ministério Público, os empreendedores – responsáveis pela elaboração do EIA/RIMA, e a população.

Quanto ao IDEMA, torna-se imprescindível uma maior adequação técnica do seu corpo de funcionários para a análise e fiscalização dos processos de licenciamento desse tipo de empreendimento, visto que ele constitui uma realidade extramente nova em nosso país e que tem uma dinâmica de relação com o meio ambiente muito peculiar. Além desse esforço para a capacitação técnica do órgão estadual, torna-se imprescindível ainda a expedição de algum tipo de ato normativo por parte do CONEMA, ou até mesmo de um termo de referência por parte do IDEMA, que busque nortear e embasar os estudos para uma abordagem apurada e responsável dos pontos de restrição ora apresentados.

O papel do Ministério Público Estadual, exercendo de forma efetiva sua função de fiscal da lei e defensor dos direitos difusos, incluído neste o meio ambiente, tem sido de cumprimento de forma bastante satisfatória até o momento, frente aos demais sujeitos. Tendo uma postura inovadora e até mesmo pioneira quanto às restrições ambientais dos empreendimentos em análise, traz à discussão a real



necessidade do controle e fiscalização dos processos de licenciamento no estado, principalmente aqueles que envolvem grandes benesses econômicas e sociais.

Os empreendedores, enquanto responsáveis pela elaboração do EIA/RIMA de seus projetos, devem portar-se não como vítimas do endurecimento e rigor da análise dos processos de licenciamento de tais empreendimentos, mas sim agindo a partir de um real espírito de empreendedorismo, tendo uma visão holística da situação, percebendo sua real dependência da qualidade do meio ambiente e utilizando-se de uma abordagem de desenvolvimento sustentável, desde a concepção do projeto. Deve valer-se de tais posturas para aumentar o valor agregado do seu projeto, alcançando assim, por vezes até de uma forma mais rentável, sua finalidade primordial enquanto empresário: o lucro⁷.

A população deve atuar de forma muito mais expressiva do que vem acontecendo hoje, deve ter olhar crítico frente a esses empreendimentos, mas não de forma radical ou ignorante. Antes, deve buscar estar informada da real situação dos projetos em andamento, utilizando-se do princípio da publicidade do EIA/RIMA. A partir de uma base de informações procedentes, deve-se promover uma maior mobilização popular para fiscalizar o cumprimento das leis, tanto estaduais quanto federais, agindo assim como parceira do Ministério Público Estadual. Com toda a vênua, cabe aqui também uma crítica acerca da população do estado. Percebe-se como característica da sociedade um modo de pensar muito focado ou no local ou no nacional sem, no entanto, sentir-se parte de uma esfera regional. A mobilização sobre problemas ambientais não deve ser encarada como problema só dos habitantes mais próximos do “ponto impactante”, principalmente no contexto de nosso estado visto que, devido a sua pequena extensão territorial, a propagação de um impacto ambiental é extremamente veloz e normalmente atinge mais de um município. O povo norte-riograndense precisa se sentir mais “parte” desse “elefante”, participando das várias esferas sociais e sendo defensores árdus do que nosso estado tem de melhor, de forma peculiar seu patrimônio ambiental.

Percebe-se por fim que, aos empreendimentos com campos de golfe, impõe-se à necessidade de estudos ambientais bastante apurados com vistas a prevenir e restringir a possibilidade de degradação do meio ambiente em nosso estado. Além disso, torna-se imprescindível a adoção de medidas mitigadoras eficientes e o seu monitoramento e controle constantes, tanto durante o período de instalação quanto de operação a partir da adoção de um programa de gestão ambiental, como já foi constatado por Portugal⁸. A elaboração de uma legislação específica sobre o tema, enquanto solução para a problemática apresentada, não seria a médio e

⁷ A adoção de posturas de desenvolvimento sustentável por parte da iniciativa privada vem se tornando uma tendência crescente em todo o mundo, principalmente na área da construção civil, como por exemplo, na construção dos chamados “prédios verdes”. Vide: <<http://www.sindiconet.com.br/informese/view.asp?id=2661>>.

⁸ A Assembléia da República recomendou ao governo que legisle sobre as boas práticas para campos de golfe devido ao seu alto poder de impacto ambiental, em sua Resolução nº. 19/2006. Disponível em: <http://www.sejd.gov.pt/legislacao/pdf/desporto/42/ResAssRep19_2006.pdf resolução 19/2006>. Acesso em: 29 mar. 2008.



curto prazo a saída mais acertada, visto que seria necessária uma maior evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Porém, não se pode negar que é urgente a necessidade de uma mudança, devendo todos os sujeitos envolvidos no processo de análise dos impactos ambientais desse tipo de empreendimento enxergar o meio ambiente estadual não como obstáculo às iniciativas empreendedoras mais como fator que impulsiona e atrai tais iniciativas e que deve ser utilizado de forma sustentável com vistas a garantir o exercício do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado tanto pelas presentes quanto pelas futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 988 p.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE GOLFE. **O golfe**: o esporte. Disponível em: <http://www.cbg.com.br/web/oGolfe_oEsporte.asp>. Acesso em: 28 fev. 2008.

GOLFE absorve tanta água quanto 60% da população Disponível em: <http://jn.sapo.pt/2005/09/05/pais/golfe_absorve_tanta_agua_como_60_pop.html>. Acesso em: 28 fev. 2008.

LIMA NETO, Diógenes da Cunha. **Estudo comparado dos impactos ambientais de correntes da implantação de campos de golfe**. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE SUSTENTABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL DOS GRANDES EMPREENDIMENTOS, 2007, Natal. Disponível em: <www.mp.rn.gov.br/.../eventos/Seminario_Grandes_Empreendimentos/PALESTRAS/Sexta/Diogenes_GOLF3final.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. 1.094p.

MEGA projetos de golfe para o RN: sonho ou realidade? **Diário de Natal**, Natal, p. 02-02. 26 out. 2007. Disponível em: <<http://pesquisa.dnonline.com.br/document/?view=20127>>. Acesso em: 01 mar. 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1119p.

MOREIRA NETO, Luiz. **Golfe e o meio ambiente**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL



DE GOLFE NO BRASIL, 1., 2006, Foz do Iguaçu. Disponível em: <http://www.cbg.com.br/congresso/contribuicoes_fgerj_meio_ambiente.asp>. Acesso em: 29 jan. 2008.

PEREIRA, Dorothea. **Licenciamento ambiental de empreendimentos para campos de golfe**. Disponível em: <www.brasilgolfshow.com.br/pdf3/17.%20Dorothea%20Pereira%20Consultoria.pdf> . Acesso em: 29 jan. 2008.

RIO GRANDE DO NORTE. Instituto de Desenvolvimento e Meio Ambiente do Rio Grande do Norte. **Explicações acerca do empreendimento Grand Natal Golf**. Disponível em: <<http://www.rn.gov.br/sistemnoticias/noticias.asp?idnoticia=12987>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

_____. Ministério Público Estadual. **Recomendação nº. 001/2008**. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/clipping/RECOMENDA%C3%87%C3%83O%20GRAND%20NATAL%20GOLF.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2008.

SILVA, Douglas Nadalini da. **Aspectos de direito ambiental em empreendimentos de campo de golfe**. Disponível em: <<http://www.brasilgolfshow.com.br/pdf3/4.%20DGCGT%20-%20Douglas%20Nadalini.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2008.

THE IMPORTANCE OF EIA-RIMA IN DEPLOYMENT OF GOLF FIELDS IN RN

ABSTRACT

Starting from the observation of the growth in number of golf courses to be installed in Rio Grande do Norte and understanding that the law has both its origin as area of expertise and in the social facts, this work seeks to explain the importance of the Environmental Impact Assessment (EIA), in their Report (RIMA) in the deployment of this type of project from the analysis of the key aspects to be addressed in that instrument. Facing the examination of journals, legislation and doctrine, and considering that the EIA aims to greater implementation of the principle of environmental caution, sought up substantiate that due to the peculiar nature of the practice of golf, it is essential to include Sports such equipment as a study of the EIA, from a technical appraisal found certain essential questions. Since the



presence of golf courses in Brazil is recent, it is necessary the adequate participation of all subjects involved in the process of licensing these ventures, so these enterprises will constitute expression of sustainable development and guarantee the effective exercise of the constitutional right the environment balanced.

Keywords: Environmental Impact Statement. Golf Fields. Rio Grande do Norte

Artigo finalizado em abril de 2008.



A DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA APLICADA À CASUÍSTICA POTIGUAR

Abraão Luiz Filgueira Lopes

Acadêmico do 5º período do Curso
de Direito da UFRN

Monitor da disciplina Direito Penal II

RESUMO

A filiação partidária, em tratamento que revelou a importância do instituto, foi erigida à condição de elegibilidade pelo legislador constituinte. O ordenamento jurídico brasileiro, atento aos imperativos da ordem pública, inadmite a possibilidade de um mesmo eleitor se filiar a diferentes Partidos Políticos. A chamada duplicidade de filiação motiva divergências várias na doutrina e jurisprudência. Partindo desse pressuposto, o presente estudo tem por escopo analisar o instituto da duplicidade de filiação partidária, revelando seus elementos essenciais através do exame de casos concretos que tiveram lugar no estado do Rio Grande do Norte. Propugna, não obstante posições em contrário, que para evitar a configuração da duplicidade de filiação, o eleitor deve comunicar a sua desfiliação tanto ao antigo Partido quanto ao Juízo Eleitoral. Todavia, tendo em vista a precariedade dos órgãos partidários do estado, é necessário se admitir tal comunicação até o envio das listas dos filiados pela agremiação preterida. Adverte, ademais, que o procedimento para aferição da duplicidade de filiação, que normalmente leva à nulificação de ambas as filiações, deve ser embasado no respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório – algo que não vem acontecendo no Rio Grande do Norte.

Palavras-chaves: Filiação partidária. Duplicidade de filiação. Partido Político.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fenômeno eleitoral é bem mais que o complexo de tramas e arranjos políticos que antecedem os pleitos eleitorais a cada dois anos, ou ainda que os acontecimentos dos movimentados domingos de outubro em que a população escolhe seus representantes. É resultado, outrossim, de um processo nem um pouco linear, permeado por incontáveis processos judiciais, que, não raramente, perduram de uma eleição à outra.

Nesse sentido, há de se relevar institutos como a filiação partidária, condição constitucional de elegibilidade e ponto comum de divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Congraçando isso, este breve estudo tem por escopo principal elucidar, a partir da análise de casos concretos que tiveram lugar no Rio Grande do Norte, os elementos essenciais da filiação partidária e, mais que isso, discorrer acerca da duplicidade de filiação, intentando estabelecer uma síntese nas questões mais controversas.

Partindo do pressuposto de que a filiação partidária remete diretamente à capacidade política subjetiva do cidadão, busca-se, ademais, trazer à tona a necessidade de se prestar a devida deferência às garantias constitucionais processuais no procedimento de apuração da duplicidade de filiação, algo que, via de regra, não vem sendo feito pelos juízes potiguares.

2 FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

A filiação partidária é o instituto pelo qual o eleitor, no pleno gozo de seus direitos políticos, se vincula a determinada agremiação partidária. Trata-se de condição de elegibilidade, de forma que tão-somente poderá concorrer a cargo eletivo aqueles eleitores devidamente filiados a Partido Político. Na lição de Elcias Ferreira da Costa (1998, p. 122)

A filiação partidária é indispensável ao exercício da atuação política para efeito de votação nas convenções partidárias e, também, como requisito constitucional de registrabilidade para os cargos eletivos (CF, art.14, § 3º, V).

Ao contrário do que ocorre em países com Estados Unidos e Colômbia, no Brasil não se admite candidaturas avulsas ou extrapartidárias, de tal sorte que os Partidos Políticos exercem verdadeiro monopólio das candidaturas.

Observa-se, ademais, que a maneira como se encarará a filiação partidária dependerá, necessariamente, da noção que se tem de Partido Político. Mister, então, que se perquiria a natureza jurídica das agremiações partidárias.

No ordenamento brasileiro, os Partidos Políticos são dotados de personalidade jurídica de Direito Privado. Isso significa que terão sua gênese para fins de direito no momento em que registrados na forma da lei civil. Para tanto, deverão os Partidos ser inscritos no Cartório de Registros de Títulos e Documentos.



Outrossim, os Partidos exercem incontestemente *munus* público, afinal, como ensina Ruffia (1987, p. 795), as agremiações partidárias se apresentam “como formações sociais voluntárias”, idôneas a oferecer ao Estado “programas concretos, capazes de ‘determinar a política nacional’, e homens aptos para se converterem em titulares dos órgão encarregados de executarem tal política”.

Tal aproximação entre função pública e Partido Político é por demais significativa, a ponto de muitos doutrinadores intentarem reputar aos Partidos a natureza jurídica de órgãos públicos. Como ilustra Canotilho (1993, p. 447-449), “em virtude do reconhecimento constitucional dos Partidos Políticos e da sua influência para a formação da ‘vontade política’ já se pretendeu que os Partidos exercessem funções de um órgão constitucional”.

Congraçando a idéia segundo a qual o Partido exerce, no plano privado, funções públicas, mas sem ceder à teoria da natureza jurídica de órgão público, o ordenamento brasileiro exige o registro dos estatutos dos Partidos no Tribunal Superior Eleitoral. Tal exigência intenta, diga-se, estabelecer certo controle sobre as atividades das agremiações partidárias, afinal estas exercem trabalhos que inegavelmente se imiscuem com o interesse público.

Contudo, sobreleve-se que, embora inseridos num regime de fiscalização dirigido pela Justiça Eleitoral, os Partidos Políticos gozam de inegável autonomia no sistema brasileiro. Esta autonomia - que, por evidente, deve ser exercida nos limites da legislação eleitoral - manifestar-se-á na liberdade de constituição, organização e normatização interna de que gozam os Partidos.

Isto posto, pondere-se que a doutrina eleitoral tem entendido que o processo de filiação partidária é matéria de economia interna dos Partidos Políticos. Deve, pois, ser regido pelos estatutos de cada Partido.

Nesse sentido, o eleitor que estiver em pleno gozo de seus direitos políticos poderá se filiar ao Partido de sua preferência. Fá-lo-á mediante o preenchimento de ficha partidária (cujo modelo será definido pela própria agremiação), que deverá ser acompanhado pelo compromisso expresso de respeito ao Programa, Estatuto e Código de Ética do Partido. Atendidas todas as regras estatutárias, será deferida a filiação partidária do eleitor (art. 17, Lei n°. 9096/95).

Colacione-se, além disso, que duas vezes por ano o Partido enviará à Justiça Eleitoral as listas com os nomes de seus filiados (art. 19, Lei n.º 9096/95). Contudo, tal obrigatoriedade não tem o caráter de constituir a filiação partidária. Isso porque, como deflui da inteligência do próprio art. 17 da Lei dos Partidos Políticos, a filiação partidária restará consumada no momento em que o Partido deferir a pedido de vinculação do eleitor, o que deverá ocorrer em conformidade com o Estatuto da própria agremiação.

Sendo assim, não há que se alegar, intentando demonstrar que não foi concretizada a filiação, que determinado Partido retardou o aviso desta ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral. Afinal, a filiação concretizou-se no exato momento em que o Partido deferiu o seu pedido assinado pelo eleitor, não no momento em que a agremiação partidária enviou a lista com os nomes dos filiados. Esta comunicação, diga-se, tem caráter meramente declaratório conforme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).



A título de exemplo, traga-se à tona o Recurso Eleitoral n.º 7769 interposto junto ao TRE-RN. Neste, o eleitor Raimundo da Silva Junior, que tivera suas filiações ao Partido Verde (PV) e ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) nulificadas sob a alegação de duplicidade de filiação, aduziu ao fato de o PSOL ter retardado a comunicação da filiação à Justiça Eleitoral, o que teria levado o eleitor a crer que não havia sido concretizada sua vinculação ao referido Partido.

Contudo, como mormente assinalado, o marco de materialização da filiação é o deferimento do pedido pelo Partido. Sendo assim, o eleitor em questão já estava filiado ao PSOL desde o momento em que teve sua ficha de filiação aceita por essa agremiação; não importando se, por inépcia do Presidente do Diretório Regional do PSOL, houve retardo na comunicação desta à Justiça Eleitoral.

3 DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA

A duplicidade de filiação partidária restará configurada sempre que o eleitor figurar como vinculado a mais de uma agremiação partidária, hipótese em que o Sistema ELO da Justiça Eleitoral acusará a duplicidade.

Consoante doutrina de Adriano Soares da Costa (*apud* BARROS, 2007, p. 369)

A duplicidade de filiação é fato ilícito causado pelo eleitor, que, se filiado a um novo partido, não cuida em desvincular-se do partido anterior, procedendo à comunicação ao seu diretório municipal e ao juiz eleitoral, até o dia imediatamente posterior à nova filiação (parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 9096/95).

Insta observar que o fundamento da vedação à duplicidade de filiação encontra-se na constatação de que a filiação é única. Ora, como alhures apresentado, a filiação é ato pelo qual o eleitor se vincula a determinado Partido, endossando todo o lastro ideológico do mesmo. Além disso, no procedimento de filiação o eleitor expressa anuência, mediante compromisso expresso, com o Programa, Estatuto e Código de Ética partidários, de forma que seria no mínimo desarrazoado que um mesmo eleitor pudesse, concomitantemente, prestar a devida deferência a dois regimes partidários diferentes.

Estabelece o parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 9096/95 que o eleitor tem até o dia imediatamente posterior ao da nova filiação para comunicar sua desvinculação ao Partido preterido e ao Juízo Eleitoral respectivo. Todavia, em que pese a aparente clareza do dispositivo em tela, surgiram na doutrina eleitoral três posicionamentos acerca dos requisitos necessários para se proceder à desfiliação da antiga agremiação partidária, evitando, assim, a duplicidade de filiação.

A primeira posição, proclamando a autonomia dos Partidos Políticos, assevera que a comunicação da desfiliação ao diretório partidário tem o condão de suprir a comunicação ao Juízo Eleitoral. Nesse sentido, destacam-se as palavras de Luciana Costa Aglantzakis (20??)



Nesse desiderato, entendemos que os Tribunais devem captar o verdadeiro interesse público do art. 22, parágrafo único, da Lei n. 9.096/1995: a obrigatoriedade da fidelidade partidária em sintonia com os princípios da autonomia partidária e da liberdade de associação partidária, desde que estes estejam em harmonia com a regularidade do processo eleitoral, situação que deve ser preservada pelos Tribunais Eleitorais, por razão de ordem pública, apenas em casos excepcionalíssimos, como, v.g., o de obstar um pedido de regularidade de dupla filiação em sintonia com um pedido de substituição de candidatura, quando o partido já às vésperas do pleito eleitoral escolhe novo candidato, entretanto sem a condição de elegibilidade da filiação partidária.

Tal posição, no entanto, não prevalece na Suprema Corte Eleitoral, que tem se mostrado firme no entendimento de que a autonomia constitucional dos partidos tem a ver com a sua organização e funcionamento internos (art. 17, §1º, Lei n.º 9.096/95). Não, porém, com as suas relações com a Justiça Eleitoral e os demais partidos - relações que são regidas por lei (TSE, Ac. n.º 20.034, de 25.9.2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Uma outra parcela significativa da doutrina advoga, a seu turno, que havendo comunicação da desfiliação ao juiz eleitoral, a ausência de comunicação ao Partido Político fica suprida. Tal doutrina é, sem dúvida, a menos admitida. Contudo, se o Partido preterido levantar obstáculos para receber a desfiliação, tem aceito a jurisprudência a possibilidade de a comunicação ser feita tão-somente à Justiça Eleitoral. Tais obstáculos, outrossim, deverão ser provados pelo eleitor.

Por fim, a terceira posição, que tem encontrado especial guarida nos tribunais nacionais, assevera que será necessário a comunicação tanto à Justiça Eleitoral quanto aos Partidos Políticos, de forma que, não sendo levadas a efeito ambas as comunicações, incidirá o eleitor em duplicidade de filiação. Nesse sentido tem decidido o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte¹

ELEIÇÕES 2006 - AUTORIZAÇÃO PARA REGISTRO DE CANDIDATURA - ELEIÇÃO MAJORITÁRIA - GOVERNADOR - IMPUGNAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 18 DA LEI Nº 9.096/95 E NO ART. 9º DA LEI Nº 9.504/97- FILIAÇÃO PARTIDÁRIA - PRESSUPOSTO NÃO ATENDIDO - AUSÊNCIA DE PROVA DE QUITAÇÃO ELEITORAL - OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS - ELEIÇÃO ANTERIOR - RESOLUÇÃO TSE N.º 21.823/2004 - AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE QUITAÇÃO ELEITORAL - PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA - ANÁLISE DE ACORDO COM A SITUAÇÃO DO CANDIDATO NO MOMENTO DO REGISTRO - IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE

¹ TRE-RN, **RC-582**, Ac. n.º 582, de 10/08/06, Rel. Cícero Martins de Macedo Filho



- INDEFERIMENTO DO REGISTRO.

A legislação eleitoral prevê que os prejudicados por desídia ou má-fé do partido que deixar de incluir seus nomes nas listas de filiados enviadas nos meses de abril e outubro possam requerer diretamente à Justiça Eleitoral seja determinado ao partido o envio de listas complementares, nos moldes previstos pelo § 2º do artigo 19 da Lei nº 9.096/95.

Isso não exclui, entretanto, a exigência da comunicação de desfiliação tanto ao partido político a que era filiado anteriormente quanto à Justiça Eleitoral, de modo a evitar a duplicidade de filiações, nos termos do art. 22, parágrafo único, da mesma lei.

Com a devida *venia* aos demais posicionamentos, entende-se ser esta a melhor posição, porquanto mais assente que está no primado da segurança jurídica, que deve alicerçar todas as relações de direito. Afinal, considerando a precariedade das organizações partidárias - sobretudo dos Diretórios Municipais -, é comum que o eleitor informe a sua desfiliação ao Partido e este, por completa inépcia, continue a enviar listas de filiados à Justiça Eleitoral com o nome do eleitor, que, na verdade, não era mais filiado à agremiação partidária.

Intentando elucidar a problemática em comento, discutir-se-á a seguir casos concretos que compreendem as hipóteses mais correntes envolvendo duplicidade de filiação partidária.

3.1 O eleitor comunica a desfiliação apenas ao partido político

Conforme posicionamento ora patrocinado, a mera comunicação à agremiação partidária não será suficiente para concretizar a desfiliação do eleitor, que, caso venha a proceder nova filiação, incorrerá em duplicidade desta.

Tal situação foi observada no Recurso Eleitoral n.º 7761, em que a eleitora Lúcia Braz Ferreira, então vinculada aos Democratas (DEM), se filiou também ao Partido Progressista (PP). *In casu*, a aludida eleitora deveria ter comunicado sua desfiliação por escrito tanto ao Diretório Municipal do primeiro Partido quanto ao Juízo Eleitoral da 24ª Zona (onde está inscrita).

De fato, a eleitora comunicou sua desvinculação do DEM antes mesmo de se filiar ao PP, o que, para os arautos da autonomia total dos Partidos em questões relativas à filiação, seria suficiente para afastar a duplicidade. Todavia, como já elucidado, far-se-ia necessária também a comunicação ao juiz eleitoral, de forma a prestar a devida atenção à segurança jurídica.

Não tendo sido levada a efeito tal comunicação, restou configurada a duplicidade de filiação partidária. Foi nesse sentido, aliás, que se manifestou a Procuradoria Regional Eleitoral.

3.2 O eleitor comunica a desfiliação intempestivamente

É extremamente comum a hipótese em que o eleitor se filia a novo Partido,



mas não comunica sua desfiliação do partido anterior dentro do prazo determinado pela lei. Tal prazo, diga-se, está determinado no parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 9096/95, que impõe a necessidade de comunicação até o dia imediato ao da nova filiação.

Foi o que ocorreu com o eleitor Nildo Albuquerque Rebouças, que inter pôs recurso contra decisão que, sob a alegação de duplicidade de filiação, declarou a nulidade de suas filiações (como se verá oportunamente esta é a consequência natural da duplicidade) junto ao Partido da República (PR) e ao Partido Democrático Trabalhista (PDT).

O aludido eleitor se filiou ao PR, e tão-somente dois dias após a nova filiação, comunicou sua desfiliação ao PDT, remetendo, inclusive, cópia ao Juízo Eleitoral. De pronto, poder-se-ia dizer que o eleitor incorreu em dupla filiação, afinal comunicou sua desfiliação a desoras do prazo legal.

Outrossim, entende-se ser mais razoável e mais compatível com o *ratio* do art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 9096/95 – quer seja, garantir a segurança jurídica e a possibilidade de a Justiça Eleitoral apurar a retidão das filiações partidárias – admitir a comunicação da desfiliação até o envio das listas de filiados pela antiga agremiação.

Congraçando tal posicionamento, o TSE tem decidido no sentido de que se a comunicação ao Partido preterido e ao juiz eleitoral ocorrer antes do envio das listas de filiados, satisfeita estará a exigência legal de que trata os artigos 21 e 22, parágrafo único, da Lei Nº9096/95. Examine-se o seguinte julgado, de relatoria do Min. José Delgado²

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. DUPLA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. REAPRECIACÃO DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. COMUNICAÇÃO DE DESFILIAÇÃO. NÃO-ATENDIMENTO AOS DITAMES DO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.096/95. (...)

3. Há precedentes desta Corte que entendem sanada a exigência se o partido preterido e o juiz eleitoral forem comunicados antes do envio das listas de filiados (art. 19 da Lei nº 9.096/95). Contudo, no caso concreto, a comunicação ao juízo eleitoral deu-se dois dias após o envio de uma das listas, a do Partido Liberal, à Justiça Eleitoral.

Sendo assim, no caso em discussão, não restou delineada a duplicidade, vez que o eleitor comunicou sua desfiliação antes da remessa de nova lista de filiados pelo Partido preterido. Sobre o envio dessa relação, aliás, ressalte-se que é dever das agremiações partidárias, na segunda semana de abril e outubro de cada ano, remeter a relação dos nomes de todos os seus filiados (art. 19, Lei nº. 9096/95).

Seguindo o mesmo raciocínio, igual solução teria o Recurso Eleitoral n.º

² TSE, **RESPE-26246**, Ac. de 9.11.2006, Rel. Min José Augusto Delgado.



7752. Neste, a eleitora Terezinha de Jesus Paiva se filiou ao Partido Socialista Brasileiro (PSB) no final de setembro de 2007, ao passo que somente comunicou sua desfiliação do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) em meados do mês seguinte. Contudo, até esta data, o PSDB não havia enviado nova lista de filiados - como poderia ter feito já a partir do dia 8 do mesmo mês (art. 36, Resolução nº 19.406/95, do TSE). Não se configurou, portanto, a duplicidade de filiação.

3.3 O eleitor não faz qualquer comunicação

Hipótese igualmente comum ocorre quando o eleitor se vincula a novo Partido e não leva a efeito sua desfiliação da agremiação partidária preterida. Nesses casos, portanto, o eleitor não expõe sua intenção de manter-se filiado tão-somente ao novo Partido, de tal sorte que não há qualquer comunicação, quer seja ao antigo Partido, quer ao Juízo Eleitoral respectivo.

Denota-se, ademais, que a falta de comunicação normalmente é motivada pelo desconhecimento da lei - sobretudo, nas cidades menores, onde o fluxo de informação se revela insuficiente -, ou ainda pela falsa crença de que o eleitor não está filiado ao Partido preterido, habitual quando a filiação é realizada perante uma Comissão Provisória do Partido.

Tal ocorreu no retro aludido Recurso n.º 7769. Neste, o eleitor Raimundo da Silva Junior, que havia se filiado ao PV, não comunicou sua intenção de se desfiliar do PSOL, por acreditar (erroneamente, como se observou) que não estava vinculado a essa agremiação.

Já em sede do Recurso n.º 7772, o Recorrente José Aroldo Rodrigues de Araújo, que teve nulificadas suas filiações junto ao Partido dos Trabalhadores (PT) e ao Partido Progressista (PP), alegou que não procedeu a comunicação de sua desfiliação do primeiro, simplesmente porque nunca teria se filiado ao referido Partido. Aduziu, ademais, à má-fé com que teria agido essa agremiação partidária no momento em que enviou à Justiça Eleitoral lista de filiados contendo o seu nome.

4 CONSEQUÊNCIA DA DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO

A duplicidade de filiação, repelida que é pelo sistema partidário brasileiro, tem como resultado natural a nulificação de ambas as filiações do eleitor. É o que exsurge da inteligência do parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 9096/95, que, por sua vez, é ratificada pelo § 5º, art. 36 da Resolução 19.406/95 do TSE:

Constatada a ocorrência de dupla filiação, após a devida instrução, o chefe de cartório dará ciência ao juiz, que, de imediato, declarará a nulidade de ambas, determinando comunicação aos partidos interessados e ao eleitor (Lei nº 9.096/95, art. 22, parágrafo único). (Parágrafo com redação alterada pela Resolução nº 22.086, de 20.9.2005).

Destarte, não resta dúvida a respeito da consequência que será impu-



tada ao eleitor em caso de dupla filiação. As filiações serão declaradas nulas pelo Juízo Eleitoral. Observa-se, porém, que não há óbice legal para que o eleitor venha a se filiar posteriormente a qualquer outro Partido, inclusive às agremiações cujos vínculos fora nulificados.

O exame de casos que envolvem dupla filiação revelou, no entanto, certa confusão no que se refere ao procedimento a ser seguido pela Justiça Eleitoral para declarar nulas as filiações partidárias do eleitor.

Isso ocorre porque o dispositivo supra-transcrito colaciona que o juiz, de imediato, declarará a nulidade de ambas as filiações. Alicerçados nessa determinação, os juízes eleitorais têm decidido acerca da duplicidade de filiação sem, sequer, citar os eleitores para que, em juízo, exponham as suas razões.

No Rio Grande do Norte, em especial, tem-se observado que uma parcela significativa dos casos que são remetidos à apreciação, em sede recursal do TRE, envolvem eleitores que tiveram nulificadas suas filiações sem, antes, exercer as prerrogativas da ampla defesa.

Todavia, cumpre relevar que os direitos à ampla defesa e ao contraditório são garantias inafastáveis do Estado Democrático de Direito – prerrogativas sem as quais o próprio exercício do direito de ação fica prejudicado.

No momento em que o julgador profere decisão, nulificando as filiações partidárias do eleitor, sem, previamente, citá-lo para que exerça a defesa da forma mais abrangente possível, acaba por vilipendiar direitos de inafastável dignidade constitucional (CF, art. 5º, LV).

Ademais, o fato de tais decisões imporem limitações aos direitos políticos dos eleitores torna as situações ainda mais circunspectas. Isso porque a lei exige, para que o eleitor possa concorrer a cargo eletivo, que ele esteja filiado ao Partido a pelo menos um ano antes das eleições (art. 18 da Lei Nº 9096/95). Sendo assim, considerar nulas as filiações partidárias equivale, muitas vezes, a retirar o eleitor do pleito eleitoral, restringindo-lhe sua capacidade eleitoral passiva e sua própria condição de cidadão (que abrange sua possibilidade de votar e ser votado).

A eleitora Maria Delma Silva de Brito, i.e., teve nulificadas suas filiações junto ao PMDB e PR, sem, previamente, exercer as prerrogativas da ampla defesa e do contraditório. Não pôde, portanto, expor em Juízo as razões que, no seu entendimento, seriam suficientes para desconfigurar a duplicidade de filiação.

Tal ocorreu também com o eleitor Francisco Mendes da Silva. Este, por decisão do Juízo Eleitoral da 10ª Zona, teve nulificadas suas filiações. Ocorre, porém, que o referido Juízo não citou o eleitor para que se defendesse da imputação que lhe era feita, de forma que, assim como no caso anterior, a sentença estava maculada de vício insanável, motivo pelo qual não resta outra solução senão a declaração de sua nulidade.

Em todos esses casos, entende-se ser inadmissível retirar do eleitor a possibilidade de se defender. É bem verdade que os procedimentos em sede de Justiça Eleitoral devem correr com uma especial celeridade. Contudo, acima dessa necessidade de presteza, estão as garantias constitucionais do cidadão, que, sob pena de absoluta nulidade do ato decisório, não podem ser vilipendiadas. Nesse



sentido, diga-se, têm sido as mais recentes decisões do TRE-RN³:

EMENTA: RECURSO ELEITORAL – DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA – CANCELAMENTO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA – ACOLHIMENTO – ANULAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU – INTIMAÇÃO DOS INTERESSADOS – RETOMADA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – OPORTUNIZAÇÃO DE DEFESA.

No procedimento destinado a verificar a duplicidade, que terá como consequência a nulidade de ambas, deve ser concedida ao interessado a oportunidade para se manifestar a respeito, sob pena de violação às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV, CF). Acolhimento da preliminar de nulidade de sentença.

Anulada a decisão de primeiro grau, deve o processo regressar à Zona de origem para que seja retomado o regular processamento do feito, intimando-se as partes interessadas para, querendo, apresentarem defesa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo assim clareado, e partindo do pressuposto de que a filiação partidária apresenta-se como inafastável condição de elegibilidade – o que, por si só, justifica seu tratamento constitucional -, conclui-se a necessidade de se exaltar o tratamento legislativo dado à duplicidade de filiação.

Ao exigir para fins de desfiliação (quando esta é levada a efeito posteriormente à nova filiação), a comunicação tanto ao Partido preterido quanto ao Juízo Eleitoral respectivo, o legislador intentou efetivar o princípio da segurança jurídica, permitindo ainda que o próprio eleitor não fique a mercê dos órgãos partidários, que nem sempre agem com a boa-fé e probidade devidos.

A análise da casuística potiguar endossou tal constatação, na medida em que muitas agremiações partidárias com atividade no estado não atuam com a necessária diligência - exigida para entidades que contatam diretamente os direitos políticos, prerrogativa primeira da cidadania aclamada constitucionalmente.

No entanto, considera-se premente que os tribunais pátrios assumam uma postura um pouco mais flexível no que se refere ao prazo para que o eleitor comunique sua intenção de se desfiliação. Advoga-se, então, pela possibilidade de tal comunicação ser realizada até o envio da lista de filiados do Partido preterido – posicionamento que já encontra guarida na jurisprudência do TSE.

Tal interpretação, diga-se, atende bem mais aos ditames de uma realidade eleitoral bem mais precária que o imaginado pelo senso comum. No interior do Rio

³ TRE-RN, RE nº 7030, Ac. de 25.03.2008, Rel. Fábio Hollanda



Grande do Norte, i.e., o trânsito de informações a respeito do processo eleitoral é de tal modo insipiente que o eleitor muitas vezes desconhece a impossibilidade de estar filiado a dois partidos simultaneamente.

Por fim, quer-se sobrelevar a indispensabilidade de, em sede de procedimentos de duplicidade de filiação, se prestar o reclamado apreço à ampla defesa e ao contraditório, porquanto se está tratando de direitos (os direitos políticos) constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. **Dupla filiação e decisões divergentes nos Tribunais Eleitorais**. 20???. Artigo científico, Santa Catarina. Disponível em <<http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/biblioteca/doutrinas/luciana.htm>>. Acesso em: 15 de abril de 2008.

AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 2 ed. Sao Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral: teoria, jurisprudência e 1000 questões comentadas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CÂNDIDO, Joel J.. **Inelegibilidades no direito brasileiro**. Bauru: EDIPRO, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Preleções de Direito Eleitoral - Direito Material**. tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEZZAROBA, Ozires. **Partidos Políticos**. Curitiba: Juruá, 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho Constitucional**. 3 ed. Trad. Pablo Lucas Verdu. Madrid: Tecnus, 1987.



THE DUPLICITY OF POLITICAL FILIATION APPLIED TO FACTUAL CASES THAT HAPPENED IN RIO GRANDE DO NORTE

ABSTRACT:

The political organization filiation, in a treatment that revealed the importance of the institute, was treated as a condition for eligibility by the Brazilian constitutional legislator. The Brazilian legislation, regardful to the imperatives of the public order, don't accept only one voter to filiate to two different political organizations. The so called duplicity of political filiation induces many dissensions in the juridical doctrine and the jurisprudence. From this point, this work has as its objective the analysis of the duplicity of political filiation institute, revealing its essentials elements through to examination to factual cases that happened in Rio Grande do Norte. This work defend, as a way of averting the configuration of the duplicity of political filiation, that the voter must to inform its desfiliation to the old political organization and to the Electoral Justice. However, seeing the hard conditions of work of the organ, it is essential to accept this communication until the despatch to the lists dos affiliates of the old political organization. Adiminish, moreover, that the proceeding to admeasurement of the duplicity of political filiation, that usually, entail the annulment to the either filiations, must be ground in respect to the civil rights of the contradictory and ample defense – something that isn't happening in Rio Grande do Norte.

Keywords: Political filiation. Duplicity of political filiation. Political organization.

Artigo finalizado em abril de 2008.





**COMPETÊNCIA PARA O
LICENCIAMENTO AMBIENTAL:
O CASO DA ÁREA DE PROTEÇÃO
AMBIENTAL DE LAGOINHA**

Elke Mendes Cunha Freire

Professora orientadora

Sophia Nóbrega Câmara

Acadêmica do 7º período do Curso de
Direito da UFRN

RESUMO

O licenciamento ambiental é um dos institutos que tem despertado maior discordância e polêmica no meio doutrinário e jurisprudencial. O presente estudo tem por escopo a análise de tal divergência, especialmente no tocante à competência para o licenciamento. Tal abordagem é feita à luz da jurisprudência envolvendo a construção do Condomínio Flora Boulevard na área de proteção ambiental de Lagoinha. No desenvolvimento do artigo são expostas as premissas relativas ao licenciamento, notoriamente em relação à repartição de competências, bem como é explanado em que consiste a demanda e a relevância da temática da competência para licenciar em relação ao seu deslinde. Neste mister, o trabalho utiliza doutrina e jurisprudência atuais concernentes ao assunto. Conclui-se que a decisão imposta à lide pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região se mostra escorreta, haja vista que entende competir o licenciamento da obra em questão ao Município de Natal.

Palavras-chaves: Licenciamento Ambiental. Querela. Área de Proteção Ambiental de Lagoinha. Competência. Divergência.

1 INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental, inobstante ser um dos mais importantes instrumentos para a garantia da qualidade de vida das atuais e futuras gerações, é um dos maiores pontos de discordância e polêmica, haja vista injustificável omissão legislativa referente à temática.

Desta feita, o presente trabalho objetiva elucidar o tema em vergaste, esclarecendo em que consistem as divergências, notoriamente à luz do caso envolvendo a construção do Condomínio Flora Boulevard na área de proteção ambiental de Lagoinha.

O presente estudo não pretende exaurir a temática alusiva ao “Caso de Lagoinha”, restringindo-se à análise do ponto primordial discutido na lide, qual seja, a controvérsia existente quanto à competência para o licenciamento ambiental. Com efeito, o ponto de maior embate na querela mencionada diz respeito à legalidade das licenças ambientais concedidas pelo Município de Natal, referentes à Zona de Proteção Ambiental 5 – ZPA-5, Subzona SZ3 – área de Lagoinha, para fins de instalação de empreendimento imobiliário.

Nesse contexto, há dois posicionamentos opostos no processo. O primeiro, defendido pela Empresa de Construções Civis Ltda. (ECOCIL) e pelo Município de Natal, os quais defendem que, pelo fato de a obra ser urbana, de âmbito municipal, a competência para licenciamento seria do órgão municipal, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo (SEMURB), não sendo legítimo o embargo à obra perpetrado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Posição oposta é defendida pelo IBAMA, responsável pelo embargo da aludida obra, bem como pelos Ministérios Público Federal e Estadual, os quais defendem que o órgão competente para realizar o licenciamento da referida obra seria o Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente (IDEMA), órgão estadual, contudo, diante da inércia deste, o IBAMA, órgão nacional, poderia realizar o controle e fiscalização do empreendimento dentro de sua competência supletiva, conforme permitido pela Lei n.º 6.938/81 em seu artigo 10.

Nesse diapasão, no deslinde deste artigo, tecem-se elucidações acerca da competência para o licenciamento ambiental, a fim de acalantar a polêmica concernente à matéria e, nesse ínterim, expor os pensamentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema. Do mesmo modo, busca-se expor os entendimentos perfilhados pelos dois julgados prolatados na aludida demanda, posicionamentos divergentes, o que evidencia a desavença relacionada à temática.

2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

No desiderato de esclarecer a controvérsia que paira sobre o tema, faz-se mister, inicialmente, definir o licenciamento ambiental. Nesse desígnio, convém trazer à colação a definição construída por Heli Alves de Oliveira (1990, p. 11)

Procedimento Administrativo através do qual a Administração, com fundamento no poder de polícia, exige dos administrados



o cumprimento de uma série de requisitos os quais culminarão ou não na expedição de atos denominados “licenças ambientais” para a localização, instalação e operação de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.

O licenciamento ambiental é também conceituado no inciso I do art. 1º da Resolução nº 237 de 19.12.1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), a qual dispõe:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Desta feita, tendo em vista as conceituações supra transcritas, constata-se que o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que almeja o controle administrativo preventivo das atividades e empreendimentos que possam causar danos ao meio ambiente.

A Resolução nº 237/97 do CONAMA estabelece, no artigo 8º, os tipos de licenças expedidas pelo Poder Público, quais sejam, Licença Prévia, de Instalação e de Operação. Oportuno salientar que, em geral, as aludidas licenças integram um processo, sendo precedidas de estudos de impactos ambientais e outorgadas em etapas. Ademais, além desses três tipos de licenças ambientais existem outras, porém de menor relevância e conhecimento.

A proeminência do licenciamento ambiental frente a outros procedimentos administrativos na esfera do direito ambiental exsurge do fato de ser a materialização mais acurada do princípio da precaução. Este princípio, consoante os lapidares ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado (2002), é o principal orientador das políticas ambientais e também a base para a estruturação do próprio direito ambiental.

Destarte, o licenciamento ambiental é meio de exteriorização ou exercício do poder de polícia. Dessa forma, como qualquer manifestação deste poder administrativo, é controle prévio à atividade privada, ação que precede à produção do dano ambiental.

3 COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Ab initio, antes de adentrar no tema propriamente dito da competência para o licenciamento ambiental, faz-se oportuno esclarecer a repartição de competências no que concerne à matéria Ambiental.

J. J. Gomes Canotilho (1989, p. 520) define competência como sendo “o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais



com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucionalmente ou legalmente incumbidos”.

Nesse diapasão, tendo em vista que o federalismo foi acolhido como princípio basilar à estruturação do Estado, vige no Direito Brasileiro o sistema de repartição de competências. Desse modo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para a proteção ambiental. Nesse sentido, dispõe o artigo 225:

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

O termo “Poder Público” constante do dispositivo supra colacionado, alberga todas as entidades autônomas que o compõem, devendo cada qual exercer o Poder no limite das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição.

Nesse contexto, à União é conferida posição de destaque no que tange à proteção ambiental, uma vez que a ela incumbe a Política Geral do Meio Ambiente, a qual foi materializada mediante a Lei 6.938 de 1981. Impende salientar que o artigo 23 da Carta Constitucional, notoriamente em seus incisos VI e VII, prevê a competência comum para a proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. O artigo 24, incisos VI, VII e VIII da Constituição Federal, ao seu turno, alberga a competência legislativa concorrente no que diz respeito ao direito ambiental, limitando a União a estabelecer normas gerais e aos Estados normas supletivas e complementares.

José Afonso da Silva (2002, p.79-80) acentua que aos Municípios é reconhecida competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano e para a Política de Desenvolvimento Urbano, mediante prescrito no artigo 30, VIII. Além disso, reconhece ser a estes entes deferida competência para o estabelecimento do Plano Diretor, com fulcro no artigo 182 da Lei Maior, e para a promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Diante desse novo panorama constitucional, a Lei n.º 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, teve sua redação alterada pela Lei n.º 7.804/89, tendo em vista a necessária adequação legislação infraconstitucional aos preceitos constitucionais. Esta afirma em seu artigo 6º, *caput*:

Os órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, [...]

Dessarte, foram incluídos dentre os integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) os órgãos locais. No §1º desse artigo, atribui-se aos Esta-



dos, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, a incumbência de elaborar normas supletivas e complementares, bem como de padrões relacionados com o meio ambiente, observado o que for estabelecido pelo CONAMA. O §2º, ao seu turno, acrescenta que os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas especificadas no §1º.

Desta feita, a legislação infraconstitucional conferiu competência também ao Município, reconhecendo-o como integrante do SISNAMA e consagrando o entendimento esposado pela Carta Constitucional, a qual reconheceu ao ente municipal posição inédita na estrutura federativa, formando uma terceira esfera de autonomia e, conseqüentemente, ampliando seu âmbito de atuação no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro.

4 A COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A ANÁLISE DO “CASO DE LAGOINHA”

A temática relativa à competência para o licenciamento ambiental suscita diversos conflitos doutrinários e jurisprudenciais. Paira na doutrina uma máxima que bem representa a zona dúbia em que se insere a matéria no nosso ordenamento jurídico, a qual é asseverada por Patrícia Azevedo da Silveira (2003, p.15) quando assere “não há nada mais difícil e pouco tratado em matéria de Direito Ambiental como a divisão de competências em matéria administrativa”.

Nesse contexto, a divergência existente advém de uma omissão legislativa. O artigo 23 da Constituição Federal ao definir as competências comuns dos entes federados, dentre as quais a proteção do meio ambiente, dispõe que Leis Complementares deverão fixar as normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; Lei até então não editada. Essa omissão legislativa é responsável por uma intensa insegurança jurídica, conforme explicita Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007, p. 2):

Infelizmente, até hoje, esta lei complementar não foi editada, lacuna que já se tentou preencher com leis ordinárias, decretos, resoluções e até portarias. Se, por um lado, esses atos são capazes de estabelecer quais as atividades sujeitas ao licenciamento, os tipos de licenças ou autorizações e as exigências para sua concessão são totalmente ineficazes para definir inquestionavelmente quem é a autoridade competente para emití-las.

Diante desse cenário, os conflitos de competência decorrentes da falta de definição das áreas de atuação dos diversos entes da federação têm levado a inúmeros desentendimentos entre órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, tornando dúbia a efetiva implantação deste sistema. Tem-se constatado uma situação de insegurança jurídica inaceitável por parte dos administrados, os quais têm sofrido lesões em seu patrimônio e vêm sendo desestimulados ao investimento.

Situação corriqueira é a ocorrência de embargo de atividades licenciamen-



das por um integrante do SISNAMA por parte de outro órgão, o qual acredita ser competente para a efetuação do licenciamento impugnado. Tal fato foi justamente o ocorrido no caso sob análise. De fato, a ECOCIL impetrou Ação Ordinária tendo em vista o embargo da Obra do Condomínio Flora Boulevard pelo IBAMA, o qual se entendia competente para a realização do licenciamento em detrimento do município de Natal. Vladimir Passos de Freitas (2005, p. 79), com o brilhantismo que lhe é peculiar, avalia esta situação nos seguintes termos: “Há – é inegável – disputa de poder entre os órgãos ambientais, fazendo com que, normalmente, mais de um atribua a si mesmo competência legislativa e material”.

Para efetuar um estudo percutiente acerca do posicionamento adotado em cada dos atos decisórios proferidos no decorrer da demanda, quais sejam, o prolatado pelo Juiz da 3ª Vara da Justiça Federal de 1ª Instância e o Acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, oportuno que se promova uma análise dos diversos diplomas legislativos elaborados no desiderato de ofertar tratamento à matéria em comento. Uma vez conhecida a evolução da legislação concernente à matéria, bem como as divergências relativas a esta, será possível entender o conteúdo de cada *decisum*, bem como avaliá-los.

4.1 Evolução legislativa no que concerne à competência para o Licenciamento Ambiental

Conforme alhures explanado, a Constituição Federal instituiu a competência concorrente e material comum, atribuindo competências aos três níveis federativos: federal, estadual e municipal. Torna-se relevante destacar que esta repartição certamente criou incertezas, especialmente quanto à competência implementadora ou executória do licenciamento ambiental. Consoante supra relatado, parte deste desentendimento se deve à omissão legislativa, visto que não foi editada a Lei Complementar prevista no artigo 23 da Carta Constitucional, a qual disciplinaria as normas de cooperação entre os entes federativos.

Desta feita, inúmeras são as situações em que permanece a dúvida acerca do órgão competente para execução de determinado licenciamento, ao mesmo passo em que se habilitando um ente, outro se imiscui em suas determinações afirmando-se ser o verdadeiro competente. No desiderato de colmatar essa lacuna legislativa, foi adotada a Lei n.º 6.938/81, com redação alterada pela Lei n.º 7.804/89, cujo artigo 10 assim reza:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. [...]

§4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e



dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de *âmbito nacional ou regional*. [grifos nossos]

Trata-se de norma federal que referenda a entrega fundamentalmente aos Órgãos Estaduais da competência para o licenciamento.

Embasado nesse dispositivo, o IBAMA entende ser da competência do IDEMA, órgão estadual, a realização do licenciamento da obra do Condomínio Flora Boulevard. Defende ainda que, diante da inércia do aludido órgão estadual, caberia a ele a atuação na obra em questão, haja vista que o dispositivo retro transcrito lhe atribui competência supletiva. Tal posicionamento é exposto no relatório constante da sentença proferida pelo Magistrado Francisco Barros Dias¹, quando do julgamento do caso em comento, vejamos:

Sustentou o IBAMA que não procede a alegação da Autora de que a SEMURB, órgão ambiental do Município de Natal/RN, é competente para expedir Licença Ambiental para a implantação do empreendimento embargado, em decorrência do preceituado no art. 10, da Lei n.º 6.938/81, o qual estabelece a competência do órgão estadual competente para expedir licenciamento para instalação de atividades capazes de causar degradação ambiental, definindo a atuação do IBAMA em caráter supletivo.

Em que pese a existência do regramento contido na Lei n.º 6.938/81, a matéria alusiva aos conflitos de competência não restou pacificada. Nesse diapasão, tendo em vista a carência de critérios para o exercício da competência para o licenciamento fixados na Carta Maior e na Lei n.º 6.938/81, o CONAMA editou a Resolução n.º 237, de 19 de dezembro de 1997. A mencionada Resolução especificou a competência de cada ente federativo. Para a realização de uma percuente análise sobre esta, cabe trazer à baila o que dispõem seus artigos 4º, 5º e 6º, *in verbis*:

Art. 4º. Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o art. 10 da Lei n.º 6.938, de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de *âmbito nacional ou regional*, a saber:

I – localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades

¹ 3ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE. **AO 2005.84.00.000009-7 e ACP 2005.84.00.001585-4**. Francisco Barros Dias. 27/10/2005. DOE. 01/11/2005, p. 5.



de conservação do domínio da União;

II – localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais estado; [...]

Art. 5º. Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I – localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II – localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no art. 2º da Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III – cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais municípios; [...]

Art. 6º. Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio. [grifos nossos]

Diante do disposto, constata-se que a Resolução reflete o novo cenário jurídico instituído pela Lei Maior, albergando a repartição político-administrativa das competências. Com efeito, ela delimita as matérias e fixa as competências de cada órgão que compõe o sistema, adotando segundo Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007) diversos critérios para definir a competência, dentre os quais o geográfico, a abrangência do impacto, a dominialidade ou segurança nacional, dentre outros. Entretanto, consoante assere Edis Milaré (2004) e Hamilton Alonso Jr. (2000), o critério predominante é o da área de influência direta. Faz-se mister asseverar que o critério da dominialidade, adotado por diversos autores, afirma que a competência para o licenciamento é auferida tendo em vista a que ente da Federação pertence o bem afetado. Desta feita, caso se trate de bem da União, cabe a esta a competência para o licenciamento. Coaduna com esta teoria Paulo Victor Fernandes (2004, p. 77), o qual entende que “onde o impacto ocorre em domínio da União e, portanto, de âmbito nacional, a competência deve ser da União e não dos Estados”.

Ainda com relação ao tema, adotam posição diversa Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007) para os quais é imprescindível que todos os critérios consagrados pela Resolução em comento sejam utilizados conjuntamente, devendo prevalecer, entretanto, um critério mais abrangente, qual seja, a prevalência do interesse. Dito isso, em quaisquer situações, a competência para o licenciamento ambiental deve ser estabelecida em consonância com a prevalência do interesse.

De fato, a Teoria do Interesse reflete melhor a realidade afetada pela obra em licenciamento, haja vista que imputa ser competente o ente federativo que convive mais de perto com o objeto do licenciamento. Tomando por base os escólios



de Fernanda Dias Menezes de Almeida (1988), pode-se dizer que esta teoria é mais consentânea com a realidade das coisas. Disso decorre que, caso haja interesse local, mesmo em se tratando de bem do domínio da União, a competência para licenciar caberá ao Município, haja vista que entre a Teoria do Domínio e a do Interesse é a última que deve prevalecer.

Com o advento da Resolução nº 237/1997, surgiram críticas no sentido de sua inconstitucionalidade. O posicionamento adotado por aqueles que pregam a inconstitucionalidade é, notoriamente, o de que um mero ato administrativo do CONAMA não seria o instrumento idôneo a atribuir ao Município a competência que lhe foi concebida, por conflitar, supostamente, com a Lei nº 6.938/81. E, neste caso, alegam os defensores desta tese, aplicar-se-ia a regra geral de que o diploma normativo superior (lei) derrogaria o diploma normativo inferior (resolução). Nesse direcionamento o seguinte julgado²:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO POR DESMATAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. ART. 23, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 6938/81. RESOLUÇÃO CONAMA 237/97. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Competência do IBAMA em se tratando de licenciamento ambiental.
2. A Resolução CONAMA 237/97, que introduziu a municipalização do procedimento de licenciamento, é eivada de inconstitucionalidade, posto que exclui a competência da União nessa espécie de procedimento.
3. A lei 6938/81, adequada com a nossa Carta constitucional, rege a competência do IBAMA.

Em que pese o posicionamento ora esposado, forçoso é reconhecer a constitucionalidade da mencionada Resolução. O ato do CONAMA não atribui ao município competência além da que lhe fora conferido pela Constituição. Com efeito, a Carta Magna já havia concedido ao município competência para que este tratasse de assuntos ambientais, especialmente os afetos a interesses locais, tendo a Resolução tão-somente implementado essa competência. Deve-se, na realidade, proceder a compatibilização do "caput" do artigo 10 com a realidade fático-jurídica que se instalou a partir da Lei Maior de 1988.

Com o advento desta, os municípios passaram a integrar a federação e a disciplinar o uso do solo urbano. Assim, não é plausível que se interprete o artigo 10 da Lei 6.938/81 de modo que se exija o pronunciamento da entidade ambiental estadual mesmo quando o impacto é local. Destarte, a Resolução não se opôs à legislação federal, tendo realizado tão-somente a compatibilização da Lei 6.938 com o atual regime constitucional, bem como especificado os critérios para a execução da competência para o licenciamento. Entender como inconstitucional resolução

² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Mas 82275**. T3. Des. Luiza Dias Cassales. 09/10/2001. DJ. 14/11/2001. p.902.



que traz requisitos tão razoáveis e que reflete tão bem a realidade e o interesse de cada ente federativo é gerar séria insegurança jurídica.

A aludida insegurança é propiciada quando os órgãos ambientais estaduais e federais nela buscam guarda impedindo efetivamente o licenciamento ambiental por parte dos municípios, num processo de deslegitimação dos órgãos ambientais locais. Tal fato é justamente o ora estudado, relacionado ao “caso de Lagoinha”, no qual o IBAMA se imiscui na competência do Município de Natal. Além disto, os empreendedores como a ECOCIL se vêem numa situação crítica, visto que pela falta de coordenação e entendimento entre os órgãos ambientais municipais, estaduais e federais, são obrigados a buscar o licenciamento ambiental concomitantemente em todos estes órgãos e, caso efetuado perante apenas um destes, correm o risco de ver sua obra embargada, como ocorreu na situação *sub examine*.

Nesse diapasão, levando-se em consideração a Teoria do Interesse e a constitucionalidade da aludida resolução e restando comprovado na demanda a afetação tão-somente de área local por parte da construção do condomínio Flora Boulevard, haja vista que tem amplitude municipal, a competência para o licenciamento é do Município de Natal, com fulcro no artigo 6º da Resolução nº 237/97 do CONAMA. Neste sentido é o posicionamento da ECOCIL, consoante extraído do relatório da Sentença prolatada pelo Juiz Federal Francisco Barros Dias³:

Aduziu a incompetência do IBAMA para emitir licença em caso de obra urbana de âmbito municipal, conforme determina o artigo 10, § 4º da Lei nº 6.938/81, os artigos 4º, 6º e 7º da Resolução 237/97 do CONAMA e jurisprudência do TRF 5ª Região e do STJ. A competência para legislar sobre a ocupação do solo urbano é privativa do município, de acordo com o que preceituam os artigos 30, I e II e 182 da Constituição Federal e o artigo 4º do Estatuto da Cidade.

Desta feita, sendo competente o município de Natal e tendo este licenciado a obra em questão, não é legítimo o embargo realizado pelo IBAMA, haja vista que este somente poderia agir de forma supletiva, ou seja, quando o órgão competente não tivesse exercido sua competência. Destarte, consoante enfatiza Paulo de Bessa Antunes (1998), ao embargar a obra o IBAMA agiu de modo inidôneo usurpando, de forma ilícita, as funções ambientais.

Ultrapassada esta questão primordial, convém elucidar o posicionamento divergente entre a sentença exarada pela 3ª Vara da Justiça Federal e o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A mencionada divergência diz respeito ao enquadramento da área onde efetivada a construção do Condomínio Flora Boulevard como de preservação per-

³ 3ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE. **AO 2005.84.00.000009-7 e ACP 2005.84.00.001585-4**. Francisco Barros Dias. 27/10/2005. DOE. 01/11/2005, p. 5.



manente. Tal especificação se mostra relevante visto que uma vez enquadrada como tal, nos moldes do Artigo 5º, inciso II, da Resolução n.º 237/97, a competência para o licenciamento passaria ao órgão ambiental estadual integrante do SISNAMA. Para este mister, faz-se necessário observar o art. 2º do Código Florestal (Lei n.º 4.771/65), o qual relaciona as áreas de preservação permanente.

Nesse ínterim, realizando um juízo do aludido artigo, o Juiz Federal Francisco Barros Dias enquadrou a aludida região como de preservação permanente, tendo em vista o que prescreve o inciso II, do § 2º, do art. 1º, e a alínea “f”, do artigo 2º, ambos do Código Florestal. Além disso, invocou a Resolução n.º 303/2002 do CONAMA, defendendo a competência estadual para a realização do licenciamento da aludida obra. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por sua vez, entendeu que a área de Lagoinha não pode ser enquadrada como área de preservação permanente, haja vista que a alínea “f” do artigo 2º do Código Florestal trata tão-somente das florestas e demais formas de vegetação natural situadas “nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”, aduzindo que se trata, na realidade, de tabuleiro costeiro e não de área de restinga, não devendo pelo simples fato de ser região de dunas ser enquadrada como de preservação permanente, sendo a competência para o licenciamento municipal.

Malgrado a respeitabilidade dos aludidos julgamentos, tenho que a competência para o licenciamento é do município em vista do que dispõe o parágrafo único do mesmo artigo 2º do Código Florestal com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º. 7.803/89, que reza:

Parágrafo único. Nos casos de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Desse modo, em que pese ser ou não área de preservação permanente, deve-se aplicar o disposto no Plano Diretor do Município de Natal, isto é, a Lei Municipal n.º. 5.565/04, sendo competente para o licenciamento o Município de Natal. Compartilha do mesmo entendimento o magistrado José Carlos Dantas T. de Souza, o qual asse⁴:

Particularmente, com relação às áreas de preservação permanente, como afirma o Ministério Público ser o bem em questão, por ser composta por dunas, nos termos do art. 2º da Lei n.º 4.771/65, tenho que mesmo assim a competência é do município, em vista do que dispõe o parágrafo único

⁴ 3ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE. ACP 2006.84.00.000011-9. José Carlos Dantas T. de Souza. 17/08/2007. DOE. 20/08/2007, p. 15.



do mesmo artigo, que reza: “Parágrafo único. Nos casos de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”. (nova redação dada pela Lei n.º 7.803/89). Quanto à possibilidade de edificações em áreas de dunas é expressa a permissão contida na Resolução n. 341/2003 do CONAMA, que autoriza empreendimentos turísticos em dunas desprovidas de vegetação.

Desse modo, na demanda ora sob análise, a norma a ser seguida para definir as áreas protegidas no âmbito do município de Natal é o Plano Diretor e as normas específicas de zoneamento. Nesse sentido, o Acórdão proferido na lide ora sob análise: “Cuida-se de região que se localiza na zona urbana de Natal, sujeita, portanto, ao disciplinamento urbanístico próprio, previsto nas normas municipais, no caso, a Lei Municipal n.º 5.565/2004”. Assim sendo, restando acertado que o licenciamento empreendido pelo município é devido, é este que deve perdurar. Ratifica o pensamento esposado o seguinte julgado⁵:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONSTRUÇÃO DE SUPERMERCADO. ZONA URBANA.

Não há de se cogitar de limitações ambientais ao direito de construir, dentro da zona urbana, mediante licença da Administração Municipal.

Posto isso, incumbe à edilidade municipal, notoriamente à SEMURB a realização do aludido licenciamento. Desta feita, é escoreito o posicionamento ao final adotado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual deu provimento às Apelações da ECOCIL e do Município de Natal, anulando o embargo imposto ao empreendimento em questão e declarando a legalidade das licenças emitidas pela SEMURB.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A competência para o licenciamento ambiental é, conforme enfatizado ao longo desse estudo, uma das temáticas mais palpitantes do direito ambiental brasileiro haja vista a carência de precisa regulamentação sobre a temática. A falta de preciso tratamento legal dá ensejo a diferentes interpretações e aplicações, levando aos conflitos que se tornaram constantes na sua aplicação pelos órgãos

⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. AC 2002.04.01.016782-9.T4. Des. Valdemar Capelletti. 30/04/2003. DJ. 04/06/2003. p. 629.



ambientais integrantes do SISNAMA.

O presente estudo, ante a inexistência de definitiva e insofismável definição do papel de cada integrante do SISNAMA, enfrentou a lide relativa à área de preservação ambiental de Lagoinha, tratando notoriamente da divergência albergada no bojo da demanda quanto à competência para licenciar. Para a solução da questão foram invocadas previsões legislativas e jurisprudenciais adequadas ao tema.

Realizada análise percuciente da temática, restou assentada a competência do município de Natal para o licenciamento ambiental da obra do Condomínio Flora Boulevard. De fato, é ilegítimo o embargo empreendido por parte do IBAMA e legais as licenças emitidas pelo órgão municipal competente, a SEMURB.

Por derradeiro, faz-se mister enfatizar a necessária atuação legislativa no sentido de editar a Lei Complementar e resolver a situação de divergência que ora paira no ordenamento jurídico pátrio, a qual acaba por gerar uma imensa insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes da. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. **Da competência para o licenciamento ambiental: Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

FERNANDES, Paulo Victor. **Impacto Ambiental: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.



MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Heli Alves de. **Da responsabilidade do Estado por danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. **Competência Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2003.
TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento Ambiental**. Niterói: Impetus, 2007.

THE COMPETENCE FOR THE ENVIRONMENTAL LICENSING: THE LAGOINHA ENVIRONMENTAL PROTECTION AREA CASE

ABSTRACT

The Environmental Licensing is one of the institutes that have begun one of the most significant divergences and controversies in doctrine and Jurisprudence. This Project aims to analyze this divergence, especially concerning the competence for the licensing. All those subjects are studied according to the Case of the Construction of Condomínio Flora Boulevard in the Lagoinha environmental protection area. During the article is studied the licensing, especially the competence for that, and also the Lagoinha Case and the relevance of the subject matter of competence for the result of the case. For this purpose, it's used the current doctrine and jurisprudence. After the proper considerations, it's concluded that the decision of Tribunal Regional Federal da 5ª Região is appropriated, since it declares that the competence for licensing the Construction of Condomínio Flora Boulevard belongs to the municipality of Natal.

Keywords: Environmental Licensing. Case. Lagoinha Environmental Protection Area. Competence. Divergence.

Artigo finalizado em abril de 2008.





A ATIVIDADE PROSTITUCIONAL E O MAL DA MARGINALIZAÇÃO

Karoline Lins Câmara Marinho

Professora orientadora

Ana Paula Barros Amaral Oliveira

Acadêmica do 3º período do Curso
de Direito da UFRN

Débora Danielle Pinheiro Ximenes

Acadêmica do 3º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

A regulamentação estatal das práticas prostitucionais é essencial para o combate a exploração sexual de crianças e adolescentes; para o controle sanitário; para a diminuição da violência contra os “profissionais do sexo” e para a inserção dos mesmos na sociedade. A repressão da atividade vai de encontro às proposições orientadas para a defesa da cidadania e dos direitos humanos, além de decorrer da prevalência, até os dias atuais, da tendência, de grande parte da sociedade brasileira, em debater tais questões dentro do marco da moralidade. Nesse sentido, o Rio Grande do Norte é o foco do debate, visto que, a partir da análise específica dessa localidade, emergem lucubrações genéricas sobre a temática.

Palavras-chave: Regulamentação da atividade prostitucional. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia profissional. Discriminação.

1 INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a prostituição é um tema bastante controverso, uma vez que valores religiosos, jurídicos, sociais, econômicos e comportamentais se confrontam na discussão de tal realidade. De encontro aos tabus e à hipocrisia, o presente artigo objetiva discutir a legalização de tão antiga e polêmica atividade no Brasil. Partindo da análise da atividade prostitucional na capital potiguar, pretende-se esquadrihar a temática de forma racional e realista.

De maneira introdutória, é preciso evidenciar que sempre haverá quem procure tais serviços, assim como quem os ofereça. Eis o ponto crucial da temática: reconhecer, sem preconceitos, que a prostituição existe e, provavelmente, existirá sempre. Torna-se patente, por um silogismo simples e irrefutável, que, sendo a prostituição uma atividade exercida em troca de dinheiro, é uma profissão, com características especiais certamente.

Diante dessa problemática, o artigo em questão anseia, com base nos princípios constitucionais, amparar os indivíduos que exercem tal atividade e são, por isso, hostilizados pela sociedade.

2 UMA REALIDADE COMPLEXA

Decerto, analisar e discutir a prostituição no Brasil é um desafio, visto que há uma vasta gama de fatores que se interpõem no exame crítico da temática. As dificuldades são imensuráveis, pois qualquer tentativa de se traçar o perfil brasileiro da prostituição terá que observar atentamente alguns fatores de interferência, caso contrário corre-se o risco de fornecer uma visão deformada da multiplicidade disponível. Nesse contexto, alguns elementos são determinantes, como as modalidades variadas no exercício da profissão, a dimensão continental do país, a diversidade das condições sócio-econômicas e culturais, a inexistência de dados específicos sobre os “profissionais do sexo” nos serviços de saúde e a insuficiência de dados nos levantamentos realizados sobre esse segmento em particular.

2.1 As várias faces de uma única problemática

Muitos e variados são os fatores que levam um indivíduo a vender favores sexuais a outrem. No entanto, o fator econômico é o determinante mais comum de ingresso na prostituição. A baixa escolaridade, as dificuldades financeiras e a pobreza absoluta integram obstáculos, quase intransponíveis, para a integração dos “profissionais do sexo” no mercado oficial de trabalho.

Porém, inicialmente, é importante distinguir dois tipos de prostituição: a que é imposta pelas circunstâncias e a que resulta de uma escolha profissional. No primeiro caso, incluem-se todos aqueles que são impelidos a se prostituírem para fugir da miséria. Inquestionavelmente, esses indivíduos vêm na atividade prostitucional a única forma disponível de sobrevivência. Nesse sentido, o Estado tem como obrigação instaurar políticas públicas que sanem esses problemas sociais e possibilitem aos indivíduos uma livre escolha profissional.



No segundo caso, incluem-se todos aqueles para quem a prostituição é uma escolha claramente pessoal. É irrefutável, uma vez que constitucionalmente previsto, o direito do indivíduo sobre seu corpo e sua força de trabalho. Averiguadas a autonomia e a liberdade do indivíduo, nada há de degradante ou indigno na atividade em questão. Nesse sentido, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prevê o direito inviolável à liberdade, o qual implica no direito da livre escolha e exercício de trabalho, ofício e profissão.

É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (Art. 5º, XIII, CF/88)

Delicada e incômoda é a questão da moralidade vinculada ao exercício da sexualidade, notadamente quando há necessidade de sua transposição para a seara jurídica. Porém, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88) é uma justificativa absoluta para a defesa da regulamentação da prática prostitucional, uma vez que não pode ser vista como fator de limitação à liberdade individual.

2.2 A dignidade da pessoa humana e a livre escolha profissional

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, funcionando, portanto, como alicerce na estruturação e interpretação do ordenamento jurídico. Nesse sentido, acredita-se que a liberdade profissional e autonomia individual são prerrogativas para o cumprimento desse princípio constitucional e para um convívio social ordeiro.

É mister destacar que o princípio supracitado, expresso no Artigo 1º, inciso III da Norma Fundamental, se configura como um dos fundamentos do Estado Brasileiro e não como objetivo fundamental, ou seja, não é algo que o Estado busca concretizar, mas algo que já está inserido no próprio ordenamento. Assim preleciona Celso Bastos *apud* Pedro Lenza (2007, 276):

A idéia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, algumas vezes, isto possa ocorrer. *Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura.* Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido. [Grifo acrescentado]

Ora, se o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente ao Estado brasileiro, como, de forma tão visível, pode-se cometer forma vergonhosa de desrespeito às pessoas que utilizam como método de sobrevivência um trabalho diferente do tido como normal pela sociedade? Um país que se diz Democrático e de Direito não pode permitir formas explícitas de discriminação que ferem o fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico; ao contrário, deve buscar, em seu exercício cotidiano de poder, concretizar os direitos e garantias da sociedade, peremptoriamente, daqueles excluídos por ela.



A livre escolha profissional, por sua vez, encontra respaldo no Artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, e é conhecido como princípio da liberdade de exercício profissional, sendo qualquer prática laboral um direito econômico fundamental. A liberdade de ser profissional não deixa de englobar ninguém, pois o artigo é genérico, sem especificação dos tipos de profissionais que estão enquadrados. Assim, tal princípio deixa claro que os “profissionais do sexo” têm o direito de exercer seu trabalho de forma digna, sem ferir qualquer outro profissional. Nesse diapasão, limitar e condicionar a consciência pessoal e a liberdade de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho é, claramente, inconstitucional.

A questão da inclusão social desses profissionais deve ser vista com os cuidados de uma legislação que se baseie no princípio da dignidade da pessoa humana, possibilitando uma vida efetivamente cidadã, longe da indiscutível e sempre desprezada economia informal, onde se constroem vidas fadadas à marginalidade. É imprescindível que o Poder Constituinte Derivado, se não do Brasil, mas pelo menos do estado do Rio Grande do Norte, se livre dos dogmas preconceituosos que carrega e legalize a atividade prostitucional como forma de conceder benefícios e evitar convencionalismos àqueles que são marginalizados pela ordem econômica e social.

2.3 Rio Grande do Norte: um microcosmo da prostituição

É irrefragável a difusão da prostituição no Brasil¹; sendo geograficamente ilimitada, é uma atividade exercida nas mais diferentes cidades e regiões do país, adequando-se aos fatores econômicos, morais e sociais de cada espaço. O Rio Grande do Norte não é uma exceção no que concerne a essa temática, pois a prostituição, o turismo sexual e a exploração sexual de menores são realidades evidentes no estado.

Observa-se, de certa forma, que o crescente desenvolvimento do estado do Rio Grande Norte, associado ao aumento do turismo regional e local, tem propiciado um incremento significativo da prostituição. Vários setores da sociedade compactuam com a atividade, dentre os quais se destacam as empresas de turismo, a rede de hotéis, os proprietários de motéis, as casas noturnas e os “cafetões”. Essa problemática vem despertando, na sociedade potiguar, uma grande preocupação pelo crescente ingresso de indivíduos nesse ramo de atividade, como também, pelo aumento assustador das doenças sexualmente transmissíveis.

O microcosmo² norte rio-grandense é marcado, majoritariamente, pela prostituição ensejada pelo fator econômico. O turismo sexual e a exploração sexual de menores são aspectos deploráveis dessa realidade, os quais tornam a discussão do assunto demasiadamente delicada. Assim, diante dessa realidade, o

¹ SOLER, Alessandro. **Cresce a prostituição**. Disponível em: <<http://www.sindicatomercosul.com.br/noticia02.asp?noticia=21129>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

² No contexto, o conceito de microcosmo revela uma localidade particularizada que revela, em si mesma, a realidade geral existente.



Rio Grande do Norte é palco para muitas e polêmicas discussões sobre a legalidade da prostituição.

3 DINAMICIDADE SOCIAL E LEGISLAÇÃO ARCAICA

A prostituição é um fato social que remonta aos primórdios, uma vez que, na Babilônia, *ad exemplum*, as mulheres ofereciam-se, no mínimo uma vez por ano, aos homens que visitavam o templo de Milita, como forma de dar um contributo à deusa. Aí, a venda dos serviços sexuais tinha um caráter sacro, com aspecto místico e tutelar. Na Grécia antiga, por volta de 1600 a.C, com a ascensão do mercantilismo e a crescente acumulação de riquezas, surgiu também a prostituição. Desde então, a prostituta assume um papel estético e político, sendo seu trabalho gerenciado pelo Estado, que cobra impostos, enriquecendo a elite dominante. Assim preleciona Jaime Brasil, em “A questão sexual”³:

Na Grécia, as prostitutas vulgares eram escravas e tinham o nome de porné; a casa onde exerciam o seu comércio era o porneion; e os industriais que exploravam o negócio eram os pornoboskoi. Essas mulheres pagavam um tributo pornokontelas e dependiam da autoridade dos magistrados agoranomos, que vigiavam a sua maneira de proceder. Viviam em Atenas num bairro reservado que tinha o nome de Cerâmico. Aí fundou Sólon um porneion para ‘satisfazer as necessidades do povo’, sendo por isso muito louvado por seus adutores.

Com o advento da religião cristã, esta prática começa a ser vista como “leprosa” e fonte de pecado, passando a ser duramente discriminada em virtude da moral e dos bons costumes pregados na época.⁴

Em consonância com esta visão, e pelo fato do Brasil continuar sendo um país profundamente influenciado pelo catolicismo, tal pensamento preconceituoso e sem fundamento ainda influencia uma parcela da população. Através de uma mentalidade retrógrada, alguns indivíduos tratam os “profissionais do sexo” com marginalização e desrespeito, haja vista serem tidos como promíscuos, desonestos, dissolutos, e doentes portadores do HIV⁵. Contudo, a própria sociedade que condena tal prática, é a mesma que a sustenta. Não haveria prostituição se não houvesse quem pagasse por ela.

Pelo que demonstra a história, a prostituição passou a ser vista pela maior

³ BRASIL, Jaime. **A questão sexual**. Disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/pauloapgaua/trab/prosti.PDF>>. Acesso em: 19 fev. 2008.

⁴ ANDRADE, Ivanise. **Prostituição e exploração: comercialização de sexo jovem**. Disponível em: <<http://www.caminhos.ufms.br/reportagens/view.htm?a=45>>. Acesso em: 19 fev. de 2008.

⁵ O Vírus da Imunodeficiência Humana é o agente causador da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), doença vista com maus olhos pela sociedade.



parte da coletividade como um fato socialmente tolerável. Hoje em dia, as prostitutas carregam a imagem de pessoas mais vulneráveis à prática desta “profissão” devido à dura realidade que a sociedade brasileira enfrenta: a exclusão social, ou seja, uma combinação de miséria, falta de escolaridade, violência física, psíquica e sexual provocada no seio familiar e, sobretudo, falta de dinheiro, como dito alhures. Neste viés, é cabível afirmar que a prostituição configura-se como a única fonte de proporcionar renda àqueles que não têm oportunidades de se inserirem de outra forma no mercado de trabalho e carregam o estigma da “vida fácil”.

A Praia de Ponta Negra, Natal/RN, é tida pela comunidade local como um arquétipo claro de uma “área de tolerância” da prostituição, ainda que não legalizada. A Avenida Erivan França e a Avenida Roberto Freire, por exemplo, são redutos de profissionais do sexo e local onde se concentram os principais bares e restaurantes da capital, fator este que contribui, ainda mais, para a presença de pessoas à procura de diversão. Sendo, atualmente, a região de metro quadrado mais valorizado da cidade (conseqüência da presença de natalenses, turistas nacionais e estrangeiros), a sociedade potiguar continua a freqüentar as opções de lazer do local, convivendo de forma indiferente com os profissionais do sexo.

A BR-101, nas imediações de Parnamirim, é um exemplo clássico de como a prostituição é um fator assíduo na cidade do Natal. Por se localizar em uma área de movimento freqüente, em decorrência da própria BR, do aeroporto Augusto Severo e de uma estação de trem, se fazem presentes no local um imensurável número de prostitutas, juntando-se a esse quadro, inclusive, as crianças e adolescentes.

Comumente, os “profissionais do sexo” são tratados de forma truculenta pela polícia local, no entanto, percebe-se que não há fundamentação jurídica alguma para tal repressão. Sob esse enfoque, a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro não faz menção alguma: não considera a atividade como crime, nem tampouco, uma atividade legalizada. Não obstante, o Código Penal em seu capítulo V “*Do lenocínio e do tráfico de mulheres*”, tipifica algumas atividades relacionadas a esta prática: no artigo 227, fala-se em induzir ou atrair alguém à prostituição; no artigo 229, por sua vez, fala-se em manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros ou para fim libidinoso; o artigo 230 fala sobre o rufianismo, que consiste em tirar proveito da prostituição alheia; e, no artigo 231, é tipificado o tráfico de mulheres.

Tais artigos demonstram que, ainda que a prostituição não se configure como um tipo penal, todas as demais atividades ligadas à sua prática são consideradas crimes, evidenciando, assim, a dificuldade de sua legalização. Muito já foi feito, mas nenhuma das medidas para encerrá-la logrou êxito e, enquanto isso, tais indivíduos vivem à margem da sociedade, com condições de vidas desprezíveis e sendo vítimas de iniquidades que demonstram o quão antiquado é uma parcela do Direito brasileiro.

Exemplo claro de tal situação e que retrata a realidade do estado norte-rio-grandense é a questão dos aliciadores, que mantêm crianças e adolescentes em cárcere privado, onde sofrem todo o tipo de violência sexual, física e psicológica. São mantidos sob regime semi-escravo e permanecem vinculados a uma dívida contraída junto ao dono do prostíbulo, em troca da alimentação, estadia, roupas



e produtos de higiene⁶.

O artigo 215 do Código Penal, antes edição da Lei 11.106/2005, continha a seguinte redação: “*Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude*”. “Honesta” era um vocábulo vago e que não possuía uma precisa conceituação. Todavia, o seu mais comum significado era o de mulher que estava condizente com a moral e os bons costumes da época. Em outras palavras, a exigência de honestidade impunha tratamento de natureza discriminatória, a partir do momento que a prostituta, vista pela sociedade como dissoluta, estava fora da margem de amparo pelo direito. É irretorquível que a falta de “honestidade” sexual de qualquer mulher, jamais, pode constituir razão para ausência de proteção legal. A partir da nova Lei, o artigo ganhou outra redação com a exclusão do elemento normativo “honesto”, tendo, agora, o tipo penal abrangência indistinta e não-discriminatória, fato este que correspondeu a um acanhado progresso na legislação arcaica ainda presente em nosso ordenamento.

O Direito, cujo *telos* primordial é a realização plena da justiça, não ampara essa pequena, porém expressiva parcela da população; e este grupo de pessoas que deveria ter, no mínimo, direitos resguardados, fica à margem da sociedade.

4 PROSTITUIÇÃO: DESCRIMINALIZAÇÃO VERSUS LEGALIZAÇÃO

Incontestavelmente, a prostituição não é um problema marginal; é um fenômeno claro e disperso que não pode ser ignorado e sonogado no debate público. Percebe-se que o reconhecimento da atividade assegura, quando não coagida por fatores sócio-econômicos, a dignidade de um trabalho, além de favorecer a diminuição da degradação e do preconceito.

Divergentes pensamentos emergem em tal altercação; porém, em termos gerais, existem aqueles que visam legalizar a atividade e, de lado oposto, os que pretendem erradicar a prática. A complexidade desse tema requer um debate sério e corajoso, o qual priorize, verdadeiramente, o bem-estar social.

4.1 Legalização: uma possibilidade razoável

Inicialmente, precisa-se diferir os termos descriminalização e regulamentação, os quais aparecem muitas vezes interligados. Na temática discutida, descriminalizar significa abolir pura e simplesmente de um instituto legal uma infração penal relativa à prostituição; enquanto que regulamentar designa um quadro no qual certos elementos da infração serão legalizados de acordo com determinadas condições previstas no ordenamento jurídico.

A descriminalização se sustenta na abolição de todos os artigos do ordenamento jurídico que se referem às infrações relativas à prostituição. Os ar-

⁶ ANDRADE, Ivanise. **Prostituição e exploração: comercialização de sexo jovem**. Disponível em: <<http://www.caminhos.ufms.br/reportagens/view.htm?a=45>>. Acesso em: 19 fev. 2008.



gumentos a favor da mesma assentam em três pontos: nos riscos para a saúde, resultantes da prática da prostituição e das atividades que lhes estão ligadas, tais como o consumo de drogas; na implicação do crime organizado; e na corrupção, característica de outros crimes cometidos no seio da “indústria do sexo”.

No entanto, é a regulamentação da prostituição que se caracteriza como uma possibilidade concreta e real para a dignificação dos “profissionais do sexo”. Com a legalização, o Estado adotaria regulamentos capazes de tornar a prática da prostituição mais segura e menos torpe. A regulamentação garante o direito das pessoas poderem dispor do seu próprio corpo; a dignificação das prostitutas; e a possibilidade destas deixarem de ser votadas ao ostracismo pela comunidade.

Acertadamente, a legalização vincula uma descriminalização inicial e medidas intervencionistas adicionais de regularização estatal (licenças, *check-ups* médicos, designação de locais onde os profissionais possam trabalhar legalmente), o que propiciaria benefícios amplos para a sociedade, tais como a redução do contágio de doenças sexualmente transmissíveis e a diminuição da violência contra as mulheres.

A prostituição é, sobretudo, um problema de valores, sobre os quais a racionalidade deve se sobrepor. A hipocrisia impede uma sensata análise da realidade, fato que promove a inútil ambição de uma sociedade enquadrada em determinados valores socialmente impostos. Legalizar a prostituição é combater a marginalização dos indivíduos, que, indubitavelmente, deve ser o escopo mais significativo de uma sociedade.

4.2 Os legisladores e a legalização da prostituição

É sabido que muitas e reiteradas tentativas de tornar legalmente instituída a prostituição já sucumbiram à hipocrisia e à polêmica nacionais. De concreto, pode-se concluir que admitir a realidade é lançar as bases para que se reduzam os malefícios resultantes da marginalização, corroborando, portanto, para a construção de uma sociedade mais justa.

Nesse diapasão, o deputado Fernando Gabeira (PV-RJ) formulou um valoroso projeto de lei que visa legalizar a prostituição, argumentando que a medida é importante para que as prostitutas possam contribuir para a Previdência Social e para o combate da exploração sexual de crianças e adolescentes. O projeto reconhece, de maneira enfática, que as pessoas as quais prestam serviços de natureza sexual fazem jus ao pagamento por tais. A proposta também suprime do Código Penal os artigos 228 (favorecer a prostituição), 229 (manter casa de prostituição) e 231 (promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no exterior); visto que, legalizando o exercício da atividade, não há lógica em penalizar quem a favorece.

Claramente, tratando-se de profissão legalizada, como pretende o projeto, os “profissionais do sexo” poderiam exercer direitos sociais, tais como a aposentadoria. Essa nova realidade traria benefícios não unicamente para os profissionais,



mas também para a sociedade de forma geral. É importante ressaltar que iniciativas semelhantes a essa já foram tomadas em outras nações do mundo, citando-se, como exemplos, Holanda, Alemanha e Nova Zelândia. Também em algumas localidades dos Estados Unidos da América e da Austrália não mais há a proibição.⁷

De encontro a uma realidade irrefutável, a Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados rejeitou tal projeto de lei, frustrando os anseios dos “profissionais do sexo”. O conservadorismo impossibilitou uma decisão acertada dos parlamentares brasileiros, os quais, em sua maioria, defenderam a manutenção dessa abjeta realidade. Porém, o debate já foi aberto e, agora, espera-se que novas oportunidades surjam para que o Legislativo brasileiro se liberte de falsos moralismos, os quais, em grande parte, são responsáveis pela degradação da vida das pessoas que se dedicam a tal atividade.

4.3 O Rio Grande do Norte e a regulamentação da prática prostitucional

É sabido que a prostituição é uma atividade amplamente praticada no estado do Rio Grande do Norte. Para o jornalista Paulo Augusto, ela é a base de sustentação e mola propulsora do turismo na capital potiguar, o qual se apresenta como única saída para o incremento da indústria sem chaminés, na ausência absoluta de projetos industriais alternativos por parte do governo. Percebe-se, portanto, que o turismo é o ingrediente quase solitário, senão o principal, de fomento para o deslanche e evolução da economia do Rio Grande do Norte; sendo considerado fator de peso na formação do PIB (Produto Interno Bruto) do RN⁸.

As grandes avenidas da capital potiguar tornaram-se celeiros da atividade prostitucional, constrangendo muitos cidadãos pelos excessos cometidos. Dessa maneira, a polícia atua violentamente e indistintamente na repressão a esses profissionais já tão marginalizados. Porém, é a exploração sexual de crianças e adolescentes que preocupa e assola, de forma crescente, os potiguares. Nesse sentido, a regulamentação da prostituição facilitaria o combate a essa condenável prática, além de trazer tantos outros benefícios como visto anteriormente.

É por essa realidade que a legalização da prostituição toma especial importância no estado potiguar. Diante da evolução histórica, com os avanços e retrocessos peculiares a qualquer processo de maturação, a sociedade norte-riograndense encontra-se pronta para uma reflexão mais profunda e positiva sobre a prostituição, tema que vem ganhando mais espaço de divulgação na mídia local e nacional⁹, granjeando simpatia e repugnância, conforme amplo debate que se travou acerca da necessidade de se reconhecer um teto mínimo de dignidade àqueles que

⁷ DIMENSTEIN, Gilberto. **Países ricos decidem legalizar a prostituição**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/imprescindivel/semana/gd210703a270703.htm>>. Acesso em 7 mar. 2008.

⁸ AUGUSTO, Paulo. **Elites cevadas, Natal alugada**. Disponível em: <http://www.mail-archive.com/direitos_humanos@yahoo.grupos.com.br/msg01115.html>. Acesso em: 24 fev. 2008.

⁹ Como as personagens Capitu e Bebel, nas telenovelas da Rede Globo “Laços de Família” (2001) e “Paraíso Tropical” (2007), respectivamente.



utilizam o próprio corpo como meio de vida.

5 A PROSTITUIÇÃO NA CAPITAL POTIGUAR E OS ANTROPÓLOGOS PORTUGUESES: *PERSONA NON GRATA*

No ano de 2005, Fernando Bessa Ribeiro e Octávio Sacramento, antropólogos portugueses formados pela UTAD (Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro), vieram à capital potiguar pesquisar sobre o tão polêmico fenômeno da prostituição. Após analisar o norte de Portugal durante quatro anos e constatar que a maioria das prostitutas eram brasileiras ilegais, decidiram vir ao Rio Grande do Norte investigar o contexto social, as causas, bem como possíveis soluções para o problema.

O primeiro apontamento dos estudiosos foi que a prostituição, além de ser um fenômeno crescente em decorrência da busca por dinheiro, é consequência também do aumento da circulação de turistas da Europa no Brasil, constatando, que, apesar de haver um grande número de portugueses no Estado, são poucas as suas abordagens nas áreas de prostituição em comparação com as dos italianos, espanhóis e nórdicos. Além disso, concluíram que os estrangeiros não vêm à capital em busca de crianças e adolescentes, preferindo conviver com as adultas para não ocasionarem problemas com as autoridades locais¹⁰.

Os antropólogos propõem que haja uma convivência pacífica entre o turismo familiar e o turismo sexual na capital norte-riograndense, haja vista a prostituição ser uma realidade social incontrolável, deixando claro que não defendem ou incentivam o turismo sexual, mas apenas a integração deste no contexto da atividade turística. Os pesquisadores portugueses enfatizam ainda a necessidade de políticas públicas que combatam os efeitos negativos da prostituição, como a transmissão de doenças e a exploração sexual de menores. Thiago Guimarães¹¹, afirma:

Entre as medidas sugeridas por eles estão a criação de áreas específicas para a prostituição - como o "distrito da luz vermelha" de Amsterdã (Holanda) - e o controle da identidade das garotas de programa. 'Para que o poder público saiba como se processa a prostituição e as práticas associadas ao turismo sexual', afirmou Bessa.

Após tantas polêmicas, a Câmara Municipal de Natal aprovou o título de "*persona non grata*"¹² aos antropólogos portugueses, haja vista considerar que a

¹⁰ SARAMAGO, João. **Turismo sexual** – o negócio está crescendo. Correio da Manhã. Disponível em: <<http://www.correiodamanha.pt/noticia.asp?id=175573&idCanal=9>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

¹¹ GUIMARÃES, Thiago. Câmara de Natal dá título de "persona non grata" a antropólogos. **Folha Online**, São Paulo, 09 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fofha/cotidiano/ult95u112917.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2008.

¹² Concessão de título simbólico que não tem vinculação jurídica.



proposta seja desrespeitosa, deprecia a imagem de Natal, ofende demasiadamente as mulheres da cidade e incentiva a prática do turismo sexual.

O mais importante na legalização é o proveito que a sociedade teria através do alcance de suas medidas. Com a criação de áreas específicas para a prostituição, por exemplo, seria mais fácil para o governo o controle desta atividade e o combate da prostituição com relação às crianças e adolescentes, bem como a sua remoção dos bairros residenciais. Além disso, o alvitre aludido, mesmo que não acolhido pela Câmara, é de grande importância, pois abre margem para uma discussão sobre a prostituição na sociedade e no meio político, bem como os para os benefícios advindos através da legalização de tal prática.

6 CONCLUSÃO

Como se analisou na integralidade do presente artigo científico, a atividade prostitucional, no Rio Grande do Norte, encontrou uma estrutura social, econômica e turística capaz de ter a prostituição como uma atividade amplamente praticada. Visto como um microcosmo da atividade prostitucional, o estado possui, inquestionavelmente, muitos indivíduos marginalizados por exercerem tal atividade.

No Brasil, conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde¹³, a prostituição desenvolveu-se na clandestinidade; com realce para os seus aspectos imorais e ruinosos violentados e desprotegidos pela lei, os “profissionais do sexo” clamam pelo reconhecimento social e jurídico de sua ocupação. Espera-se que o Poder Legislativo consiga tratar a matéria de forma isenta e livre de falsos moralismos, que, indubitavelmente, são os grandes responsáveis pela fealdade da profissão. Nesse sentido, promover a dignificação da atividade, através de sua regulamentação, é uma opção capaz de garantir os direitos sociais desses profissionais e o bem-estar da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ivanise. **Prostituição e exploração: comercialização de sexo jovem**. Disponível em: <<http://www.caminhos.ufms.br/reportagens/view.htm?a=45>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2008.

AUGUSTO, Paulo. **Elites cevadas, Natal alugada**. Disponível em: <http://www.mail-archive.com/direitos_humanos@yahoogrupos.com.br/msg01115.html>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2008.

¹³ **Prevenção das DST/Aids e a Prostituição Feminina no Brasil** - Pesquisa realizada no período de junho de 1997 a junho de 1998, por Lília Rossi, no âmbito do Programa de Cooperação Técnica estabelecido entre a França e o Brasil na área de assistência e de prevenção às DST/HIV/Aids.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIMESNTEIN, Gilberto. **Países ricos decidem legalizar a prostituição**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/imprescindivel/semana/gd210703a270703.htm>>. Acesso em 7 mar. 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **A prostituta e a carteira assinada**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2560>. Acesso em: 24 fev. 2008.

GUIMARÃES, Thiago. Câmara de Natal dá título de “persona non grata” a antropólogos. **Folha Online**, São Paulo, 09 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112917.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11^a ed, p. 276. São Paulo: Método, 2007.

MAZZIEIRO, João Batista. **Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920**. *Revista Brasileira de História*, v. 18, n.º 35. São Paulo, 1998.

ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

SARAMAGO, João. **Turismo sexual – o negócio está crescendo**. *Correio da Manhã*. Disponível em: <<http://www.correiodamanha.pt>> Acesso em: 21 fev. 2008.

SOLER, Alessandro. **Cresce a prostituição**. Disponível em: <<http://www.sindicato-mercosul.com.br/noticia02.asp?noticia=21129>>. Acesso em: 07 mar. 2008.



THE PROSTITUCIONAL ACTIVITY AND THE BADNESS ABOUT THE MARGINALIZATION

ABSTRACT

The state adjustment about prostitution's practices is essential for the end of children and teenagers sexual exploration, for the decrease of violence against prostitutes and for their inclusion in the society. The repression of this activity goes against the propositions orientated for the defense of the citizenship and human rights, besides resulting from the predominance, up to the current days, of the tendency, of great part of the Brazilian society, in debating such questions inside the landmark of the morality. In this contest, the brazilian state of Rio Grande do Norte is the focus of the discussion, because, with specifics analyses in this locality, debates about this subject emerge.

Keywords: Regulation of the prostitucional activity. Principle of The Dignity of the Human Person. Professional autonomy. Discrimination.

Artigo finalizado em abril de 2008.





O TOMBAMENTO DO MORRO DO CARECA PELO MUNICÍPIO DE NATAL/RN: UMA ANÁLISE FÁTICO-JURÍDICA

Karinne de Medeiros Lira

Acadêmica do 9º período do Curso de
Direito da UFRN

RESUMO

A história do Morro do Careca está diretamente vinculada à história do bairro de Ponta Negra e à Cidade do Natal/RN. Trata-se de uma Unidade de Conservação Ambiental, localizada na faixa litorânea do Estado do Rio Grande do Norte, pertencente aos Municípios de Natal e Parnamirim. Saliente-se que no Município de Parnamirim, sua área abrange o Centro de Lançamentos da Barreira do Inferno (CLBI), sendo, porquanto, Patrimônio da União. É incontestável o valor ambiental, paisagístico e cultural do Morro do Careca, sobretudo se o considerarmos como um dos cartões postais da Cidade do Natal. Seguindo este entendimento, o Município de Natal/RN pretende tombá-lo, como monumento paisagístico, baseando-se na Lei Municipal nº. 5.191 de 16 de maio de 2000¹. No entanto, impende registrar alguns aspectos inerentes ao processo de tombamento do Morro do Careca, bem assim os efeitos de sua consecução, notadamente no que concerne à sua conservação por parte dos entes federativos interessados.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Administração Pública. Tombamento. Morro do Careca.

¹ Dispõe sobre a preservação e tombamento do patrimônio histórico, cultural e natural do Município do Natal e dá outras providências”.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É indubitável para todos os potiguares a importância histórico-ambiental do Morro do Careca, situado na Praia de Ponta Negra, haja vista tratar-se de um cartão postal da Cidade do Natal. Em razão disto, aquele Município intenta tombá-lo na forma de monumento paisagístico.

No entanto, o Município de Natal vem encontrando dificuldades que obstam a consecução do tombamento, em virtude de um “conflito aparente” com a União, conforme será demonstrado adiante.

Outrossim, existem questionamentos a serem adotados acerca da segurança deste tombamento, notadamente no que concerne à devida preservação do Morro do Careca, sobretudo se levarmos em consideração o avanço imobiliário desta cidade.

Desta feita, objetiva-se com o presente estudo, elucidar toda a população, não só a comunidade acadêmica, a fim de atentá-la para o acompanhamento deste procedimento tão importante para a história do Município de Natal, como também para o Estado do Rio Grande do Norte.¹

2 SOBRE O MORRO DO CARECA

Localizado no extremo sul da Praia de Ponta Negra em Natal, capital do Estado do Rio Grande do Norte, o Morro do Careca é uma das paisagens mais famosas do País. Seu maior destaque resta formado por uma duna de 120 metros, margeada por vegetação. Há algumas décadas a subida na duna era fonte de diversão para os banhistas que ali freqüentavam e exercício para os que o escalavam. Ocorre que o acesso ao Morro está proibido desde o final dos anos 90. O motivo do impedimento do acesso justifica-se pela preservação da mata de restinga, como também para a contenção do assoreamento da duna, sendo, por isso, suspensa qualquer atividade sobre a mesma. No dia 4 de Outubro de 2007, o Morro do Careca foi eleito uma das “Sete Maravilhas do Rio Grande do Norte”.

Cabe ressaltar que a área delimitada como unidade de conservação do Morro do Careca é bem maior do que se observa da beira-mar da Praia de Ponta Negra. Compõe-se basicamente por dunas móveis e fixas, principalmente por cordões, como cobertura vegetal, sendo esta última, formada por matas de restinga – densas sobre os cordões dunares e ralas sobre os corredores – identificadas como remanescentes de Mata Atlântica.

Consoante o Plano Diretor de Natal e o Código Municipal de Meio Ambiente, o Morro do Careca é tido como uma Zona de Proteção Ambiental (ZPA-06) e como Área de Proteção Permanente, nessa ordem.

No Município de Natal/RN, o Morro do Careca localiza-se na Zona Administrativa Sul, especificamente no bairro de Ponta Negra (334,99 ha – 30,45%). No Município de Parnamirim/RN, está abrangido pelo Centro de Lançamentos da Barreira do Inferno (CLBI) (765,28 ha - 69,55%), antigo Centro de Lançamentos Aeroespeciais da Aeronáutica. Trata-se, porquanto, de Patrimônio da União.



3 O CENTRO DE LANÇAMENTO BARREIRA DO INFERNO

Por encontrar-se instalado na área de abrangência do Morro do Careca, faz-se mister salientar, em apertada síntese, a relevância e os motivos da construção do Centro de Lançamento Barreira do Inferno (CLBI) naquela localidade.

O CLBI tem como objetivos executar e prestar apoio às atividades de lançamento e rastreamento de engenhos aeroespaciais, bem como de coleta e processamento de dados de suas cargas úteis, além de executar os testes e experimentos de interesse da Aeronáutica, relativos à Política da Aeronáutica para Pesquisa e Desenvolvimento como também à Política Nacional de Desenvolvimento das Atividades Espaciais.

3.1 Histórico do Centro de Lançamento da Barreira do Inferno

Em face da necessidade do Brasil de inserir-se no campo da tecnologia espacial, foi criado, em 10 de junho de 1964, o Grupo de Trabalho de Estudos e Projetos Especiais (GTEPE), subordinado, à época, ao chamado Estado Maior da Aeronáutica (EMaer).

Dentre as várias metas do GTEPE, havia a atribuição de escolher um local no Brasil para a construção de um centro de lançamento de foguetes. Todavia, não poderia, para tanto, ser uma localidade qualquer, assim sendo, o GTEPE² estabeleceu os seguintes parâmetros:

- Baixo índice demográfico
- Baixo índice pluviométrico;
- Área de impacto, inclusive para o primeiro estágio, em mar aberto;
- Fácil acesso;
- Proximidade de suporte logístico;
- Proximidade de um campo de pouso de grande porte;
- Dentro de uma faixa de no máximo 5º do Equador magnético;
- Possibilidade de alcançar a Anomalia Magnética do Atlântico Sul; e
- Um terreno com uma topografia de fácil ocupação.

Havia três localidades cogitadas pelo GTEPE: Fernando de Noronha, Aracati (CE) e Ponta Negra, em Natal/RN. Ato contínuo, após seleção e avaliação criteriosa, as duas primeiras foram refutadas e, por preencher o maior número dos requisitos sobreditos, foi escolhida a área onde está situada a Barreira do Inferno.

² Disponível em: < <http://www.clbi.cta.br/>>



O Campo de Lançamento, conhecido como Campo de Lançamento de Foguetes da Barreira do Inferno (CLBI), foi oficialmente criado pela Portaria Ministerial n.º 139/GM3, de 12 de outubro de 1965.

Durante o período de tempo em que o CLBI integrava o GTEPE, vários projetos internacionais foram executados, envolvendo a NASA, Air Force Cambridge Research Laboratories (AFCL) e o Max Plank Institute da República Federal da Alemanha (RFA).

No decorrer dos anos, bem assim em razão de sua extrema relevância, a área do CLBI foi aumentada de 6 km² (seis quilômetros quadrados), passando a ser de aproximadamente 18 km² (dezoito quilômetros quadrados) e o seu perímetro acrescentado em 11 km (onze quilômetros), cujas laterais situam-se na estrada RN 063 (Natal-Pirangi) que divide o terreno do CLBI, longitudinalmente em duas áreas. Deste modo, o Campo passou a ter, entre praias e cercas 36 km (trinta e seis quilômetros) de perímetro.

Acontece que a área objeto do tombamento por parte do Município de Natal abrange o local onde está situado o CLBI, razão pela qual se gerou um conflito aparente entre este e a União.

4 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Após proceder a pesquisas na área objeto do tombamento, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo (SEMURB) encaminhou seus estudos à Fundação Capitanias das Artes, com o fito de reunir o Conselho Municipal de Cultura, no intuito de concluir acerca do início do processo de tombamento do Morro do Careca, na forma da Lei n.º 5.191 de 16 de novembro de 16 de maio de 2000.

Destacam-se algumas conclusões de tais estudos, quais sejam: as construções em torno da área do Morro não poderiam ultrapassar dois pavimentos, no limite de altura de 7,5m (sete metros e meio); e a vedação de exposição de *outdoors* que obstacilizem a visão do Morro. Segundo a Secretária Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo, Ana Míriam Machado, "só poderá ser colocada publicidade na fachada do empreendimento"³.

Ato contínuo, o Conselho Municipal de Cultura aprovou a proposta de tombamento do Morro do Careca, determinando, por conseguinte, que fosse oficiada à União acerca de tal procedimento, em observância às formalidades legais

Em assim sendo, a União foi oficiada, por intermédio da sua Gerência Regional de Patrimônio, a se manifestar sobre o interesse do Município de Natal no tombamento da área, tendo tal atribuição sido incumbida ao Centro de Lançamento da Barreira do Inferno - órgão para o qual está entregue o Morro do Careca.

³ Disponível em: <http://www.nominuto.com/cidades/semurb_pede_tombamento_do_morro_do_careca/15852/>.



O CLBI opinou pela impugnação do processo de tombamento, alegando, para tanto, que a área estabelecida para o tombamento de 335 ha (trezentos e trinta e cinco hectares), na área pertencente ao Município de Natal, é muito maior do que a área que caracteriza o Morro do Careca, cerca de 114 ha (cento e quatorze hectares), bem assim que a extensão pretendida corresponde a quase totalidade da área do CLBI no Município de Natal; outrossim, que o espaço pretendido para o tombamento é fundamental para o cumprimento da missão do CLBI, tendo em vista ser utilizada como área de escape para queda de foguetes, em caso de desvio de rota, e poderá vir a ser usada, conforme as necessidades, para instalação de equipamentos de apoio.

Entretanto, mesmo assim, contra todos os argumentos da União, o Conselho Municipal de Cultura aprovou, à unanimidade de votos, o tombamento do Morro do Careca, criando-se, destarte, um conflito aparente entre o Município de Natal e a União Federal.

Em razão disto, a Advocacia Geral da União, por meio de sua Procuradoria, situada no Rio Grande do Norte, chegou a cogitar a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade do ato municipal, haja vista a área objeto do tombamento situar-se em região estratégica para as missões do CLBI. Desse modo, a lei de tombamento do município traria restrições quanto à área de segurança máxima nacional.

No entanto, por ora, tal possibilidade encontra-se sobrestada, uma vez que a Advocacia Geral da União emitiu seu parecer acerca da suposta divergência e ainda não há manifestação por parte do município.

Através da Nota Interna n.º 24/2008/AGU-PU/RN, a Procuradoria da União do Rio Grande do Norte, ressaltou inexistir "*óbice constitucional ou legal ao tombamento, pelo Município de Natal, do Monumento Morro do Careca, ainda que este integre área do patrimônio da União*" [grifos nossos].

Todavia, salientou o mencionado parecer:

[...] considerando que o objetivo do Município de Natal é o tombamento do monumento paisagístico Morro do Careca (um dos reconhecidos cartões postais de Natal), que tem uma área de 113,67 ha, mostra-se ofensivo aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade a abrangência, pelo ato, de todo o complexo dunar correspondente à Zona de Proteção Ambiental nº 06 – ZPA-6, uma área de 334,99 ha, que vai até o limite entre o Município de Natal e o Município de Parnamirim.

Ademais, uma vez que o Município de Natal, mediante o tombamento, objetiva a preservação do monumento paisagístico Morro do Careca, não se pode abranger, sob tal título, a área que não se caracteriza como paisagem, ou seja, aquela situada além da que a vista pode alcançar.

Desta feita, o conflito aparente entre o Município de Natal e a União poderia ser imediatamente sanado apenas pela mera concordância por parte do interessado no tombamento, *in casu*, o Município.



5 ASPECTOS JURÍDICOS DO TOMBAMENTO EXPOSTO À ANÁLISE

A Constituição Federal preceitua sobre o tombamento nos seguintes termos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...]

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Outrossim, ressalte-se que, consoante disposto no art. 23, inciso III da Carta Magna, é competência comum da União, dos Estados e dos Municípios promover a proteção dos monumentos e das paisagens naturais notáveis, bem como que, nos termos do art. 30, I e II da mesma Lei Maior, são da competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Invocando-se a lição do Professor José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 679, grifos nossos), "*o tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro*".

Na seara infraconstitucional, o tombamento está regulado pelo Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, o qual, em que pese estar desatualizado em alguns aspectos, traz consigo figuras basilares ao tombamento, tal qual a classificação do tipo dos Livros de Tombo.

No âmbito municipal, foi promulgada a Lei n.º 5.191 de 16 de maio de 2000, que estabelece, notadamente para o presente estudo, o que segue:

Art. 5º - Compete privativamente a Fundação Cultural Capitania das Artes (FUNCART):

I - elaborar e executar a política de preservação do Patrimônio Cultural do Município através de instrumentos, planos e projetos;

II - receber pedidos de tombamento;

III - notificar o tombamento de bens aos proprietários;

IV - indicar os incentivos a serem obtidos pelos proprietários do bem tombado.[...]

Art. 7º - É competência comum da FUNCART e SEMRB:



I - manter contatos com organismos públicos e privados, nacionais e internacionais, visando a obtenção de cooperação técnica e recursos para a execução de projetos e planos relativos à preservação e uso dos bens culturais do Município;

II - emitir parecer técnico, sobre questão relacionadas com esta Lei;

III - aplicar medidas previstas em Lei necessárias a que se produzam os efeitos do tombamento, dentro de sua competência.

Art. 8º - Para auxiliar a administração pública na orientação, no planejamento, na interpretação e julgamento de matéria de sua competência e conforme o estabelecido nos artigos 82, 83 e 132, § 1º da lei Orgânica do Município de Natal, será ouvido em caráter consultivo e deliberativo o Conselho Municipal de Cultura (CMC), criado pela Lei Complementar nº 20 de março de 1999 e vinculado à FUNCART.

Do Tombamento

Art. 9º - Ficam instituídos os Livros de Tombo Municipal mantidos pela FUNCART e destinados à inscrição de bens a que se refere o art. 1º desta Lei, que o Conselho Municipal de Cultura considerar de interesse para o Município.

§ 1º - Livro de Tombo Histórico, para as coisas de interesse da História, da Etnografia e da Arqueologia.

§ 2º - Livro de Tombo Artístico, para as obras de interesse das Artes Visuais e da Literatura.

§ 3º - Livro de Tombo Arquitetônico e Paisagístico, para os monumentos naturais, sítios e paisagens de singular e notório valor cênico-paisagístico.

Art. 10 - Para a inscrição no Livro de Tombo será instaurado processo por iniciativa de uma das instituições mencionadas ou de pessoas jurídicas ou físicas, pleito que será apreciado pelo Conselho Municipal de Cultura. [...]

Art. 13 - Após o deferimento do requerimento de que trata o Art. 10, o órgão competente notificará o proprietário do bem a ser tombado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, assinalando-se igual prazo para o proprietário apresentar contestação, se assim desejar, explicitando as razões de sua impugnação ao tombamento.

Parágrafo Único - A notificação será feita por via postal, com A.R - Aviso de Recebimento, ou por Edital se não localizado o proprietário. [...]

Art. 16 - Havendo ou não contestação, após expirar o prazo para apresentação de defesa, o processo será remetido ao Conselho Municipal de Cultura, que proferirá decisão dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento.

§ 1º - O Conselho Municipal de Cultura poderá solicitar à instituição competente novos estudos, pareceres, vistorias ou quaisquer outras medidas que orientem o julgamento, caso em que o prazo de decisão poderá ser prorrogado por mais trinta dias. [...]



§ 2º - Será pública a sessão do Conselho, no qual foi proferido o julgamento, sendo facultada a palavras aos conselheiros, ao proprietário e aos proponentes.

A Lei Orgânica do Município de Natal estabelece, em seu artigo 1º, §2º, que também se sujeitam à legislação municipal, nas competências específicas que lhe cabem, especialmente nas que dizem respeito ao uso e à ocupação do solo, ao perfil urbanístico, ao traçado urbano, à proteção ambiental e paisagística, aos bens imóveis de outros entes públicos, da União e do Estado, situados em seu território, independente de sua destinação.

Ora, fazendo-se uma análise comparativa com o instituto da desapropriação, poderíamos pensar que não seria possível ao Município de Natal tomar um bem pertencente à União. Todavia, seguindo o entendimento do Parecer da Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte, não há nenhum óbice a que o Município de Natal, no exercício do seu poder discricionário, proceda ao tombamento do Morro do Careca.

Ocorre que o tombamento não implica a transferência de propriedade do bem tombado, mas, tão somente, a imposição de que as suas características naturais sejam preservadas, esse fim, espera-se, é o almejado pelo Município de Natal.

Não obstante, nada impede que a União venha a tomar o Morro do Careca posteriormente, sem que tal ato resulte na invalidação do primeiro tombamento ou, sequer, a preferência do segundo sobre o primeiro. Pelo contrário, isso reforçaria a eficácia do tombamento, uma vez que o resguardaria contra a omissão na fiscalização ou permissão incompatível com o fim almejado por parte de um dos entes federativos.

Demais disso, o condão de fiscalizar, proteger e administrar o Morro do Careca sofrerá mudança de titularidade com o tombamento, ainda que se considere que o Município, por intermédio da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo, poderia estabelecer formas de fiscalização, de preservação e uso do bem tombado. Senão vejamos o art. 28 da Lei n.º 5.191/2000

Art. 28 - Os bens tombados serão mantidos sempre em bom estado de conservação e ao abrigo de possíveis danos, por seus proprietários e possuidores, os quais deverão proceder, sem demora, as reparações que de fizerem necessárias após autorização prévia do órgão competente. [grifo nosso]

Saliente-se que o Morro do Careca já se encontra protegido, ainda por força de decisão judicial transitada em julgado, em virtude da Ação Civil Pública n.º 97.0010588-1, proposta pelo Ministério Público Federal contra a União, o Município de Natal, o Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente do Rio Grande do Norte e a Fundação do Meio Ambiente de Natal, processada na Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Conforme a decisão sobredita, foi determinada a "interdição absoluta do Morro do Careca e Dunas Associadas, englobando tal medida toda a Zona de Proteção Ambiental (ZPA-06), disciplinada na Lei Orgânica do Município de Natal,



que compreende o Morro do Careca e dunas associadas”.

Por fim, verifica-se que não haveria qualquer restrição ao CLBI em utilizar a área do Morro do Careca, mesmo porque a União também é interessada constitucionalmente na preservação do patrimônio ambiental e paisagístico, seja qual for a esfera.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo tratou de forma sintética acerca do processo de tombamento do Morro do Careca, ressaltando seus principais aspectos legais e fáticos. Buscou-se apontar, mediante a análise comparada das legislações municipais e federais, incluindo, nesta última, a Constituição Federal de 1988, os motivos que constituem óbice à consecução do tombo em comento.

Em consonância com o parecer exarado pela Procuradoria da União no Rio Grande do Norte, não há conflito normativo entre os institutos legais hierarquicamente diversos, sendo plenamente possível a administração da área pretendida pelo Município de Natal, bem como pela União, a quem pertence a extensão pleiteada.

No entanto, ainda se questiona o interesse do município em administrar uma região que engloba terras além das que compõem o patrimônio paisagístico visual a ser protegido, fato este que gera contradições nos argumentos levantados na exposição de motivos do tombamento.

Assim sendo, deve haver razoabilidade e proporcionalidade no procedimento, a fim de que ambos dos interesses - seja a proteção paisagística por parte do município, sejam a pesquisa e o desenvolvimento relacionados às atividades espaciais, matéria esta de segurança nacional - mantenham-se juridicamente resguardados.

Por todo exposto, conclui-se que, caso seja homologado o pleito inicial de tombamento em sua forma original, contendo o excesso de terras desnecessárias ao projeto, o exercício das atividades primordiais do Centro de Lançamento da Barreira do Inferno, um dos 17 (dezessete) pólos de lançamento de foguetes existentes no mundo, terminaria prejudicado, haja vista a probabilidade de interferência municipal no uso das terras tombadas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Histórico da Barreira do Inferno. Disponível em: < <http://www.clbi.cta.br/>>. Acesso em: 17 de mar. 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** doutrina, jurisprudência, glossário. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



OLIVEIRA, Ana Paula. **Semurb pede tombamento do Morro do Careca**. Natal: No Minuto, 2008. Disponível em: <http://www.nominuto.com/cidades/semurb_pede_tombamento_do_morro_do_careca/15852/>. Acesso em: 17 de mar. 2008.

THE DAMPING-OFF OF MORRO DO CARECA BY NATAL BOROUGH: AN ANALYSIS OF FACTS AND RULES

ABSTRACT

The history of the Morro do Careca is directly linked to the history of the neighborhood of Ponta Negra and Natal city. It is a unit of Environmental Conservation, located in the coastal strip of the state of Rio Grande do Norte, belonging to the counties of Natal and Parnamirim. It should be noted that in the borough of Parnamirim exist areas that belong to the Centro de Lançamento Barreira do Inferno (CLBI), and, because that, they are under the Brazilian federal rules. The environmental and cultural values of Morro do Careca are huge, and especially because this, it is one of the postcards of Natal. Following this understanding, the city of Natal wants put it under municipal registries of environmental and cultural rules, based on the Municipal Act No. 5191, May 16, 2000. However, some aspects of the process of this act and its effects, especially with regard to conservation of the part of the land under federal administration, have to be studied, to solve troubles with jurisdiction conflicts.

Keywords: Environmental Law. Public Administration. Damping-off. Morro do Careca.

Artigo finalizado em abril de 2008.



2 VIOLAÇÃO DO DIREITO À MEIA-ENTRADA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Thaissa Lauar Leite

Acadêmica do 3º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

O movimento estudantil brasileiro, em meados da década de 70, tomou uma das maiores proporções de sua história. A avidez e o inconformismo estudantis estiveram presentes nas mais diversas causas, que findaram por influenciar, sobremaneira, os rumos políticos da época. Uma das conquistas mais marcantes foi, sem dúvida, o direito à meia-entrada para os estudantes, criado no início da década de 90 e difundido nos estados-membros da República. Esse direito, consubstanciado na Lei nº. 6.503/93 do Estado do Rio Grande do Norte, vem sofrendo afronta por parte de diversos estabelecimentos, fazendo que seja necessária a ação da sociedade para ver efetivada sua garantia, não obstante seja dever do próprio estado fazê-lo. O presente estudo visa a analisar a violação do direito à meia-entrada em eventos culturais, como shows e exibições cinematográficas, bem como o papel da sociedade em seu combate, com base na doutrina do direito constitucional e respaldado pela constituição estadual.

Palavras-chaves: Meia-entrada. Lei estadual nº. 6.503/93. Violação.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF) estabeleceu as diretrizes norteadoras de todo o Estado Brasileiro, outorgando competências administrativas, políticas e econômicas para seus entes a fim de organizar da melhor maneira possível a coexistência de todos e de preservar suas autonomias. Desse modo, União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem cooperar entre si para o salutar exercício de suas responsabilidades, atuando nas áreas para as quais têm legitimidade.

A positivação do Estado Federal que constitui a República Federativa do Brasil caracteriza-se, principalmente por essa repartição constitucional de competências, regida pela CF/88, que garante a autonomia e a participação aos Estados. Em seu texto, elenca cada uma delas, quais sejam: competência concorrente, exclusiva, comum e privativa.

A competência concorrente permite que várias entidades legislem acerca de um mesmo tema, embora se reconheça a supremacia da União no que concerne às normas gerais. A competência será exclusiva quando for atribuída a apenas um ente federativo, com exclusão dos demais. Por competência comum, entende-se que seja aquela que permita sua atribuição a mais de um ente federativo. Por fim, tem-se a competência privativa, cuja atribuição, embora seja da União, poderá ser delegada aos Estados.

Aos estados-membros, coube uma competência concorrente à União que constitui o cerne do estudo em questão. Trata-se dela no art. 24, inc. IX, da CF/88, senão vejamos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, reproduzindo os direitos fundamentais do homem presentes na Carta Magna Nacional, bem como respeitando o âmbito de competência que lhe foi atribuído, tratou do acesso à cultura com muita propriedade, assim como de seu incentivo. Não obstante, sua legislação carece de eficácia social, como será visto no decorrer desta pesquisa, com ênfase para os casos de maior repercussão popular no Estado do Rio Grande do Norte, que dizem respeito à violação do direito à venda de ingressos com pagamento de meia-entrada pelos estudantes para shows e eventos culturais.

2 A CULTURA NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

O termo “cultura” deriva do latim *cultura*, que significa cultivar o solo, cuidar. No entanto, ele apresenta inúmeras acepções que resultam de longos estudos e discussões doutrinárias. No mais leigo conceito, a cultura figura como o reflexo das relações de um grupo humano, compondo-se de suas diversas personalidades, de seus padrões morais, de suas condutas sociais e de sua educação. Por isso, a cultura



é capaz de identificar um grupo humano e distingui-lo dos demais.

Sobre o assunto, Miguel Reale (1996, p. 1-3) nos contempla com as seguintes observações:

O primeiro sentido do termo “cultura”, que tomo como um dos possíveis pontos de referência, está mais próximo do seu uso corrente, quase intuitivo, incorporado à linguagem comum sem prévia análise crítica de seus pressupostos lógicos ou ontológicos. Nessa acepção geral, a palavra cultura vincula-se a cada pessoa, indicando o acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou, mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo. [...]

Ao lado, porém, do conceito *pessoal* ou *subjetivo* de cultura, como “aperfeiçoamento da sensibilidade do intelecto pelo conhecimento dos homens e das coisas”, há outro *social* ou *objetivo*, em acepção a um só tempo filosófica, antropológica e sociológica, como “acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores”.

Da análise de tais lições, pode-se visualizar a importância transcendental da cultura para o indivíduo em sua sociedade. Constituindo seu acervo de conhecimentos e de convicções, a cultura representa o maior patrimônio que o ser humano é capaz de adquirir: o saber. A sabedoria, que não diz respeito apenas ao conhecimento técnico, mas ao conhecimento de mundo, à percepção da realidade, tem a responsabilidade de facilitar a relação entre os indivíduos, incentivando o respeito e a solidariedade entre eles. E, ainda, se é a própria cultura que condiciona as atitudes humanas, primordial se faz que o acesso à ela se dê da maneira menos burocrática possível, a fim de auxiliar a sua difusão junto à sociedade, que, se dificultada, impedirá que muitos cheguem a conhecê-la.

Observe-se o que nos traz o professor José Afonso da Silva (2005, p. 311), tratando da acepção do termo cultura no âmbito constitucional:

A constituição de 1988 deu relevante importância à *cultura*, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional de um povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Inúmeros são os sentidos que se podem atribuir à cultura, e todos terão igual valorização e racionalidade, haja vista que convergem para um mesmo fim: o de reflexo de uma realidade social. Santos (2001, p. 22), por exemplo, entende que a cultura diz respeito a tudo o que caracteriza uma população humana, mostrando,



claramente, uma acepção mais genérica.

Assim, dadas as relevâncias humanas e sociais do acesso à cultura, a Constituição do Rio Grande do Norte veio a reproduzir as diretrizes da Carta Magna Nacional a esse respeito, visando ao desenvolvimento social de sua população calcado em valores que promovessem sua educação.

Diante disso, far-se-á a análise dos seguintes dispositivos acerca da matéria que, certamente, elucidarão a problemática central do presente estudo, quando da ocasião de sua análise:

Art. 143. O Estado garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apóia e incentiva a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 144. Constituem patrimônio cultural estadual os bens de natureza material e imaterial, tomados, individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade norte-rio-grandense, nos quais se incluem: [...]

§ 3º A lei estabelece incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural são punidos, na forma da lei.

Assegurado o direito à cultura, e criados os dispositivos que o viabilizem, passar-se-á ao exame da lei estadual, que trata do acesso à cultura a partir da concessão do pagamento de meia-entrada a estudantes, para, então, a partir do estudo de casos concretos, proceder-se à análise de quando este direito será violado perante toda a sociedade que, inerte, desconhece as armas que possui para combatê-lo.

3 O DIREITO À MEIA-ENTRADA PARA ESTUDANTES E A LEI ESTADUAL Nº. 6.503/93

A conquista da meia-entrada é remanescente da luta do movimento estudantil, ainda na época da ditadura, e deve ser honrada com todo o mérito, haja vista sua primordial importância para seus beneficiários, bem como para a economia local. O incentivo dado ao estudante o convida a se fazer presente nos eventos culturais realizados no estado, movimentando, assim, sua economia.

O direito à meia-entrada surge da transcendentalização da educação, da percepção, por parte das autoridades – com a ajuda da luta estudantil –, de que o ensino vai muito além da presença do aluno em sala de aula, e ultrapassa seu estudo e pesquisa domiciliar. Para isso, se garante a meia-entrada em cinemas, circos, espetáculos teatrais, musicais, esportivos e de lazer, visando conceder o incentivo de sua participação em atividades capazes de levá-lo ao aprendizado por meio de contato com diversos tipos de produções culturais.

Os benefícios relativos a essa concessão são inúmeros na vida de um estudante, haja vista a grande disparidade que existe entre ele e um adulto em



condições de trabalho. Não havendo esse benefício, provavelmente o estudante não terá acesso à cultura ou, caso tenha a oportunidade, esse acesso será limitado devido a sua situação financeira, insuficiente para concedê-lo integralmente. Já o adulto, por exercer uma atividade laboral, usufrui de renda fixa ou, pelo menos, previsível, e pode responsabilizar-se por suas despesas, tendo o seu acesso a ela vinculado apenas à sua vontade e disponibilidade de tê-lo.

O aluno de instituição de ensino privada, por vezes, ali se encontra devido a um esforço sem tamanho de seus responsáveis ou, ainda, por mérito próprio, arcando com as despesas referentes a ela. O estudante de instituição de ensino pública, muitas vezes, sequer tem condições de adquirir o material didático necessário para a inteligência do conteúdo básico em estudo, muito menos de pagar para a extensão de seu conhecimento. Diante disso, é de grande valia qualquer incentivo que os guie no sentido de conhecer e valorizar sua cultura, a fim, também, de enriquecer o patrimônio cultural do estado.

O Estado do Rio Grande do Norte, ciente da imprescindibilidade da concessão desse direito, além de reproduzir, em sua Constituição, os já vistos dispositivos específicos para a valorização, o conhecimento e a proteção da cultura, tratou da matéria referente a ele na lei estadual nº. 6.503, de 01 de dezembro de 1993, promulgada pelo então presidente da Assembléia Legislativa, o deputado Raimundo Fernandes. Em seu *caput*, dispõe que “Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá outras providências correlatas”.

No artigo 1º, a referida lei enumera as ocasiões de direito dos estudantes ao pagamento de meia-entrada, conforme se vê na transcrição abaixo:

Art. 1º. Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado do Rio Grande do Norte, o pagamento da meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de espetáculos teatrais, musicais, circenses, de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte e cultura na conformidade da presente Lei.

§1º Para efeito do cumprimento dessa Lei, consideram-se casas de diversão de qualquer natureza, como previsto no “caput” deste artigo, os locais que, por suas atividades, propiciem cultura e entretenimento.

§2º Serão beneficiados por esta Lei os estudantes devidamente matriculados em estabelecimentos de ensino público ou particular, do primeiro, segundo e terceiro graus, no Estado do Rio Grande do Norte, devidamente autorizados a funcionar por órgãos competentes.

Para a consecução de seu fim social, que se dá através da efetivação de seus dispositivos, a lei relaciona os competentes para sua fiscalização e cumprimento, consoante se observa em seu artigo 3º:



Art.3º. Caberão ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte, através de seus respectivos órgãos de cultura, esporte, turismo e defesa do consumidor, e, nos Municípios, aos mesmos órgãos das referidas áreas, bem como ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, a fiscalização e o cumprimento desta Lei.

Diante dessa pluralidade de legitimados, poder-se-ia pressupor que inexistia possibilidade de falha quanto à sua fiscalização e cumprimento. No entanto, a realidade difere do esperado, revelando grande ineficiência. Uma gama de entidades é incapaz de proporcionar o cumprimento da legislação estatal a respeito da meia-entrada, o que se verá na posterior análise de casos concretos.

4 A AFRONTA À LEI ESTADUAL Nº. 6.503/93

Não são raros os casos de desrespeito ao direito à meia-entrada no Rio Grande do Norte. Com maior frequência e, em destaque neste estudo, essa afronta à lei estadual nº. 6.503/93 vem sendo observada em estabelecimentos de exibição cinematográfica e casas de shows e espetáculos, conforme será visto.

A rede de cinemas Cinemark, em sua filial no município de Natal, protagonizou um dos episódios de maior repercussão social no início do ano de 2007, ao permitir que apenas portadores de carteira estudantil da União Nacional dos Estudantes (UNE) e União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES) tivessem direito ao pagamento de meia-entrada em seu estabelecimento. Nesse caso, estudantes com carteiras de outras entidades teriam que apresentar declaração de matrícula – caso estudem em instituição de ensino pública – ou comprovante de pagamento – caso freqüentem instituição de ensino privada. Caso contrário, o pagamento do ingresso deveria ser integral.

Diante disso, o Ministério Público (MP) manifestou-se, na figura da promotora de defesa do consumidor, Zenilde Alves Machado, que recomendou à gerência da referida rede de cinemas a exigência tão somente da carteira estudantil para o pagamento de meia-entrada a todos os estudantes. Ademais, foi marcada uma audiência de conciliação entre os representantes das entidades estudantis e do Cinemark. Devido a essa atitude, fruto de denúncias provenientes de estudantes injuriados, o caso teve êxito em sua resolução, e a legislação estadual passou a ser respeitada por essa rede de cinemas.

Em Mossoró, município do oeste potiguar, foi recomendado pelo Ministério Público aos empresários responsáveis pelo evento “Mossoró Mix Indoor”, a casa de show “Palácio do Forró” – que o sediaria – e também à prefeitura municipal, que fosse assegurada a meia-entrada para os estudantes para esse evento, que ocorreria em 08, 09 e 10 de novembro de 2007. Essa recomendação partiu da constatação de que vinham sendo vendidos ingressos sem diferenciação de preço integral e estudantil, ferindo a legislação estadual.

Nesse caso, foram tomadas as medidas necessárias para que se efetivasse



a Lei 6.503/93, a partir da iniciativa do Promotor de Justiça Antônio Cláudio Linhares de Araújo, da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mossoró. Os ingressos deveriam passar a ser comercializados com a devida diferenciação de preço; aqueles estudantes que compraram antecipadamente tiveram direito à restituição do pagamento; a casa de show “Palácio do Forró” só poderia disponibilizar seu estabelecimento para a realização do evento “Mossoró Mix Indoor” se cumpridas as recomendações feitas aos empresários responsáveis por ele e, por fim, recomendou ao município de Mossoró que exercesse o seu poder de polícia administrativa e realizasse a inspeção nos postos de venda dos ingressos, a fim de fiscalizar o cumprimento dessa lei.

Em Natal, o episódio ocorrido em Mossoró ganha nova matiz através do desrespeito gritante dos organizadores de eventos na casa de show “Vila Folia”, de propriedade da Destaque Promoções, a respeito da meia-entrada. O montante referente ao valor de seus ingressos não diferencia o preço para estudante. Não obstante, no corpo deles se vê escrito, em tinta azul viva, grandemente e em letras maiúsculas: “MEIA”.

A organizadora dos eventos realizados nessa casa de show, a Destaque Promoções, como se vê, não satisfeita em afrontar a constituição estadual e a Lei 6.503/93, ainda tenta ludibriar o consumidor, levando-o a crer que adquiriu o ingresso pelo valor de meia-entrada, o que constituiu uma afronta desleal àqueles que, infelizmente, desconhecem a legislação que têm a seu favor.

É imperioso que um evento de tamanha amplitude, como são aqueles realizados na “Vila Folia”, tradicional casa de show da cidade, afronte de maneira vergonhosa o direito à meia-entrada para os estudantes e, ainda assim, não veja banida a sua injúria. Ao contrário do ocorrido no município de Mossoró, em Natal, não houve manifestação do Ministério Público do Estado, do órgão de defesa do consumidor ou da prefeitura municipal, alguns dos competentes para sua fiscalização e cumprimento, permitindo que esta violação se perpetue indefinidamente, para o prejuízo da classe estudantil.

A responsabilidade pelo funcionamento correto das instituições favoráveis ao estudante não é só do estado, na figura dos órgãos designados no art. 3º da Lei nº. 6.503/93, devendo a população fazer a sua parte, seja denunciando, seja boicotando posturas ilegais ou exercendo seu poder de pressão popular.

A hora do fim da convivência será marcada, concomitantemente, com a chegada da conscientização popular e a busca pela efetivação dos direitos estabelecidos. Esse é o momento de deixarem de se submeter às vontades dos agentes econômicos do estado e se imporem, fazendo prevalecer o certo e o justo, que é o texto da lei, derivado da vontade do povo, e, pois, dono da mais completa legitimidade.

5 O POSICIONAMENTO DOS DESCUMPRIDORES DA LEI EM COMENTO: JUSTIFICANDO O INJUSTIFICÁVEL

A respeito da concessão da comercialização de meia-entrada, donos de estabelecimentos que comportam shows e eventos culturais chegam a questionar a falta de incentivo do estado para a realização destes, fazendo que deixem de logar seus vencimentos em virtude da venda de ingressos a baixo custo. O que se



vê é que muitos destes empresários sequer necessitam de tais incentivos, haja vista a pluralidade de patrocinadores de que dispõem e do expressivo público pagante para seus eventos.

Nesse âmbito, se encaixa o exemplo dos eventos realizados na “Vila Folia”, visto que são estes de grande porte, com público vindo de diversos estados do nordeste, não cabendo qualquer prejuízo para sua organização a venda de ingressos a meia-entrada (vide, também, o abusivo preço a que são comercializados). A rede de cinemas Cinemark, do mesmo modo, não poderá alegar prejuízo para si, haja vista que se localiza no maior *shopping center* da cidade, o Midway Mall, de frequência ininterrupta de clientes e pagantes para suas exibições cinematográficas.

Alguns empresários, que alegam a falta de incentivo para a realização de seus eventos, cogitam a possibilidade de limitar o número de ingressos comercializados para o público estudantil, visando à manutenção de sua faixa de lucro. Uma medida como essa feriria gravemente a legislação estadual, e seria um desrespeito sem tamanho à população do Rio Grande do Norte, desmerecendo qualquer consideração a respeito de sua implementação.

6 CONCLUSÕES

Preponderantemente, o descumprimento desmedido da legislação estadual a respeito do direito à meia-entrada para os estudantes acha respaldo no desinteresse de sua classe em ver efetivada essa garantia. O fomento à defesa dessa legislação deve ser estimulado pelos órgãos do governo do estado responsáveis por sua fiscalização, fazendo que a população tome para si a luta por seus direitos e, assim, possa atuar junto ao estado, combatendo tais descumprimentos.

Destarte, deverão os estudantes fazer valer seu direito através de todos os meios possíveis, como, por exemplo, boicotando eventos e estabelecimentos descumpridores da Lei nº. 6.503/93, bem como fazendo a denúncia destes inadimplentes a algum dos órgãos competentes por sua fiscalização, possibilitando, assim, a efetivação do acesso à cultura e o seu conhecimento no estado.

Como foi exposto, muitos estabelecimentos ignoram a existência da referida lei estadual, levando vantagem devido ao conformismo populacional e à falta de fiscalização dos órgãos competentes. As modificações propostas serão de grande valia para a transformação desse quadro, bem como para o futuro do cidadão potiguar, consciente de seus direitos e atuante na esfera política e econômica do estado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Evanio. **MP cobra meia-entrada para estudantes**. Disponível em: <http://evanioaraujo.zip.net/arch2007-09-30_2007-10-06.html>. Acesso em: 16 abr. 2008.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DAMIÃO, Ada Stella Bassi; SOARES, Marcelo Santos; CARNEIRO, Harley Dias. **O Novo Cidadão Brasileiro**. Rio de Janeiro: Salamandra Consultoria Editorial Ltda., 1987.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**, 4. ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **MP faz recomendação a cinema (TN)**. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/imprensa.asp?cod=576>>. Acesso em 16 abr. 2008.

REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, José Luis dos. **O que é cultura?** 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIOLATION TO THE RIGHT OF HALF-PRICE TICKET IN RIO GRANDE DO NORTE

ABSTRACT

The Brazilian student movement, in the mid-70's, has gained unique historic proportions. The students' non-conformism was present in many different causes, which influenced the policy guidance of the time. One of the most important conquests was undoubtedly the right to




half-price ticket for students, created at the beginning of the 90's decade and disseminated in the member states of the Republic. That right, embodied in Law no. 6.503/93 of the State of Rio Grande do Norte, has been offended by several commercial establishments. In order to make this guarantee effective, the society must take action, in spite of being a state duty. This study aims to examine the violation of the right to half-price ticket at cultural events such as concerts and cinematographic exhibitions, as well as the function of the society in its fight, based on the Constitutional Right and the State Constitution.

Keywords: Half-price ticket. State Law n. 6.503/93. Violation.

Artigo finalizado em abril de 2008.





**RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL
EXTRACONTRATUAL DO ESTADO:
UM ESTUDO RELATIVO À
SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO
GRANDE DO NORTE**

Hildeberto Júnior da Rocha Silvestre

Acadêmico do 7º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

Todo cidadão possui o direito previsto constitucionalmente de provocar o Poder Judiciário quando da existência de lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, a violência é uma afronta direta e constante a nossa liberdade, à medida que tolhe boa parte das garantias constitucionais. Assim, cabe ao Estado a responsabilização pelos danos causados à população devido a sua omissão, no âmbito da segurança pública. Fato esse que será melhor compreendido através da análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, ao final do presente artigo. Faz-se mister, contudo, uma análise do caso concreto a fim de se verificar a precedência de culpa, elemento essencial para configurar a responsabilidade estatal que, através de seus agentes, omite-se diante de situações cuja previsão legal é a de afastar a inércia, ou seja, agir.

Palavras-chaves: Segurança Pública. Responsabilidade do Estado. Indenização. Culpa. Omissão.

1 CONSIDERAÇÕES EXORDIAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O primeiro conflito que se verifica quando da análise do assunto supracitado é a sua própria denominação. Nesse sentido, a doutrina diverge entre as expressões responsabilidade do Estado, responsabilidade civil do Estado ou responsabilidade da Administração. Expressões essas que, por sua vez, encontram seus respectivos adeptos e defensores. A exemplo de Francisco Goni e do Ministro José Delgado, vamos adotar neste artigo a denominação responsabilidade do Estado, além da sua classificação como extracontratual, haja vista que o tema aqui abordado deriva de uma atividade estatal em que se verifica a inexistência de qualquer relação contratual avençada entre o Estado e particulares.

Após o esclarecimento acima, passemos à fase da definição a respeito do que é a responsabilidade do Estado. Essa responsabilidade implica a idéia de resposta, termo que deriva do vocábulo latino *respondere*, com o sentido de replicar. Indispensável se faz que exista um fato precedente e a sua imputabilidade a alguém, uma vez que, quando o Direito trata da responsabilidade, imediatamente se presume que alguém deve responder perante a ordem jurídica vigente em virtude de algum fato praticado, que pode ser caracterizado por alguma conduta comissiva ou omissiva a qual possibilitará o advento de uma nova situação jurídica.

Com efeito, na responsabilidade extracontratual do Estado, é cediço que, na verdade, o fato será praticado por pessoas naturais, já que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível, fazendo-se atuar no mundo jurídico por intermédio de seus agentes, pois o Estado, por si só, não pode causar danos a ninguém. Assim, no que concerne aos sujeitos da responsabilidade estatal, a exemplo da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2007), temos o lesado, o Estado e os agentes deste.

Nesse diapasão, pela atuação de determinados agentes de Estado, a exemplo daqueles aos quais incumbe resguardar a segurança pública, quando houver danos a terceiros, será o Estado responsável pelos danos causados, sendo obrigado, logo, a reparar o prejuízo mediante o pagamento de indenização. Como visto, portanto, faz requisito a existência de prejuízo, pois sem dano inexistente responsabilidade por parte do Estado. Percebemos, assim, que o lesado fará jus a um montante pecuniário equivalente à reparação do dano.

Buscamos utilizar este artigo como um instrumento capaz de levar ao conhecimento da população que, nós, cidadãos norte-rio-grandenses, temos o direito a uma segurança de qualidade e que, procedendo o Estado com negligência, no âmbito da segurança pública, tornamo-nos legítimos de provocar o Poder Judiciário a fim de que o nosso dano seja reparado.

2 EVOLUÇÃO E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

No que compete à evolução da responsabilidade do Estado, verifica-se a predominância em determinados períodos da história das seguintes teorias: teoria da irresponsabilidade ou regaliana, as teorias civilistas ou mistas e as teorias publicísticas.

A teoria regaliana marca a era negra dos Estados despóticos e absolutis-



tas, em que existia a noção de que o Estado era o ente todo-poderoso e soberano, insuscetível, pois, de causar danos e de ser responsável por eles. Elevavam as máximas de que “o Rei não erra ou não pode errar”, “o Príncipe sempre tem razão”, sendo pessoalmente responsáveis os agentes do Estado pelos danos que causassem, nunca o próprio Estado.

Já as teorias civilistas ou mistas caracterizavam-se pela possibilidade de responsabilizar o Estado, que ocorreria quando, na prática de algum ato lesivo a outrem, ficasse comprovada a culpa do agente que o havia executado. Incurreria em responsabilidade, portanto, quando verificado ato danoso impessoal, imperícia ou negligência do agente.

Com a referida evolução, deparamo-nos com as teorias publicísticas que, inicialmente, possuíam caracteres de teoria subjetiva, já que seria necessária a comprovação de que os órgãos ou representantes do Estado estariam agindo de maneira negligente, por ação ou omissão, prejudicando terceiros. Porém, tempos depois, tais teorias desembocaram na conhecida responsabilidade objetiva cuja principal característica é o fato de a culpa se apresentar como desnecessária a fim de que se configure a tão questionada responsabilização.

3 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Mister se faz explicitarmos como vem se comportando o ordenamento jurídico pátrio quanto às normas referentes à responsabilidade do Estado frente aos prejuízos causados aos administrados. Assim, o Código Civil de 1916, em seu art. 15, já apresentava os seguintes termos: “As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por Lei, salvo o direito de regresso contra os causadores do dano”. Nota-se, portanto, que tal Lei recepciona a idéia de que a responsabilidade deve ser subjetiva, já que se configurava como requisito a ser preenchido a demonstração de culpa por parte do funcionário a fim de que o Estado pudesse ser responsabilizado. A Lex Legum de 1988, por sua vez, contraria o Diploma Legal de 1916, à medida que caracteriza a responsabilidade como objetiva, sendo necessário apenas o caráter subjetivo em relação ao funcionário para que o Estado possa fazer valer o seu direito de regresso nos moldes do Art. 37, §6, da Carta Política de 1988 que aduz o seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Com a nova redação, o Código Civil de 2002 tratou da matéria aqui discutida de forma semelhante ao que encontramos na Constituição Federal, superando a responsabilidade subjetiva apregoada pelo Código de 1916, de modo que, no



ordenamento jurídico pátrio, não resta nenhuma dúvida de que o Estado se sujeita à responsabilidade objetiva, fundamentando-se na “teoria do risco administrativo”, situação em que o Estado será responsabilizado pelos danos causados a terceiros, independentemente de trazer a defesa de que não houve culpa no exercício da atividade, fazendo-se imprescindível, entretanto, que haja a comprovação do fato, do dano e do nexo causal entre o fato e o dano discutido, além de não se encontrar envolvido por uma das causas excludentes de responsabilidade, a exemplo da força maior e culpa da vítima.

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE NO QUE TANGE À OMISSÃO NO SETOR DA SEGURANÇA PÚBLICA

Após considerações gerais acerca dos aspectos relativos à responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, da formação de uma base sólida a respeito do assunto, adentramos no foco do artigo que é justamente tratar a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Norte no que concerne à sua atuação no âmbito da segurança Pública.

Segundo a Constituição Federal, é da competência dos Estados da Federação a responsabilidade pelas ações relativas às Polícias Civil e Militar. Sendo assim, via de regra, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte traz normas de eficácia plena e imediata que atribuem ao Governo do Estado e ao órgão central do Sistema de Segurança Pública a organização e coordenação com a finalidade de garantir a eficiência dos órgãos responsáveis pela segurança pública, não se podendo confundir tal entendimento como discricionariedade por parte do nosso Estado, porquanto se encontra vinculado às determinações constitucionais. Neste segmento, assevera a Carta Maior de 1988, em seu art. 144, *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados,



do Distrito Federal e dos Territórios.

Tema que se encontra sempre diante de ferrenho debate é o da segurança pública, visto que a população norte-rio-grandense sente na pele o descaso do Poder Público com as iniciativas imprescindíveis à manutenção ou ao resgate da paz à sociedade, hoje considerada uma utopia. Vivemos inseridos num Estado onde a violência vai mitigando, cada vez mais, o nosso direito de ir e vir, à medida que as pessoas vão sendo obrigadas a viver em seus “cárceres privados”.

Sabemos, porém, que a responsabilidade não é apenas do Estado, já que a situação atual advém de circunstâncias de ordem social, política e jurídica históricas. Mas o que se constata é que, no Rio Grande do Norte, o índice de criminalidade vem aumentando gradativamente e, embora vários sejam os fatores que dão ensejo a essa situação, a inércia das autoridades públicas apresenta-se como fator predominante, uma vez que não há um mínimo razoável de investimentos em infra-estrutura de pessoal e material, não havendo obediência, portanto, à imposição constitucional de se garantir a segurança no intuito que se mantenha a ordem pública.

Apregoa, nesse mesmo diapasão, a Constituição Federal que a segurança pública destina-se a proteger a própria ordem social e os bens jurídicos mais importantes para o indivíduo, quais sejam a vida, saúde, incolumidade física, patrimônio, entre outros. Sendo através de ações nas esferas política, administrativa, judicial e legal que podemos resguardar a inviolabilidade dos supracitados bens jurídicos.

Conforme já dito anteriormente neste artigo, o Estado pode ser responsabilizado tanto por sua conduta comissiva, quanto pela omissiva. Assim, faço o seguinte questionamento: no Estado do Rio Grande do Norte, a maioria das condutas dos agentes de Estado, no âmbito da segurança pública, que causam danos aos administrados, é de natureza comissiva ou omissiva? O que percebemos é que prevalece a responsabilidade do Estado no que concerne às suas omissões perante a sociedade tão necessitada de maiores investimentos. No tópico relativo à jurisprudência, adiante, encontraremos casos concretos que qualificam bem o que está sendo descrito.

Questão extremamente relevante e que difere do que foi dito anteriormente é o caso em que ficar provado a omissão estatal, visto que a teoria a ser aplicada ao caso individualizado não será a “teoria do risco administrativo”, mas sim a “teoria da culpa do serviço” que é definida por Maria Sylvania Zanella Di Pietro em sua obra Direito Administrativo(2000, p. 504), da seguinte forma:

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação de culpa do funcionário.

Com efeito, tem ampla aplicação no direito pátrio a teoria da *faute du service*, vale dizer, o Estado responderá se ficar caracterizada sua inércia, omissão ou



falha na prestação de serviço público essencial, como é o caso da segurança pública que deveria ser prestada em conformidade com as necessidades sociais.

Dessa forma, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), quando há ameaça constante ou lesão ao direito coletivo à segurança pública, pela omissão do Estado, é plenamente possível a provocação do Judiciário a fim de que repare os danos causados aos cidadãos, pois não se pode negar que fica sujeita à Administração a prestar indenização pelos danos que sofrem os administrados por falta de políticas que viabilizem uma melhor qualidade de vida.

Será, logo, responsabilizado, quando, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões exigidos, traduzindo-se num ilícito ensejador de dano. Valendo ressaltar que a sua omissão não se caracteriza como causa dos danos, mas sim como condição, ou seja, evento que não ocorreu, mas que, se houvesse ocorrido, teria impedido o resultado.

Não podemos, contudo, admitir todo dano existente na sociedade como resultado de uma omissão estatal. É cediço que cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade, desde que haja razoabilidade, caso contrário estaria erigido à condição de “segurador universal”, conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2007). Seria, por exemplo, o caso de o responsabilizar na situação hipotética em que, havendo lesão ao patrimônio da vítima, agentes policiais presentes no local do fato, mantêm-se inertes ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitem-se na adoção de providências cautelares.

Assim, o que fora discorrido nesse tópico retrata aquilo que presenciamos diariamente, seja através de noticiários ou, até mesmo, sendo vítimas diretas desse descaso. Sendo importante frisarmos que, como em todas as classes, existem em nosso Estado agentes comprometidos com o bem-estar social, atuando de forma diligente na busca de oferecer melhores condições de vida para a população.

5 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE ACERCA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL QUANDO DA OMISSÃO NA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA

No julgado abaixo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, percebemos que essa corte afasta a responsabilidade do Estado fundamentando-se na teoria da culpa do serviço, pois alega que não se constata negligência da Administração no caso representado, à medida que não é razoável a exigência de que exista policiamento onipresente, considerando as circunstâncias pelas quais está envolta a sociedade e as condições do Estado.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO SEGURANÇA PÚBLICA. FURTO EM RESIDÊNCIA PARTICULAR. INEXISTÊNCIA DE POLICIAMENTO NO LOCAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO AFASTADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO OMISSIVO E O DANO. RECURSO RECONHECIDO E IMPROVIDO.



1 – A responsabilidade objetiva do Estado está ligada diretamente aos atos comissivos de seus agentes, e não nos omissivos, os quais deverão ser provados para configurar a responsabilidade.

2 – À parte autora incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito – art. 333, inc. I, do CPC. A ausência da prova determina seja o decísum desfavorável àquele que não a produziu, porque imprescindível.

3 – Inexistindo conduta omissiva ou negligente, dolosa ou culposa do Estado, por meio de seus agentes, e, tendo o delito ocorrido por ato de terceiro, ausente está a responsabilidade estatal.

Já no julgado seguinte, cujo juízo *ad quem* é também o TJ/RN, o acórdão é no sentido de que o Estado deve ser responsabilizado a indenizar o cônjuge da vítima, não estando assegurado por nenhuma causa excludente da responsabilidade. No caso em tela, a omissão estatal se constitui pela inércia de seus agentes no sentido de evitar mais danos que, no caso concreto, possuía elevado grau de presunção quanto à sua ocorrência, visto que, conforme expresso no julgado, uma chacina se prolongava no tempo sem que houvesse, em nenhum instante, intervenção policial.

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO – CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO FORNECIMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA – INÉRCIA DA INICIAL POR ILEGITIMIDADE ATIVA – REJEIÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS DANO E NEXO DE CAUSALIDADE ATRIBUÍVEIS AO ESTADO – DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO – AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES – DANO MORAL – QUANTUM EXAGERADO – REDUÇÃO – CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO E DA REMESSA, APENAS PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRECEDENTES DESTA CORTE.

I – É parte legítima genitor e esposo da vítima de homicídio que pleiteia indenização em juízo, pois tal situação constitui uma exceção à regra de que o titular seja o próprio sujeito que sofreu o dano.

II – Constatada a deficiência do serviço público em prestar segurança pública, inclusive pela desativação do Posto Policial, é cabível a responsabilização.

III – Não se configura caso fortuito ou força maior chacina que se perpetua por dois dias à espera de aparato policial.

IV – Danos morais contra o Estado não devem servir de locupletamento sem causa, sob pena de empobrecimento generalizado dos demais.

V – Remessa Necessária e Recurso Voluntário procedentes apenas para reduzir o *quantum* relativo aos danos morais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS



Por todo o exposto, permite-se afirmar que cabe ao Estado a responsabilidade por seus atos e omissões que causem prejuízos aos administrados. Porém, tal responsabilização não fica a mercê da discricionariedade daqueles que se sentem vítimas, haja vista que existem requisitos que devem ser observados tanto na responsabilidade objetiva, quanto na subjetiva.

Não se pode, contudo, condenar o Estado a pagar indenizações em todas as circunstâncias em que haja dano à sociedade, pois, mesmo sabendo que não há dúvidas de que há omissão no cumprimento de seu dever genérico de manter a ordem pública, o atendimento dessa demanda reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes.

Logo, em analisando concretamente os casos em que enxergamos uma possível responsabilidade do Estado, devemos fazer valer o nosso direito de ação a fim de vermos o dano reparado, mediante o pagamento de um montante pecuniário pelo Estado.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24º. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



SOARES, José Peres Neto Guterres. **A responsabilidade civil do Estado pela falta do serviço de segurança pública.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5889>>. Acesso em 15 de abril, às 19h32min.

ESTATE'S EXTRACTIONAL PATRIMONIAL RESPONSIBILITY: A STUDY ACCORDING TO RIO GRANDE DO NORTE'S PUBLIC SECURITY


ABSTRACT

Every citizen has the constitutional right to evocate the Judicial Branch whenever there is any threat of right injure or an effective one. Therefore, violence constitutes a direct and constant insult to our liberties, since it mitigates great part of constitutional guarantees. As a consequence, it is up to the Estate to punish the responsible for the damages caused to the population as a result for its omission in the public security scope. These facts will be more properly comprehended through the analysis of some of the Rio Grande do Norte's Court of Justice decisions, present in the end of the this article. Nonetheless, it is still relevant to consider real cases in order to verify the presence of blame, an essential element for establishing the Estate's responsibility, who, through its own agents, omits itself in circumstances, even though the law demands action, not inertia.

Keywords: Public Security. Estate's Responsibility. Compensation. Blame. Omission

Artigo finalizado em abril de 2008.



**RÉGIME JURÍDICO DAS
INDENIZAÇÕES NAS ÁREAS
URBANAS NON AEDIFICANDI:
APLICABILIDADE NO
MUNICÍPIO DE NATAL/RN**

Patrícia Erica Luna da Silva
Acadêmica do 8º período do Curso
de Direito da UFRN

RESUMO

Hodiernamente é fato inconteste o intervencionismo estatal restringindo a propriedade privada. Partindo desta premissa, o presente trabalho tem por escopo delinear o regime jurídico das áreas urbanas *non aedificandi*, analisando-se o caso concreto do município de Natal/RN. Procura classificar ainda os atos que restrinjam o direito de construir, declarando áreas urbanas que antes eram edificáveis como *non aedificandi*. Também verifica a possibilidade do cabimento de indenização aos proprietários lesados com a disposição normativa. Enfim, intenta-se entreter algumas linhas sobre um assunto de candência e riqueza inquestionáveis.

Palavras-chaves: Áreas *non aedificandi*. Restrição. Indenização.

1 INTRÓITO

Legitimado na supremacia do interesse público sobre o privado, o intervencionismo estatal tem logrado desde há tempos imiscuir-se na propriedade do particular, não apenas restringindo direitos, mas compondo mesmo suas molduras.

Então, com a finalidade de ajustar a propriedade aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada, o Estado, com base na lei, impõe restrições à propriedade. Assim, o direito de propriedade¹ somente se justifica diante do atendimento da função social, de modo que, quando esta não reste atendida, deve-se intervir para adequá-lo aos moldes desta função.

Nesse sentido, existem diversas formas do Estado agir para assegurar a ordem pública e a harmonia social, e para cada uma haverá um tipo de intervenção na propriedade, a exemplo da criação de áreas *non aedificandi*.

Tratar-se-á aqui especificamente das áreas urbanas *non aedificandi* que correspondem ao cerceamento do direito de construir em propriedades localizadas em determinadas áreas da urbe.

A Constituição Federal definiu um regime próprio para a propriedade urbana, e estabeleceu ser de competência exclusiva do município² legislar quanto a planificação da cidade e de como seria atendida a função social das áreas dentro de sua circunscrição³.

Assim o município, mediante lei e atos administrativos, pode impor, visando prover o bem comum, a proibição de construir em determinadas áreas. Mas se por um lado traz benefícios para a maioria, para outros causam pesados ônus.

Com efeito, atentemos às questões objeto deste ensaio. De que espécie seria essa restrição? Poderia ensejar indenização? A essas indagações procura-se responder nas linhas subseqüentes.

¹ Art.5º, XXII, CF/88.

² Art. 182, CF/88.

³ O Plano Diretor de Natal assim se manifesta: "Art.5º - A propriedade urbana atenderá a sua função sócio-ambiental quando os direitos decorrentes da propriedade individual não suplantarem ou subordinarem os interesses coletivos e difusos devendo satisfazer, simultaneamente, os seguintes requisitos, além de outros estabelecidos em lei: I – uso para atividades urbanas, em razão compatível com a capacidade da infra-estrutura instalada e suprimento de serviços públicos; II – aproveitamento e utilização compatíveis com a qualidade do meio-ambiente, segurança e saúde dos usuários e propriedades vizinhas; III – atendimento às normas fundamentais destinadas à ordenação da cidade expressa nesse Plano Diretor e leis correlatas; IV – preservação, de conformidade com o estabelecido em lei especial, da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, bem como proteção do ar e das águas de modo à manutenção da qualidade ambiental. Parágrafo único. São atividades de interesse urbano aquelas inerentes às funções sociais da cidade, ao bem-estar da coletividade e a preservação da qualidade do meio ambiente, tais como: habitação, produção de bens e serviços, preservação do patrimônio histórico, cultural, ambiental e paisagístico, circulação de pessoas e bens, preservação, conservação e utilização racional dos recursos necessários à vida e dos recursos naturais em geral".



2 ÁREAS URBANAS *NON AEDIFICANDI* NO MUNICÍPIO DE NATAL E SUA CLASSIFICAÇÃO DENTRO DAS ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES À PROPRIEDADE PRIVADA

Avant de tout, deve-se registrar que a restrição estatal à propriedade privada requer um permissivo legal. No caso da criação de áreas *non aedificandi* no município de Natal, o Plano Diretor (Lei Complementar nº 82, 21/06/07) admitiu essa possibilidade, e as erigiu à categoria de área especial⁴ no art. 20, §1º.

A instituição de áreas *non aedificandi* pelo Poder Público natalense tem o intuito de garantir o valor cênico-paisagístico, a preservação ambiental e a ordenação urbanística de determinadas áreas⁵.

A Lei Complementar 82/2007 dispõe ainda, no art. 19, § 3º, que nas Zonas de Proteção Ambiental, cujas áreas são fixadas por lei específica⁶, não serão permitidas construções.

Insta ressaltar que a criação das Zonas de Proteção Ambiental não visa apenas manter e recuperar o meio ambiente, mas também proteger os aspectos ecológicos, paisagísticos, históricos, arqueológicos, turísticos, culturais, arquitetônicos e científicos.

Diante da licitude da fixação das áreas *non aedificandi* mediante previsão do Plano Diretor e regulamentação em leis específicas, é de bom alvitre classificá-las.

Há divergência, sobretudo jurisprudencial, na sua classificação, mas apesar da dissidência se faz de extrema importância classificar a proibição do direito de construir, principalmente, quanto à incidência, ou não, do dever de indenizar aos proprietários eventualmente prejudicados.

Procede-se, pois, à análise de cada uma das espécies de restrição à propriedade conhecidas, na tentativa de proceder ao enquadramento das áreas *non aedificandi*.

2.1 Servidão Administrativa

A servidão administrativa constitui uma prerrogativa da Administração Pública, agindo com o poder de império de onerar um imóvel de propriedade alheia com um direito real de uso e gozo, de natureza pública, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.

Como não acarreta em perda da propriedade, o sistema indenizatório terá um delineamento diverso, cujo valor corresponderá ao prejuízo comprovado pelo proprietário.

⁴ Consoante o art. 20 da citada lei, a área especial corresponde à porção da zona urbana situada em zona adensável ou não, com destinação específica ou normas próprias de uso e ocupação do solo.

⁵ Art. 20, § 2º da Lei Complementar 82/07.

⁶ Dentre as leis que regulamentam as zonas onde se situam as áreas urbanas *non aedificandi*, podemos citar: Lei 4.664/95; Lei 4.912/97; e Lei 5.273/01.



Há julgados⁷ admitindo que a instituição de áreas *non aedificandi* caracteriza servidão administrativa, pois a proibição de construir se constitui em restrição tão intensa que o particular não pode arcar com todo ônus em benefício da coletividade.

Com toda vênia a tal posicionamento, vê-se que a fixação de área *non aedificandi* não se amolda totalmente ao conceito de servidão administrativa.

Apesar da servidão tornar menos denso o conteúdo do direito de propriedade do que a limitação administrativa, via de regra, não inviabiliza a utilização funcional do bem.

Por outro lado, a imposição de áreas *non aedificandi* é tão intensa que acaba por comprimir excessivamente o conteúdo do direito, redundando na impossibilidade de utilização funcional do bem. Conseqüentemente, não se adequa ao regime jurídico da servidão administrativa.

2.2 Limitação Administrativa

Muitas limitações administrativas se originam através de leis ou atos de natureza urbanística, conferindo-lhes caráter mais abstrato, e fazendo com que alguns prefiram classificar assim as áreas *non aedificandi*, ao invés de considerá-las como servidão, que é instituída em prol de um interesse público corporificado.

Ademais, o interesse público atendido por essas limitações geralmente se refere à estética, segurança, e proteção ao meio ambiente, como no caso do Plano Diretor de Natal ao justificar a criação de áreas *non aedificandi*.

Diferentemente da servidão, não há a coisa dominante específica. Institui-se a proibição em benefício de um interesse público abstratamente considerado.

Como são imposições de caráter genérico, não dão ensejo à indenização em favor dos proprietários. Tal entendimento⁸ se justifica pelo fato de que nas limitações não há prejuízos individualizados, e sim sacrifícios gerais a que se devem obrigar toda a coletividade porque instituídos em favor dela própria.

Todavia, entendemos que a limitação administrativa não tem o condão de invadir o conteúdo mínimo do direito de propriedade de cujo conteúdo faz parte o direito de construir. Nessa linha, consideramos que as chamadas áreas urbanas *non aedificandi* não podem ser tidas como limitações administrativas.

⁷ Para ilustrar este posicionamento, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região teve oportunidade de proclamar: "Áreas *non aedificandi* constituem servidão administrativa e são indenizáveis em percentual sobre o valor pleno." (TRF3. AC – 90.03.33101-4 SP. Rel. Fauzi Achôa. DJ: 21/05/91).

⁸ Dentre os julgados que consideram a fixação de áreas *non aedificandi* como limitações administrativas e que não ensejam indenização, veja-se trecho do seguinte julgado: "No que se refere à área *non aedificandi*, em se tratando de limitação administrativa imposta genericamente a todos os proprietários, não há qualquer direito à indenização". (TRF4. AC.2007.72.05.003419-0. Terceira Turma. Rel. Vânia Hack de Almeida. DJ:13/02/2006).



2.3 Desapropriação Indireta

A desapropriação é o procedimento por meio do qual o Poder Público transfere a propriedade de terceiros para si, por razões de utilidade pública ou interesse social, e, via de regra, mediante o pagamento de indenização.

Pela definição supracitada fica clara a impossibilidade de se enquadrar a instituição de áreas urbanas *non aedificandi* como desapropriação, pois o dono do imóvel não perde a propriedade do bem para o Poder Público, apenas fica impossibilitado de construir na mesma. Entrementes, só parece.

Consoante o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 831), pode ser objeto de desapropriação tudo que seja objeto de propriedade, inclusive direitos em geral, como o de construir.

Além disso, verifica-se que o instituto desapropriatório se reveste de várias formas, dentre elas a desapropriação indireta, cuja expropriação é realizada sem a observância do procedimento legal, cabendo ao particular apenas pleitear perdas e danos.

Na verdade, a criação de áreas *non aedificandi* corresponderia à expropriação do direito de construir que não foi concretizado, mas cuja legislação anterior habilitava seu titular a edificar segundo os termos urbanísticos e edilícios até então vigentes.

Foi o que ocorreu no município de Natal, cujo Plano Diretor proibiu a edificabilidade em propriedades situadas em determinadas zonas, mas não realizou o procedimento de desapropriação.

Decerto que não houve extinção do direito de propriedade em si. Todavia o Plano Diretor de Natal impôs uma abstenção de um ato fundamental ao direito de propriedade que deve necessariamente concorrer para compor seu perfil, e que é o objetivo, por excelência, de todo aquele que adquire um imóvel. Assim, tal limitação acaba que por tornar o bem inútil.

Desta forma, com a nova legislação urbanística reduzindo as possibilidades construtivas ou a amplitude do benefício econômico precedentemente captável, e caso, de fato, mostre-se nociva à concretização da edificação nos moldes precedentes, entendemos que restaria ao Poder Público desapropriar o direito de edificar nos termos anteriormente expostos.

Veja-se que neste caso o expropriante não adquire o direito que foi suprimido (direito de construir), podendo-se concluir que se trata de uma desapropriação de um bem que ninguém adquire.

Com isso podemos concluir que desapropriar nem sempre implica em transmitir bens do particular para o ente público. Para configurar hipótese de desapropriação basta existir uma diminuição do direito de propriedade, de maneira que o proprietário fique privado da liberdade de dar ao imóvel uma destinação consentânea com a sua vocação urbana.

3 DO DIREITO E ABRANGÊNCIA DA INDENIZAÇÃO

Nestas breves notas tópicas, afigura-se ainda apropriado expender algu-



mas considerações acerca da obrigação de indenizar.

Tendo em vista que a restrição imposta decorre de um ato lícito, configura-se inapropriado o dono do imóvel intentar sua anulação, cabendo-lhe apenas pleitear a indenização pela diminuição do significado econômico de seu direito. Por conseguinte, terá direito a uma justa indenização⁹ correspondente ao real e efetivo valor do bem expropriado.

Interessante verificar que a indenização não deve matizar-se como um lucro ao particular, e sim como uma compensação à diminuição patrimonial por ele sofrida.

Garante-se o direito à indenização ao criar áreas urbanas *non aedificandi*, em respeito ao direito adquirido que o dono do imóvel tinha, à época da legislação anterior, de poder construir em sua propriedade.

Aliás, se a Constituição Federal determinou que a desapropriação é o mecanismo específico para privar o particular de seu direito de propriedade, não pode o legislador ordinário instituir outro instrumento com regime jurídico menos favorável sem a previsão da justa indenização.

Portanto, nos casos de aplicabilidade de alterações legislativas sobre situações jurídicas já consolidadas sob a égide da legislação anterior menos restritiva, e que inviabilize o uso da propriedade, caracteriza-se ofensa a direito adquirido e, conseqüentemente, deve haver incidência de indenização.

Quanto à abrangência da indenização, doutrina e jurisprudência vêm admitindo juros moratórios, compensatórios, e atualização monetária.

Os juros moratórios¹⁰ são os devidos pelo expropriante em face da demora no pagamento da indenização. Por sua vez, os juros compensatórios¹¹ são aqueles decorrentes a título de compensação pela ocorrência da imissão provisória e antecipada na posse do bem.

Todavia, *in casu*, entenda-se imissão provisória não como uma posse efetivamente realizada pelo Poder Público, mas o surgimento, com a expropriação do direito de construir, de impedimento para que o proprietário volte a usufruir a propriedade como antes.

Cumpra mencionar que apesar do Poder Público não ter a intenção de adquirir o bem *non aedificandi*, o resultado prático é a transferência do bem para a Administração. Até porque o particular não pode ser constringido a conservar um remanescente inaproveitável do direito.

⁹ Art. 5º, XXIV, CF/88.

¹⁰ Veja-se trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Os juros moratórios têm por finalidade ressarcir o expropriado pela mora no pagamento da indenização." (STJ. Resp 750050/SC. Primeira Turma. Rel. Ministro Luiz Fux. DJ:05/10/2006).

¹¹ Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO ÁREA "NON AEDIFICANDI". JUROS COMPENSATÓRIOS. JULGAMENTO ULTRA PETITA. Na desapropriação indireta é devida a indenização das áreas "non aedificandi", face ao flagrante prejuízo patrimonial infligido ao proprietário do imóvel, uma vez que fica proibido de edificar esta parte do imóvel. Os juros compensatórios integram a própria indenização, de molde que não precisam constar expressamente do pedido. (TRF4. AC 1998.04.01.048339-4 SC. Terceira Turma. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ:25/05/2000).



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, pôde-se concluir que, dentre as formas de restrições estatais à propriedade privada, a instituição de áreas urbanas *non aedificandi* corresponde a uma forma de desapropriação indireta.

Tal ilação foi obtida por exclusão, ao se verificar que as características da restrição a não edificabilidade mais se assemelham à desapropriação indireta do que a servidão ou a limitação administrativa.

Na servidão institui-se um direito real de uso e gozo que vai ser paralelo ao direito de propriedade do dono do imóvel, de maneira que este vai perder a exclusividade de exercer os seus direitos, e não um deles propriamente tal como na área *non aedificandi* em que o proprietário perde o direito de construir.

Na limitação administrativa o proprietário permanece com a totalidade do seu direito de propriedade, o que ocorre é apenas o delineamento do exercício deste direito para atender ao interesse público. Assim, o proprietário não reparte com a administração os seus poderes sobre a coisa, ele pode usar o imóvel da maneira que lhe aprouver desde que não ultrapasse os limites impostos pelo Poder Público.

Portanto, é mais consentâneo classificar as áreas *non aedificandi* como desapropriação indireta, pois a desapropriação atinge a faculdade que tem o proprietário de dispor da coisa segundo a sua vontade, no caso em comento, o direito de construir. Ademais, é indireta porque não foi realizada conforme os ditames legais.

Então, desapropriar não significa apenas a retirada da propriedade de outrem, mas também a privação de elementos da propriedade.

Ao prever áreas urbanas *non aedificandi*, ainda que a Administração não se aposse efetivamente do bem lhe impondo apenas que denomina “limitações” ou “servidões”, estará na verdade configurada a desapropriação indireta, pois houve uma restrição que impediu totalmente o proprietário de exercer um dos poderes inerentes ao domínio, que é o poder de construir.

Aliás, é cediço que tanto a servidão, como a limitação administrativa afetam apenas parcela do direito de propriedade. Logo, a maneira correta de extinguir o direito de construir adquirido na vigência da lei revogada é desapropriando esse direito mediante indenização.

Por fim, quanto à indenização, pode-se afirmar que é um direito individual fundamental garantido pela Constituição Federal, consubstanciando uma das cláusulas pétreas, não sendo passíveis de disposição pelo legislador infraconstitucional. Deverá ser justa recompondo inteiramente o patrimônio do dono do imóvel, abrangendo todos os eventuais prejuízos que decorram da perda do direito de construir.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

LEGAL SYSTEM OF THE INDEMNITIES IN URBAN AREAS *NON AEDIFICANDI*: APPLICABILITY IN THE CITY OF NATAL/RN


ABSTRACT

Nowadays it is undisputed fact the state interventionism restricting the private property. On this premise, the present work has for target to delineate the legal system of the urban areas *non aedificandi*, analyzing the case concrete of the city of Natal/RN. Search still classify the acts that restrict the right to build, declaring urban areas that were could build as *non aedificandi*. Also it verifies the possibility of compensation to the owners belong to victims with establish of the law. Finally, attempts are entertained some line on a matter of enthusiastic and wealth unquestionable.

Keywords: Areas *non aedificandi*. Restriction. Indemnity.

Artigo finalizado em abril de 2008.





**APROVAÇÃO EM CONCURSO
PÚBLICO E DIREITO À
NOMEAÇÃO: CONSIDERAÇÕES
NO ÂMBITO DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO NORTE**

Andréa Alves de Albuquerque Othon

Acadêmica do 7º período do Curso
de Direito da UFRN
Monitora da disciplina Direito Civil I

RESUMO

Frente à inovação trazida pela Lei Complementar Estadual nº 303, de 09 de setembro de 2005, que contemplou o candidato aprovado em concurso público correspondente ao número de vagas anunciadas no edital com o direito subjetivo à nomeação, desde que no prazo de validade do certame, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, o presente estudo tem por escopo abordar a legalidade do direito subjetivo à nomeação, destacando-se, concomitantemente, a evolução jurisprudencial e doutrinária no direito brasileiro acerca do tema. Conclui-se, ao final, pela inteligência da norma, que, a um só tempo, concretiza os princípios norteadores de uma boa administração e prima pela satisfação pessoal do indivíduo candidato.

Palavras-chaves: Concurso Público. Nomeação. Direito subjetivo.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, acompanhando o modelo contemporâneo das Constituições de Portugal e da Espanha – que também se sucederam a um regime autoritário – é pródiga em proclamar direitos e prerrogativas não somente em nível individual, como também no plano social, inclusive no âmbito dos direitos difusos e coletivos. O cidadão é, a par do indivíduo, a personagem da proteção constitucional, que visa destinar a todos a igualdade de tratamento.

Seguindo-se essa premissa, o legislador constituinte elegeu o princípio do concurso público ao patamar constitucional, tornando-o requisito indispensável à investidura em cargo ou emprego público efetivo¹. Realçou-se, por conseguinte, seu caráter normativo, em comunhão com o princípio da legalidade, que domina a ordem jurídica como fundamento de garantia dos direitos políticos e individuais, opondo-se ao absolutismo do poder.

Por se tratar de procedimento administrativo em cujo cerne se encontra densa competitividade entre os aspirantes a cargos e a empregos públicos, o concurso público freqüentemente rende ensejo à instauração de conflitos entre os candidatos, ou entre estes e o Poder Público. Discute-se, sobretudo, se a Administração tem o dever de nomear o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas previsto no edital no prazo de validade do certame ou se a nomeação estaria inserida na órbita da discricionariedade do Poder Público.

Conforme se verá adiante, assentou-se nos tribunais superiores a antiga premissa de que ao candidato se reconhece apenas a mera expectativa de direito à nomeação. A lógica desse arranjo normativo era a de permitir à autoridade administrativa o livre exercício dos juízos quanto à conveniência, ou não, de prover o cargo vago e quanto à melhor oportunidade para fazê-lo (SUNDFELD, 1996).

Entretanto, tal preceito sofre mitigação a cada dia. O estado atual da evolução do direito administrativo já aponta, há muito, para a anulação de uma regra que conclua o processo de revisão da velha máxima segundo a qual o candidato aprovado tem apenas expectativas, nada mais que expectativas. E, exatamente em razão desse evoluir jurisprudencial e também doutrinário, foi editada, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, a Lei Complementar nº 303, de 09 de setembro de 2005, que, pioneiramente, alterando o § 1º do art. 11 do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Estaduais, assegura aos candidatos aprovados em concurso público, correspondentes ao número de vagas anunciadas no edital, o direito subjetivo à nomeação durante o seu respectivo prazo de validade.

Posto isso, frente à inovação trazida pela Lei Complementar Estadual nº 303, supra referida, o presente estudo tem por escopo abordar a legalidade do direito subjetivo à nomeação, destacando-se, concomitantemente, a evolução jurisprudencial e doutrinária no direito brasileiro sobre o tema.

¹ Por cargo de provimento efetivo, entende-se aquele predisposto a receber ocupante em caráter definitivo, isto é, com fixidez.



2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO

Com a edição da Constituição da República de 1988, o princípio do concurso público foi eleito condição irrecusável para a investidura em cargo ou emprego público, tido por muitos, a exemplo do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, como uma das opções mais conscientes do legislador constituinte de 1988.

Com efeito, ao adotar o concurso público como o critério básico para o ingresso no serviço público, a Constituição Federal busca observar, em termos materiais, o sistema de mérito, em que é escolhido para ocupar o cargo ou emprego público aquele que obtém a melhor qualificação em seleção objetiva aberta a todos os que preenchem os requisitos legais.

Com isso, almeja-se realizar os primados da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa, princípios norteadores de uma boa administração, funcionando o concurso público, portanto, como um limite à ação discricionária do Estado, um freio ao transbordamento da competência legal, de modo a impedir que a ação unilateral e compulsória da autoridade possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado ou mesmo de outra finalidade estranha à previsão legal.

Consiste o concurso público, pois, em procedimento seletivo, conduzido por autoridade específica e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, realizado com o fito de averiguar as capacitações pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e empregos públicos (JUSTEN FILHO, 2006).

A Lei Maior, em seu artigo 37, *caput*, inciso II e §2º, assevera o caráter exponencial e obrigatório do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, determinando, inclusive, a anulação do ato administrativo e a punição da autoridade que lhe deu causa na eventualidade de não serem observadas tais regras.

Observa-se, assim, que a regra abrange não só o provimento em cargos públicos, como também a contratação de servidores pelo regime celetista. Por outro lado, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2007), exige-se concurso público para provimento de cargos ou empregos tanto para as pessoas jurídicas da Administração Direta, como para as pessoas da Administração Indireta, sejam públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam pessoas privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

² O mencionado artigo assim dispõe: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I – *omissis*; II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; § 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei".



A Suprema Corte, guardiã da Constituição, já se pronunciou acerca da exigência do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, advertindo, através da súmula nº 685, que “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Vedou-se, dessa forma, a transformação de cargos e transferência de servidores para outros cargos ou categorias funcionais distintas daquelas nas quais se deu a investidura inicial.

No âmbito da Justiça do Trabalho, pacificado o entendimento de que, à semelhança do que dispõe o § 2º do artigo 37, a contratação sem concurso público é nula de pleno direito, gerando para os empregados, em atenção ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa, apenas o direito à contraprestação pelo esforço empreendido, respeitando-se o salário-mínimo hora, e os valores relativos ao FGTS³.

Por conseguinte, em atenção aos princípios da probidade e moralidade administrativa, autorizou-se a punição da autoridade responsável pela inobservância do procedimento do concurso público para provimento de cargos ou empregos públicos. Ora, o princípio da moralidade administrativa pressupõe exame dos motivos do ato administrativo em conexão com o vínculo legal à finalidade legítima da competência (TÁCITO, 2005). Afastando-se a autoridade da finalidade da norma legal, sem apresentar justo motivo para tanto, deve incorrer em falta grave, justificando-se, sobremaneira, sua punição.

Saliente-se, por fim, que a regra prevista no artigo 37, II, da Constituição da República comporta exceções, quando será, então, permitida a dispensa do concurso público, a exemplo das hipóteses de provimento de cargo em comissão (art. 37, II) e na contratação em razão de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Entretanto, ao presente estudo, importará apenas o provimento de cargos e empregos públicos através do concurso público.

3 O DIREITO À NOMEAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Como visto, impõe-se à Administração o dever de realizar concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos, sob pena de nulidade do ato e de punição da autoridade responsável pelo não cumprimento da norma. Assim, quando necessário o preenchimento dos postos públicos, de forma a manter a atividade perpetrada pelo Estado e a garantir o interesse da coletividade, a Administração deve publicar o edital de provimento de cargos ou empregos públicos, oferecendo publicidade ao ato, para que todos os interessados em exercê-los se habilitem.

Uma vez aprovado no certame, o candidato ainda não está investido no cargo, posto que lhe falta requisito essencial para tanto: a nomeação. Esta se define

³ É o que averba a súmula nº 363 do TST.



como o ato formal pelo qual o poder público atribui determinado cargo a uma pessoa até então estranha aos seus quadros (CAVALCANTI, 1956). Nomeação é, portanto, a forma original do provimento do cargo público. Cumpre anotar que, em regra, a nomeação não só exige que o nomeado tenha sido aprovado previamente em concurso público, dado seu caráter obrigatório, mas também o preenchimento dos demais requisitos legais para a investidura legítima.

Comumente, argúi a Administração Pública que o provimento de postos públicos é ato discricionário do administrador, não podendo o seu mérito ser analisado pelo Poder Judiciário. A idéia baseia-se na antiga concepção doutrinária de que era permitido à autoridade administrativa o livre exercício dos juízos quanto à conveniência e oportunidade de prover o cargo vago.

Ocorre que, na forma do ordenamento jurídico e na esteira da jurisprudência pátria, a vacância, por exemplo, de cargo público, acompanhada da incontestável manifestação da necessidade de supri-la, implica obrigação vinculada (da Administração) de provê-lo. Ou seja, quando é o interesse da coletividade o ponto nodal da questão, perde o administrador a faculdade discricionária.

Além disso, os desenvolvimentos correm por conta da crescente identificação de situações em que a própria abertura do concurso deve ser tomada como expressão bastante da necessidade e oportunidade de provimento do cargo.

Tal orientação vem ganhando força no meio jurídico, inclusive porque, já a partir do ano de 1944, a idéia de simples expectativa de direito à nomeação foi perdendo fôlego, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que haveria direito ao cargo em favor do aprovado, se a lei impusesse a nomeação ou se marcasse um momento ou prazo para a autoridade fazê-la⁴.

O tema em apreço tem sido exaustivamente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, de acordo com o disposto na súmula nº 15⁵, permanece a sistemática de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação para o interessado, exceto quando há preterição do candidato. Nesse caso, é nula a nomeação feita em desrespeito à ordem de classificação do certame, hipótese em que o candidato preterido passa a ter direito subjetivo à nomeação. Houve, pois, a presunção de que, nomeando terceiro indevidamente, a Administração decidiu pela oportunidade e conveniência da admissão, não havendo, pois, razão suficiente para se esquivar da ordem de classificação.

Procurou-se atender, com isso, ao texto constitucional, que, no art. 37, inciso IV, dispõe no sentido de que “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego”.

Todavia, não obstante o regramento sumular da Corte Maior, compulsando-se os julgados acerca do tema, bem como a doutrina qualitativa, verifica-se

⁴ RF 101/503 ou RDA 1/590, tendo como Relator o Ministro Orozimbo Nonato, julgado em 09.08.1944.

⁵ Texto da referida súmula, *in verbis*: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.



que a preterição quanto à ordem classificatória do certame não é a única situação reveladora de que o Poder Público, naquele dado momento, reputou indispensável preencher um determinado cargo, devendo, por isso mesmo, nomear o candidato aprovado dentro do número de vagas.

Com efeito, os tribunais superiores têm entendido que outras iniciativas podem fazê-lo, constituindo-se mais um elemento para o abrandamento da regra de que a aprovação em concurso público gera apenas mera expectativa de direito à nomeação para o candidato. A exemplificar, Celso Antônio Bandeira de Mello (1995) ilumina com a admissão de pessoal a qualquer título, ou a designação de outros servidores em desvio funcional, para o cargo ou emprego em questão.

Trata-se de uma outra maneira de preterição que não a expressa na súmula nº 15. Esta, a preterição do momento de convocação; aquela, a preterição da forma de admissão. No entanto, consoante já afirmado, ambas as teses resultam da incontestada manifestação da necessidade de suprir a vaga.

Digno de realce o acórdão proveniente do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Marco Aurélio (MATTOS, 2006, p. 70), que retrata a imposição da nomeação ao Poder Público, quando demonstrada a presunção da necessidade de fazê-la:

Concurso Público. Vagas. Nomeação. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial dos candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. "Como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias" (Celso Antônio Bandeira de Mello, Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta, p. 56)⁶.

Noutro passo, o professor Lucas Rocha Furtado (2007, p. 908) esclarece, em sua mais recente obra, outra hipótese em que o candidato reconhecidamente passa a ter direito subjetivo à nomeação, ainda que lei não disponha nesse sentido, qual seja, nas situações em que a omissão do poder público – que não nomeia o candidato – importe em desvio de finalidade em razão de discriminações ou de perseguições, desde que devidamente demonstradas.

⁶ STF, RE nº 192.568-0/PI, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., julgado em 23.4.96.



Ora, o princípio da impessoalidade repele atos discriminatórios que importem favorecimento ou despreço a membros da sociedade em detrimento da finalidade da norma objetiva de direito a ser aplicada. Portanto, se desviada a finalidade do certame em razão de característica de ordem pessoal do administrado, imperiosa sua anulação, para atender o fim almejado pela norma.

Pelo exposto, infere-se, que a expressão jurídica, antes correntia, de que a aprovação em concurso público gera apenas “mera expectativa de direito à nomeação” é por demais imprecisa. Isto porque, demonstrado o surgimento da vaga e o interesse da administração em preenchê-la, constituindo-se na finalidade do concurso público, o que era mera expectativa torna-se direito subjetivo sustentável judicialmente, inclusive por mandado de segurança⁷, como já vêm decidindo os tribunais pátrios.

Além desses destacáveis e condizentes avanços com a nova ordem constitucional em vigor, cita-se a decisão de se conceder o direito à nomeação no prazo de validade do concurso para candidatos aprovados ao ingresso em carreira, cujas vagas previstas no edital não foram preenchidas (Informativo do STF nº 28 de 22.04.96. RE 192.568 - PI - Rel. Min. Marco Aurélio – Julgamento em 09.04.96)⁸.

Entretanto, tal linha de pensamento ainda encontra certa resistência por parte de alguns juristas, que vislumbram entraves à sua persecução, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho (2007) e Hely Lopes Meirelles (2005). Os doutrinadores comungam da opinião de que o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado afronta o artigo 2º da Magna Carta, base reinante do princípio da separação dos poderes, e igualmente o artigo 61, § 1º, II, “c”, que dispõe ser da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo as leis que tratem sobre o provimento de cargos públicos.

Citam, em apoio à sua tese de expectativa do direito, o julgamento do RE nº 229.450/RJ (ADI nº2931 – Informativo STF nº 377), que declarou, por maioria de votos, vencidos os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, ausente o Ministro Eros Grau, a inconstitucionalidade do art. 77, inciso III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assegurava o direito de nomeação, dentro do prazo de cento e oitenta dias, para todo candidato que lograsse aprovação em concurso público de provas, ou de provas de títulos, dentro do número de vagas ofertadas pela administração pública estadual e municipal.

⁷ Em consonância com este pensar, vêm se posicionando os pretórios pátrios:a) AMS 0504093. TRF 5ª Região. 2ª Turma. Relator Juiz ARAKEN MARIZ. In DJ de 29 de novembro de 1991, p. 30556; b) AMS 0502874. TRF 5ª Região. 2ª Turma. Relator Juiz NEREU SANTOS. In DJ de 04 de outubro de 1991, p. 24509; c) AMS 0123722. TRF 1ª Região. 2ª Turma. Diário da Justiça de 13 de março de 1995. Página 12779, d) Ac do TRF da 2ª Região - Pleno - mv - MS 0792-RJ - Rel. Des. Fed. D'ANDREA FERREIRA - j 03.10.91 - Impte.: Jorge Manoel Lopes Leite de Araújo; Impto.: Presidente do TRF da 2ª Região - DJU II 24.10.91, p 26.743 - ementa oficial. Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª Quinzena de janeiro de 1992 - nº 1/92 - p. 02. Ementa nº 3/6417.

⁸ Dispõe o citado Informativo: “Por maioria de votos, a Turma entendeu que, não tendo sido preenchidas todas as vagas previstas no edital, os candidatos aprovados teriam direito de ser nomeados no prazo de validade do concurso. Com base nesse entendimento, o RE interposto pelos candidatos foi conhecido e provido para assegurar aos recorrentes a imediata nomeação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, para os cargos de Juiz de Direito Adjunto”.



Verifica-se, dessa forma, que a discussão ainda está longe de ser pacificada a nível nacional, muito embora a maioria dos julgados e doutrinadores, como visto alhures, partilhe da idéia de direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado.

Nesse ínterim, acompanhando o posicionamento de que a própria abertura do concurso revela a necessidade e oportunidade de provimento do cargo, no Estado do Rio Grande do Norte, foi editada a Lei Complementar nº 303, de 09 de setembro de 2005, que, alterando o § 1º do art. 11 do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Estaduais, reconheceu o direito à nomeação aos candidatos aprovados no número correspondentes de vagas apontadas no edital, durante o prazo de validade do concurso. Digno de destaque o pioneirismo do Estado do Rio Grande do Norte, que, seguindo a esteira de pensamento da doutrina e jurisprudência majoritária, consignou em lei o que há muito já apontava para os padrões mínimos de legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativa.

4 A LEI COMPLEMENTAR Nº 303/2005 E O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

Dispõe o artigo 11, *caput*, §§ 1º e 2º, do Regime Jurídico de Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio Grande do Norte e das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais, modificado pelo art. 120 da Lei Complementar nº 303, de 09 de setembro de 2005, que versa sobre processo administrativo, *in verbis*:

Art. 11 O concurso tem prazo de validade até 02 (dois) anos, prorrogável uma única vez por igual período.

§ 1º Os candidatos aprovados em concurso público correspondentes ao número de vagas anunciadas no edital terão direito subjetivo à nomeação durante o respectivo prazo de validade, salvo situações de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, após manifestação do setor jurídico do órgão ou entidade, cujas razões deverão ser publicadas no Diário Oficial do Estado (DOE).

§ 2º Respeitado o disposto no parágrafo anterior, havendo novo concurso para o mesmo cargo, os candidatos que nele se classificarem não podem ser nomeados antes de esgotada a lista dos classificados no anterior.

A norma, à exceção do § 1º, nada mais fez do que incorporar as prescrições dos incisos III e IV do artigo 37, da Magna Carta. Observou, assim, o prazo de validade de dois anos para todo e qualquer concurso público, permitida uma única prorrogação por igual período, a critério de conveniência e oportunidade da Administração. Vedou, ademais, a preterição na ordem de classificação dos candidatos, inclusive quando houver novo concurso em sucessão ao anterior.

Porém, é o seu parágrafo primeiro que guarda a maior inovação do sistema jurídico brasileiro atinente ao direito de nomeação dos aprovados em concurso público: traz a determinação de que o candidato aprovado em concurso público



correspondente ao número de vagas anunciado no edital, durante o prazo de validade do certame, tem, sim, o direito subjetivo de ser nomeado. Em melhores palavras, se o candidato logrou êxito no concurso, de modo que foi aprovado dentro do número de vagas ofertadas para o preenchimento dos quadros da Administração, tem direito à nomeação – e não mera expectativa –, devendo o Poder Público empreendê-lo através dos seus agentes públicos, dentro do prazo de validade do certame.

A idéia não poderia ser mais exemplar. Com efeito, a jurisprudência e a doutrina majoritária já vinham reconhecendo, conforme demonstrado no tópico anterior, que a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo à nomeação, quando demonstrado o surgimento da vaga e o interesse da Administração em prover o cargo a ela correspondente, ou quando devidamente comprovado que a omissão do Poder Público importou em desvio de finalidade. Reputou-se como norte, portanto, na maioria das hipóteses, a verificação da necessidade da Administração em preencher seus quadros.

O legislador estadual, reputando existente e legítima a necessidade e oportunidade da Administração em prover os cargos públicos, quando promove o concurso público, antecipou-se a eventuais disposições normativas nacionais, para reconhecer, acertadamente, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado.

Ora, a instauração de concurso público, no âmbito de uma carreira existente e em funcionamento, deve decorrer da prévia verificação das vacâncias ocorridas, da estimação das reposições previsíveis, bem como dos planos de expansão dos serviços e da necessidade de sua execução em prol da coletividade (SUNDFELD, 1996). Caso contrário, estar-se-ia iniciando procedimento administrativo sem interesse público algum a justificá-lo, afrontando-se o princípio da motivação dos atos administrativos. Portanto, como é evidente, autoriza-se a presunção de que, na abertura de um concurso público, embutida está a decisão de prover os cargos como consequência da verificação – anterior – da necessidade de fazê-lo.

Carlos Ari Sundfeld, em seu festejado artigo “O concurso público e o direito à nomeação” (1996, p. 15), relata, com razão, que

Se é verdade que o interesse público não há de ser subordinado aos interesses pessoais dos candidatos aos cargos públicos, donde o poder de a Administração deixar de provê-los se isso for inoportuno ou inconveniente (em virtude da carência de recursos, da reestruturação das atividades, etc.), é certo, todavia, que *a simples omissão em nomear e o silêncio que a acompanha não são modos adequados de exercício desse poder.* [grifos do autor]

Com efeito, se o Estado promove um concurso público, inclusive efetuando despesas com sua realização, impondo sacrifícios aos particulares e deles exigindo disponibilidade para assunção imediata, é porque deles precisava para a consecução do *mínus público*. Não se pode admitir, pois, o exercício arbitrário da competência de nomear o aprovado, e por essa corrente lastreou-se a legislação estadual.



Assim, se promoveu concurso público e foi homologado o resultado, o Estado do Rio Grande do Norte só pode deixar de contratar mediante motivação satisfatória, que não pode restringir-se à invocação da titularidade de uma competência discricionária. Admitir o contrário, ou seja, aceitar que o administrador, por meio de simples e inexplicada omissão, deixe fluir em branco o prazo de validade do concurso, para, dessa forma, subtrair os direitos dos aprovados, seria reconhecer-lhe a faculdade do exercício arbitrário do poder.

A parte final do dispositivo em análise, que ressalva as situações em que ao aprovado no certame não é conferido o direito à nomeação, segue precisamente essa linha de entendimento, vez que tolera a inação estatal frente à aprovação do candidato dentre as vagas ofertadas no edital tão-somente nas situações de eminente interesse público, decorrentes de fato superveniente devidamente demonstrado, após manifestação do setor jurídico do órgão ou entidade, cujas razões deverão ser publicadas no Diário Oficial do Estado.

Dessarte, o legislador resguarda o interesse público, em situações alheias à vontade da Administração, ao tempo em que respeita a pessoa do candidato, demonstrando-lhe a legítima justificativa para sua não nomeação. Atende-se, com isso, aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da motivação dos atos administrativos, da publicidade e mesmo da dignidade da pessoa humana.

E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle de legalidade avaliar se o nexos causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a outros dois requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo.

Assim, em comunhão com a evolução jurisprudencial e doutrinária, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, o legislador findou por reconhecer que a aprovação em concurso e sua posterior homologação dão sim ao candidato direito de, no prazo de validade, ser aproveitado nas vagas anunciadas no edital, que existem efetivamente, segundo a presunção de conveniência e oportunidade da Administração ao promover o concurso.

O tema deixou, pois, de ter abrigo apenas no campo jurisprudencial e doutrinário para se tornar direito positivo, acompanhando a evolução dos conceitos administrativos. Portanto, se malferida essa regra, a exemplo da Administração quedar-se inerte no que respeita à nomeação do indivíduo classificado durante o prazo de validade do certame, autorizado está o candidato a buscar a tutela jurisdicional, como meio hábil a cessar a lesão ou ameaça a seu direito, conferido concreta e legalmente pelo ordenamento jurídico estadual em vigor.

Aqui, uma distinção fundamental: apenas o Estado do Rio Grande do Norte está adstrito à regra de contratação compulsória do indivíduo aprovado dentro do número de vagas, em razão da nova disposição do art. 11, § 1º, do Regime Jurídico Único (Lei Complementar Estadual nº 122/94). Para os demais, a imposição do direito de nomeação dependerá da intervenção do Poder Judiciário no caso concreto ou da vontade do administrador.

Portanto, com o advento da Lei Complementar nº 303, que trouxe sen-



sível modificação à matéria de concursos públicos, não mais se discute, no âmbito estadual, a demonstração do interesse da Administração em preencher o número de vagas, como ainda concebe a jurisprudência pátria, muito embora, como visto alhures, a tendência seja a de garantir o pleno direito de nomeação ao aspirante a cargo ou emprego público. Isso porque, quando o Poder Público promove o concurso, presume-se que necessita preencher seus quadros, bem assim que tenha dotação orçamentária para tanto.

Com isso, cai por terra o fundamento dos doutrinadores alheios a essa ideia de que, garantindo-se o direito subjetivo ao candidato aprovado, afronta-se o artigo 169, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, que impõe a obrigatoriedade de observância aos limites estabelecidos pela norma infraconstitucional, em se tratando de despesa com pessoal ativo e inativo. Ora, a instauração de concurso público deve ser precedida da verificação das vacâncias ocorridas, dos custeios para seu preenchimento, dentre outros elementos, devendo analisar a Administração, desde o início, se sua lei orçamentária cobre tais dispêndios financeiros. Desse modo, no momento em que se autoriza a criação de vagas no edital, de acordo com a previsão em lei antecedente, admite-se a dotação orçamentária para o pagamento das verbas salariais a quem as preencha.

Ora, a *Lex Legum*, em seu artigo 70, prescreve, entre os objetivos do controle financeiro, a legalidade, legitimidade e economicidade com os gastos públicos. Cumpre ao sistema de controle interno do Poder, pois, entre outras finalidades, avaliar a eficácia e eficiência dos resultados da gestão administrativa previamente à realização do concurso público. Por conseguinte, uma vez publicado o edital do certame, está a Administração autorizada a contratar os candidatos que serão aprovados, pois que já preenchidos todos os pressupostos de seu poder de agir, incluindo-se a competência, o objeto, a motivação, forma e finalidade.

De outra banda, descabe a alegação de que o reconhecimento do direito de nomeação afronta o princípio da separação dos poderes, inserido no art. 2º, e, por conseqüência, o art. 61, inciso I, "c", ambos da Lei Maior. Com efeito, se foi disponibilizada pela Administração uma certa quantidade de vagas no edital, é porque a esse ato precedeu-se lei que criava cargos ou empregos públicos, ratificada pelo Chefe do Poder competente, não podendo a autoridade responsável dela se desviar. Portanto, deve o administrador proceder à nomeação dos candidatos aprovados, garantindo-se sua investidora no serviço público.

Saliente-se, por fim, que a abertura de novo certame, antes de escoado prazo de validade do anterior, é até possível, conforme previsão do § 2º do art. 11 da Lei Complementar Estadual nº 122/94. Porém, não ocorre a caducidade da lista antecedente, que vale no prazo antes determinado, ou até prorrogado, pela Administração, em respeito ao art. 37, IV, da Constituição da República.

5 CONCLUSÃO

Abstraindo-se o que já fora explanado, destaca-se o pioneirismo da Lei Complementar Estadual nº 303, de 09 de setembro de 2005, que, a par da tendência jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto, tratou de preceder-se à eventual



legislação federal, para, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, contemplar o candidato aprovado em concurso público correspondente ao número de vagas anunciadas no edital com o direito subjetivo à nomeação, desde que no prazo de validade do certame.

Decorreu tal preceito, acertadamente, da presunção de necessidade da Administração em prover os cargos ou empregos públicos, quando manifestado o interesse em realizar o concurso público. Levou-se em conta, ainda, o preenchimento dos requisitos essenciais para tanto, no momento em que autorizada a publicação do edital do certame pela autoridade competente, já que ao concurso público deve preceder controle financeiro e de legalidade.

Sendo assim, pelas razões acima expostas, ao candidato aprovado é garantido efetivamente o direito à nomeação no Estado do Rio Grande do Norte, não havendo que se falar em mera expectativa de direito. A única exceção a essa regra, como bem atentou o legislador estadual, decorre de fato superveniente devidamente comprovado, de eminente interesse público, desde que ratificado pelo setor jurídico do órgão ou entidade que promoveu o concurso público. Com isso, possibilita-se o controle de legalidade do ato, propiciando-se o poder de autotutela da Administração.

Digno de aplausos, o legislador estadual que, a par da jurisprudência e doutrina sobre o assunto, procura concretizar os princípios norteadores de uma boa administração, ao tempo em que prima pela satisfação pessoal do indivíduo candidato. Por hora, resta apenas esperar a real efetivação da referida lei no âmbito estadual, com o desejo de que seja difundida por todo o ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 4.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.



MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Regime dos servidores da administração direta e indireta**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. In: **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 242, out./dez. 2005. Trimestral.

SUNDFELD, Carlos Ari. O concurso público e o direito à nomeação. In: **Estudos de direito administrativo**: em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonadi, 1996.

PUBLIC CONTEST APPROVAL AND THE RIGHT TO NOMINATION: CONSIDERATIONS IN THE STATE OF RIO GRANDE DO NORTE

ABSTRACT

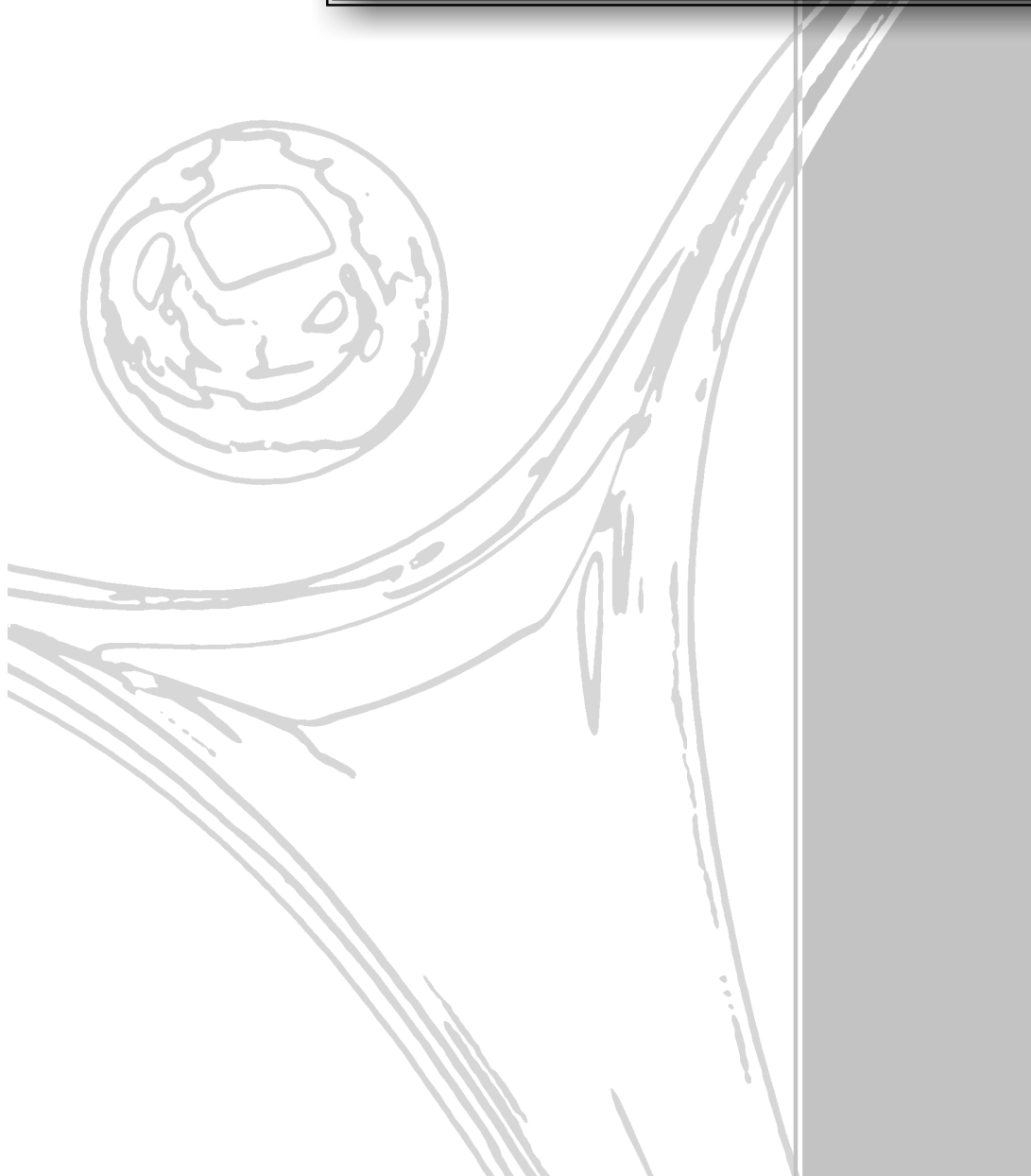
Due to the innovation emerged by the Complementary Law n 303, dated on 09 of september of 2005, that contemplated the candidate approved in public contest correspondent to the number of announced spots in the edictal citation with the right to nomination, if within the pre-determined period, in the state of Rio Grande do Norte, the current study seeks to abord the legalization of the right to nomination, highlighting the jurisprudential and doutrinary evolution of Brazilian law around the subject. By the end it is concluded the rule's intelligence that, at the same time, forms the principles of a good administration and focus on the personal satisfaction of the candidate.


Keywords: Public contest. Nomination. Right.

Artigo finalizado em abril de 2008.



Artigos Convidados





OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: HÁ ALGO A SER COMEMORADO?

André Vicente Pires Rosa

Doutor pela Universidade Autônoma de Madrid, Professor da UFPE e Juiz de Direito do Estado de Pernambuco

Algumas datas são particularmente especiais, outras são convencionalmente aceitas como datas a serem comemoradas. Os vinte anos da Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, parece ser um daqueles aniversários que as pessoas sentem um *dever* de comemorá-lo. Mais do que ser algo espontâneo, parece haver uma espécie de imposição no sentido de que não podemos “deixar a data passar em branco”. Indagamo-nos: enquanto todos os países civilizados e democráticos valorizam demasiadamente suas constituições, como nós não haveremos de fazer uma “festa” quando a nossa completa duas décadas de existência? Como não comemoraremos? Como esqueceremos tão gloriosa data?

Mas ao mesmo tempo, aparece uma triste, incômoda e indesejável pergunta: vamos comemorar exatamente o quê? Ou, talvez, um outro modo mais preciso de formular a pergunta seja: o quê exatamente nisso que nós chamamos de Constituição vamos comemorar?

Essa pergunta é pertinente em virtude da crítica muito freqüente relativa à ineficácia jurídica e política da Constituição. Parece não haver muita dúvida de que nossa Carta da República não é levada a sério como seria devido e não recebe o tratamento, seja por parte do Poder Público, seja da sociedade, que a “norma suprema do ordenamento jurídico” merece. Para que se chegue a essa conclusão não é necessária a realização de qualquer pesquisa empírica ou de profundos conhecimentos que possam ser trazidos pela Sociologia Jurídica. É suficiente que se observe ao menos seis aspectos: a) a quantidade de normas da Constituição que não são eficazes por falta de outras normas necessárias à sua respectiva eficácia; b) a falta das condições materiais que são imprescindíveis à realização dos comandos normativos positivados; c) a quantidade de emendas sofridas pela Constituição; d) o desconhecimento dos conteúdos inscritos na Constituição por parte de considerável parcela da população; e) o fato de que certas normas prometem realidades muito distantes daquela em que vivemos e de difícil exeqüibilidade; e f) o evidente descompasso entre o que dispõe a Constituição e a atuação daqueles que devem

operar seus comandos.

Portanto, a partir dessas percepções, é perfeitamente razoável que a pergunta, antes mencionada, seja formulada. Ela não se dá, pois, por acaso. Talvez para o senso comum a conclusão fosse óbvia: não há o que comemorar, ou, para ser menos taxativo, não há muito o quê comemorar.

É evidente que o nascimento da Constituição de 1988 era algo desejado por muitos setores da sociedade brasileira. Nenhuma Carta Constitucional foi tão esperada e tão anunciada em nossa história. Também, como contrapartida, sobre nenhuma outra recaiu tanta expectativa. No entanto, apesar da participação de muitos setores da “sociedade civil” no processo constituinte, a verdade, parece, é que o povo – a soma das pessoas individualmente consideradas – não foi tão *participante* como normalmente se propala. Ou, para ser mais exato: milhões de pessoas não tiveram qualquer engajamento no processo de elaboração do novo Texto Magno. Várias razões explicam essa falta ou impossibilidade de participação popular efetiva. Pode-se lembrar algumas: a) o longo período ditatorial em que vivíamos desde 1964; b) a pouquíssima experiência democrática que vivemos desde a instalação da República em 1889 e a inexistência de qualquer democracia antes dessa data; e c) as difíceis condições econômicas pelas quais passavam (e ainda passam) enormes contingentes de brasileiros, situação essa que, naturalmente, alija os indivíduos do processo político – a miséria não se compatibiliza com a democracia. Essa realidade pode ser enunciada de forma muito dura: quem tem fome não pode se preocupar, como devia e talvez como gostaria, com a política e seus processos.

Compreender essas razões é fundamental para entender-se que a Constituição de 1988 foi, em certo sentido, mais uma Carta *para* o povo do que uma Constituição *do* povo. Ou seja, o povo era – e em certo sentido ainda é – mais um destinatário *do* processo do que um ator *no* processo de criação da Norma Fundamental. Grandes contingentes ficaram à margem desse processo, no entanto, as decisões políticas ali adotadas transformaram-se em normas que a todos vinculam, inclusive àqueles que não participaram de modo efetivo no processo constituinte.

Hoje ainda é freqüente a afirmação de que nós, brasileiros, não sabemos quais são “os nossos direitos”. Ou, o que representa a mesma situação, é comum observar-se manifestações no sentido de que é necessário orientar e explicar às pessoas acerca de “*quais são seus direitos*”. Independentemente da complexidade de nosso ordenamento jurídico e do extensíssimo rol de direitos formalmente consagrados por nosso Direito – basta ver a interminável relação de direitos fundamentais que existem positivados entre os artigos 5º a 17 da Constituição da República –, pode-se supor que essa preocupação está diretamente conectada com o fato de que muitos deixaram de participar do processo de elaboração da Carta Republicana, tanto que não conhecem seus próprios *direitos*, estabelecidos constitucionalmente.

Outro aspecto merece reflexão. Devemos ter claro que a Constituição não nasceu como fruto de uma revolução ou de golpe de estado; ou seja, não decorreu daqueles momentos tradicionalmente considerados como a gênese do poder constituinte originário. Não se quer dizer com isso que uma Carta não possa ser criada a não ser quando essas profundas e gravíssimas instabilidades institucionais ocorram: é evidente que os fatos não se adaptam à teoria, mas esta àqueles. Contudo, deve



ser destacado que a inexistência de uma comoção social de tal magnitude que leve à elaboração de um novo Texto Constitucional – a revolução ou o golpe de estado – conduz-nos à falta de clareza acerca dos motivos pelos quais elaboramos uma nova Constituição. Em outras palavras: se não estamos frente a uma situação insustentável – que para a teoria tradicional justifica o aparecimento do poder constituinte originário – por que criamos uma nova Carta Constitucional?

Repita-se: se não sabemos exatamente porque criamos uma nova Carta Constitucional, parece evidente que ela não tenha objetivos claros. Talvez tenhamos tido mais uma *vontade* de ter uma nova Constituição do que realmente uma *necessidade*.

Não tínhamos fixados os limites exatos daquilo que queríamos, não tínhamos, em suma, um projeto de Estado: sabíamos o que não desejávamos, mas não sabíamos qual era nosso desejo. Sabíamos que não queríamos mais uma ditadura ou um Estado autoritário, mas não sabíamos o que queríamos realizar com a liberdade que estávamos adquirindo. Não havia uma clareza acerca de como deveríamos ser ou de como queríamos ser dali em diante. Sabíamos, pois o que não fazer, mas não o que fazer.

Talvez, se pensarmos apenas nas questões jurídicas e normativas, uma grande e profunda reforma na Constituição de 1967/69 fosse suficiente e satisfatória; talvez pudéssemos alterar a Carta então vigente naquilo que não era mais compatível com a nova realidade ocorrida com a diminuição dos rigores da ditadura militar. É evidente que muitas alterações seriam necessárias, mas elas poderiam – juridicamente – ocorrer sem a necessidade da convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

Talvez, do ponto de vista jurídico, não tenha ocorrido rigorosamente a necessidade de uma nova Constituição, mas sim o desejo e a conveniência política de se ter uma verdadeiramente nova Constituição. Essa nova Norma Fundamental deveria trazer o efeito simbólico de sepultar um passado inaceitável e que jamais poderia retornar. Devíamos destruir todas as raízes do Estado superado a fim de que elas nunca mais pudessem brotar: fizemos isso com uma totalmente nova Carta Constitucional que apontasse para um futuro glorioso de liberdade e justiça.¹

Dentre os conteúdos positivados, nos interessa sublinhar que o constituinte criou um cenário jurídico que projetava um futuro muito diferente e infinitamente melhor do que aquele em que vivíamos. Dali em diante tudo seria o oposto do que sempre foi: reconquistaríamos o “paraíso perdido”. Muitas promessas foram feitas pela obra do constituinte. Para não irmos muito longe, basta recordar o longo rol

¹ Ainda que essa seja uma discussão que não tem cabimento aqui, pode-se indagar sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 26 à Constituição de 1967/69, de 27 de novembro de 1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, instalada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal. A indagação tem a ver com o fato de que parece impróprio, do ponto de vista jurídico, aceitar como válida uma emenda à Constituição que pretenda revogá-la em sua totalidade. Em casos como esses, sequer as cláusulas pétreas antigas são preservadas. Tem-se, em suma, uma emenda que destrói os limites materiais à reforma da Constituição anteriormente existentes, o que era juridicamente proibido.



de direitos fundamentais e a quantidade de instrumentos criados para sua garantia, conforme referido acima.

Esquecemos, no entanto, que boas intenções não são suficientes para alterar a realidade e esperamos muito da nova Constituição. Queríamos – e continuamos querendo – tudo isso, mas não sabíamos como fazer. Não sabíamos exatamente quais eram os *nostros* problemas e quando descobrimos alguns deles, não encontramos a verdadeira solução. A Constituição, pois, nasce nesse contexto também de dúvidas acerca de como devíamos fazer as coisas. Rapidamente percebemos que os *modelos estrangeiros* não podiam ajudar em tudo; por não estarem pensados para a nossa realidade, em muitos aspectos eram ineficazes. Percebemos e ainda estamos percebendo que elaborar uma Constituição é um trabalho de artesanato e não algo que pode ser produzido em série, apenas com adaptações.

Como as promessas de um mundo e de uma vida melhores não foram atendidas, ou ao menos não foram atendidas da forma e com a velocidade esperada, apareceu uma seqüência trágica de sentimentos e situações: a euforia e a esperança transformaram-se em frustração, essa em descrença, esta levou ao desrespeito e este à ineficácia de muitos conteúdos da Constituição.

Talvez esse rápido panorama mostre que à pergunta antes formulada – sobre se há algo a ser comemorado no aniversário dos vinte anos da Carta da República – deve ser dada resposta necessariamente negativa.

A tese, no entanto, que se pretende defender neste trabalho é a de que as coisas não são exatamente assim.

É evidente que reconhecemos que essa situação acima mencionada faz com que a Constituição não goze do prestígio que gostaríamos. Porém, existe um outro modo de ver a Carta de 1988. Ela pode ser percebida como um momento em nossa história em que obtivemos a liberdade necessária para que possamos começar ou recomeçar a construir nossa verdadeira e desejada história. Apesar de todas as críticas negativas, ela pode e deve ser vista como um momento político e jurídico que abre perspectivas como talvez nunca tenhamos tido antes.

As frustrações que sentimos não devem ser creditadas à Constituição. Mais responsável que Texto é o homem que não o consegue tornar norma eficaz. Iludimos-nos se pensamos que o simples fato da promulgação da Lei Fundamental poderia alterar essencialmente nossas vidas.

Vejamos as coisas com mais vagar.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que as normas vivem em um plano ideal e formal: as normas pertencem ao mundo do “dever-ser”. Se não houver a participação, a atuação do homem, aquilo que está estabelecido normativamente ficará naquele mundo abstrato – que pouco conhecemos – e não descerá à Terra, lar dos humanos. A norma sozinha não pode nada. Sem a participação de pessoas capazes de pô-la em movimento, por mais perfeita tecnicamente que seja, ela não será capaz de operar efeitos.

Assim, antes de criticar a norma por sua “ineficácia”, talvez o mais acertado seja criticar os homens por não conseguirem fazer com que os efeitos previstos e



determinados pela norma ocorram. Não se quer dizer com isso, evidentemente, que uma norma não possa ser criticada pelas imperfeições técnicas que eventualmente dificultem sua aplicação; o que parece mais pertinente, no entanto, é observar que com vontade verdadeira de realizar o comando de uma norma, suas eventuais atecniais podem ser superadas.

Nesse sentido, e apenas nesse, podemos concordar com Carl Schmitt quando afirma que

El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya 'fuerza jurídica' no puede ser deducida de la supuesta fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho.²

A referência a esse autor tem por objetivo lembrar que a “vontade” de realizar a norma e suas determinações é algo inseparável à eficácia pretendida.

Ainda que por vezes não percebamos, a Constituição não estabelece que o cidadão será sempre portador de *direitos* constitucionalmente assegurados; ela também estabelece *deveres* ao povo. Hoje é pacífico o entendimento de que a Constituição é verdadeira norma jurídica – além de documento político – e, como norma jurídica, sabe-se da teoria geral do direito, sempre que estabelece direitos a uns, exige deveres de outros. A simples leitura do Texto Constitucional deixa evidente essa afirmação: nós temos direitos e deveres. E um desses deveres, ainda que não esteja explicitamente positivado, é o dever de realizar a Constituição. Todos nós somos intérpretes e realizadores da Constituição: de não ser assim, de não atuarmos todos, ela não sairá do discurso vazio.

Estamos acostumados a pensar que o Poder Público em todas as suas ramificações é o único responsável pela eficácia das normas constitucionais. É comum falar que o Executivo não respeita a Carta, que o Legislativo atua de modo inconstitucional e que o Judiciário não está cumprindo com a missão de proteger e garantir a Constituição. Temos uma visão muito aguçada para perceber essas falhas institucionais. No entanto, pouco falamos ou refletimos acerca de qual a participação da sociedade nesse processo de tornar o Texto Magno uma norma verdadeiramente eficaz. Talvez não saibamos, enquanto cidadãos, o que fazer para que isso ocorra. Talvez tenhamos nos acostumado (no mal sentido) a não atuar e esperar que alguém decida por nós. Certamente, as ditaduras que vivemos ao longo de nossa história deixaram-nos a marca da apatia: em situações de autoritarismo é comum que os indivíduos comandados atrofiem suas capacidades de decisão. Não agimos porque não sabemos exatamente o que fazer e por isso esperamos que alguém decida e comande.

² Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos, Madrid, s/f, pp. 26/27.



É possível que existam vários *antídotos* para que se enfrente essa situação. Existe um, no entanto, que é encontrado explicitamente no próprio Texto Constitucional. Trata-se do exercício do processo democrático. Uma Constituição como a nossa jamais poderá ser minimamente eficaz se esquecermos que também o desenvolvimento de nossa democracia é imprescindível. O aperfeiçoamento do processo democrático e eficácia constitucional são situações que andam inseparáveis.

Se nós, a sociedade, atuarmos de modo consciente no processo democrático, conseguindo escolher bons representantes, cobrando coerência e honestidade em suas atitudes e posicionamentos, assim como os substituindo por outros melhores quando não atendam às nossas lícitas expectativas, já teremos feito muito. Parece pouco, mas foi assim que os países mais desenvolvidos e que mais respeitam suas constituições vêm agindo há muito tempo. O que deve ser evitado é o hiato que sentimos no Brasil atual entre a atuação dos órgãos e entidades estatais e a verdadeira vontade popular muitas vezes não manifesta.

Em um contexto onde os processos democráticos fluem com a normalidade que se exige, a Constituição vai naturalmente encontrando seu espaço como norma suprema e, paulatinamente, torna-se cada vez mais eficaz. O exercício da democracia é o exercício de um *agir humano* como antes referido. Não é uma pretensão ideal, e sim uma efetiva atuação. Por isso, por ter uma vontade humana envolvida, o processo pode funcionar. De nada adiantam normas referentes à democracia se ela não consegue ser exercitada. Por isso, a partir da ação do homem, encontra-se espaço para a eficácia da norma. Isso nos tem faltado. Apesar de estarmos exercitando cada vez mais nossa democracia, ainda não atingimos o nível em que a distância entre a vontade do Estado e a da sociedade esteja reduzida a patamares aceitáveis.

Assim, parece que se chega a uma conclusão que pode parecer diferente do senso comum: a nossa Constituição não é algo estático que foi elaborado em 1988 e modificado com as emendas ao longo do tempo. Ao contrário, ela possui um dinamismo intrínseco e está sendo refeita a todo o momento: a cada eleição, a cada norma criada, a cada decisão administrativa ou judicial proferida, a Carta se refaz em sua interpretação e em sua vida como norma eficaz. A Constituição é, em certa medida, aquilo que seus *operadores* dizem que ela é, dentro, evidentemente, de um parâmetro hermenêutico razoável.

São exemplos que confirmam essa conclusão, o grande número de emendas constitucionais elaboradas nesses vinte anos de vida da Constituição e a crescente atuação dos órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade, especialmente o Supremo Tribunal Federal, bem como a indefinição acerca dos limites aceitáveis de sua atuação. Estamos construindo, ainda, nossa Constituição e nossa "jurisprudência" constitucional: temos uma Constituição que se altera formalmente com freqüência e um Supremo Tribunal Federal – que atua também como um tribunal constitucional – que vai se afirmando de modo cada vez mais claro como verdadeiro guardião da Carta Republicana.

Interessa especialmente aqui uma análise, ainda que breve, acerca do chamado "ativismo judicial" eventualmente praticado pelo Supremo Tribunal Federal quando faz as vezes de um tribunal constitucional. A preocupação, nesse momento,



não é a de examinar se a atuação do Tribunal deve ser mais “ativa” ou mais “restritiva”. Dizer que um tribunal atua ativamente significa, em certa medida, que ele interfere de modo mais incisivo na atuação do parlamento, substituindo critérios estabelecidos pelo legislador pelos seus próprios, sob o argumento de assim se respeita melhor ou de forma mais adequada a norma constitucional. Dizer que atua mais restritivamente significa constatar que o tribunal evita substituir os parâmetros utilizados pelo legislador pelos seus, somente adotando posição diversa quando não se pode compatibilizar a atuação do parlamento com o disposto na Constituição: normalmente atua como “legislador negativo”. A diferença em situações limites pode ser muito sutil, mas é importante.

Parece evidente que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição cada vez mais “ativa” quando de suas atuações nas mais diversas vias e formas de controle de constitucionalidade, apesar de dizer em diversas ocasiões que não é sua função agir como *legislador positivo*. O que significa, no entanto, essa mudança na forma de atuação do órgão que realiza a jurisdição constitucional? Essa pergunta é demasiadamente importante para não ser feita ou levada em consideração. Ainda que não seja possível respondê-la, isso não impede que ela seja formulada.

Existe hoje uma grande quantidade de obras jurídicas nacionais e estrangeiras que discutem exatamente os limites da atuação dos órgãos que atuam com a jurisdição constitucional. Autores existem que defendem uma atitude mais ativa, enquanto outros advogam por uma posição de maior auto-restrição das cortes e tribunais constitucionais. Este não é local adequado para aprofundarmos a discussão e fazer a opção entre as posições limite.

O que interessa chamar a atenção nesse contexto é o fato de essa discussão ter encontrado terreno fértil no Brasil após o advento da atual Constituição. Ou seja, antes de 1988 eram praticamente inexistentes tais questionamentos seja no Supremo, seja na doutrina pátria. Essa constatação leva a outra conclusão: não há como discordar que a Constituição tem hoje uma importância que nunca possuiu antes em nossa história. Atualmente nos preocupamos, doutrina e jurisprudência, de modo efetivo, em que todas as discussões partam de um pressuposto: a Carta Federal é a norma suprema do ordenamento jurídico.

Portanto, mesmo que critiquemos eventuais atuações como “legislador positivo” ou “legislador negativo” realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, é importante perceber que todos esses debates são a consequência dessa nova concepção da Constituição como a norma que deve balizar todas as decisões jurídicas e políticas que se adotem como válidas.

Ou seja, todo esse debate revela algo fundamental: como nossa democracia vem funcionando – ainda que com as dificuldades naturais daqueles processos que se iniciam – estamos podendo valorizar e dar eficácia à norma suprema de nosso ordenamento. Nossa Constituição vem ocupando o lugar que lhe compete. É como se existissem dois movimentos que se interpenetram e condicionam-se reciprocamente: as normas constitucionais favorecem o desenvolvimento do processo democrático e esse eleva a Constituição à condição real de norma de nível máximo, contribuindo, assim, para que se torne cada vez mais eficaz.

Agora parece ser possível responder à pergunta que deu origem a este



artigo: há o que comemorar nos vinte anos de existência de nossa Carta Magna? Não se pode ter dúvidas de que a resposta é positiva. Enfaticamente há que se responder que sim; há muito a ser comemorado. Quando cumprimos alguém que "faz aniversário" não ressaltamos os defeitos e as enfermidades que possui, mas congratulamo-nos porque é virtuoso, está vivo e bem. Assim devemos pensar em relação à nossa Constituição. É evidente que ela possui defeitos, que padece de falta de forças para ser verdadeiramente eficaz, mas também é evidente que muitas coisas positivas ocorreram e ocorrem em nosso Estado em razão de sua existência e de seus comandos normativos. Ela sobreviveu a muitas instabilidades políticas e econômicas, tem cicatrizes e remendos, mas continua em pé como um marco a lembrar-nos do muito que ainda temos por fazer e para advertir-nos daquilo que já não mais podemos repetir. Quanto mais o tempo passa, maior tem sido sua autoridade.

A Constituição-Cidadã, como foi apelidada, é como aquele presente que quando ganhamos não lhe damos grande importância. Mas, com o passar do tempo vamos reconhecendo suas virtudes; começamos a dispensar-lhe cuidados cada vez maiores e sem que percebamos já o estamos amando como algo que nos é indispensável.





**MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

Luís Roberto Barroso

Doutor pela UFRJ e Professor da UERJ

SUMÁRIO

I. Conceito e generalidades. II. Fundamento e limites. III. Mecanismos de atuação; III.1. A interpretação como fundamento de mutação constitucional; III.2. Mutação constitucional pela atua o do legislador; III.3. Muta o constitucional por via de costume. IV. Mudança na percep o do Direito e mudança na realidade de fato. V. Conclusão.

1 CONCEITO E GENERALIDADES¹

As Constituições têm vocação de permanência². Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios³. Os mortos não podem governar os vivos⁴. Porque assim é, todas as Cartas Políticas prevêm mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

Com efeito, a modificação da Constituição pode se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de

¹ Alguns trabalhos de relevo sobre o tema podem ser destacados: ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional*, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 35:194, 2001; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, 1986; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1995; e *We the people: transformations*, 1998; DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*, 2005; JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*, 1991; TEIXEIRA, J.J. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, 1991, p. 141 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, 2000, p. 131 e ss.; SILVA, José Afonso da. *Mutações constitucionais*. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*, 2000; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*, 1986; HESSE, Konrad. *Limites de la mutación constitucional*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983; MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*, mimeografado; ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança constitucional: o Brasil pós-1988*, 2003; HORTA, Raul Machado. *Permanência e mudança na Constituição*. In: *Curso de direito constitucional*, 2002; e BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*, 1997.

² HORTA, Raul Machado. *Permanência e mudança na Constituição*. In: *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 97: "A permanência da Constituição é a idéia inspiradora do constitucionalismo moderno".

³ A Constituição francesa de 1791 instituía uma fórmula excessivamente rígida para sua alteração, tendo sido tragada pela dinâmica revolucionária. Já a Constituição de 1793 trazia, no seu art. 28, a seguinte proclamação: "Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras".

⁴ É conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opunham aos privilégios reivindicados por uma geração sobre a outra, pelo fato de haver elaborado uma Constituição. Escreveu PAINE, em seu *The rights of man*, 1969 (a 1ª. edição é de 1791): "A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias". V. DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJÓ, Andrés e BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*, 2003, p. 82; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, p. 40-1; e VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999, p. 58.



reforma do seu texto⁵. Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas⁶, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal⁷, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Tal admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (o *ser*) e a realidade fática (o *dever ser*), imposta pelo positivismo jurídico⁸. O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional⁹.

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não-formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não-enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras.

Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. Dois deles são referidos a seguir. A jurisprudência

⁵ DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**, 2005, p. 3. Autores franceses contemporâneos, no entanto, reconhecem o papel do *coutume constitutionnelle* (costume constitucional), que pode ser mais importante que o das reformas formais. V. CHANTEBOUT, Bernard. **Droit constitutionnel et science politique**, 1991, p. 45; e CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, v. 1, 1990, p. 127.

⁶ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**, 1991 (a edição original em alemão é de 1906): "*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación*". V. tb. DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**, 1998 (a edição original em alemão é de 1932); e HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983.

⁷ BVerfGE 2, 380 (401). V. tb. HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 88.

⁸ Nesse sentido, HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 97: "*Una teoría jurídica de la mutación constitucional y de sus límites sólo hubiera sido posible mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estricta separación entre 'Derecho' y 'realidad', así como lo que constituye su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas del proceso de argumentación jurídica*".

⁹ Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. II, 2000, p. 131 e ss.) utiliza a expressão *vicissitudes constitucionais*, que divide em expressas (e.g., revisão constitucional) e tácitas. Na categoria das vicissitudes constitucionais tácitas aloca o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indireta (que identifica como sendo o reflexo sofrido por uma norma em razão da alteração formal de outra, por via de revisão direta). J.J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 2003, p. 1.228) emprega a locução *transição constitucional*, referindo-se "à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto".



formada a partir do *New Deal* rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigorante ao longo da denominada era *Lochner*, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição¹⁰. Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do “iguais mas separados” no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto¹¹.

Em denso artigo publicado em 2007, Bruce Ackerman retornou ao tema das mutações constitucionais nos Estados Unidos. Nele voltou a reconhecer que, sobretudo ao longo do século XX, as principais modificações constitucionais americanas não se deram por via de emenda formal, tal como disciplinada pelo art. 5º da Constituição. Relembrou, nesse contexto, os casos em que a Suprema Corte foi agente das transformações constitucionais, pelo estabelecimento de nova interpretação, superadora de entendimento anterior, como nos dois exemplos citados acima. Foi adiante, no entanto, para demonstrar o argumento de que uma das principais mudanças constitucionais experimentadas pelos Estados Unidos – a revolução em favor dos *direitos civis*, também conhecida como “Segunda Reconstrução”¹² – foi implementada por meio da aprovação de um conjunto de leis ordinárias ao longo da década de 60 do século passado, como o *Civil Rights Act*, de 1964, o *Voting Rights Act*, de 1965, e o *Fair Housing Act*, de 1968. Portanto, segundo ele, já não é o sistema formal de emendas que marca as grandes mudanças constitucionais dos últimos setenta e cinco anos, mas as decisões judiciais e a edição de leis¹³.

¹⁰ Sobre o tema da mutação constitucional nos Estados Unidos e sobre o episódio do *New Deal*, especificamente, v. os trabalhos notáveis de ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1991; e *We the people: transformations*, 1998. Ainda sobre a mesma temática, v. tb. GRIFFIN, Stephen. “Constitutional theory transformed”, *Yale Law Journal* 108:2115, 1999; e SUNSTEIN, Cass. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, 2004. Em língua portuguesa, v. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2006, p. 52 e ss.; DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**, 2005, p. 10 e ss.; e MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade**, 2005, p. 178 e ss.

¹¹ Sobre a evolução da jurisprudência sobre a igualdade nos EUA, v. GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**, 2001.

¹² *Direitos civis*, na terminologia americana, diz respeito ao direito de igualdade – *equality* ou *equality under the law* –, sendo a expressão empregada, normalmente, em um contexto de reação à discriminação racial, especialmente em relação aos negros. A *Reconstrução* foi o período subsequente à Guerra de Secessão, que resultou no banimento do regime de escravidão e na aprovação das 13ª e 14ª emendas. A *Segunda Reconstrução* é a expressão empregada para identificar a conquista de direitos civis pelos negros, por meio de movimentos sociais, políticos e atos legislativos que tiveram lugar na década de 60, tendo como uma de suas principais lideranças Martin Luther King. V. HALL, Kermit L. **The Oxford companion to american Law**, 2002; v. tb. FISS, Owen. *Between supremacy and exclusivity*. In: BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (eds.). **The least examined branch: the role of legislature in the constitutional state**, 2006. Como se anotará mais à frente, Fiss não endossa a tese de Ackerman.

¹³ ACKERMAN, Bruce. “The living Constitution”, *Harvard Law Review* 120:1.738, 2007, pp. 1.741-2 e 1760:



À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer-se que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

2 FUNDAMENTO E LIMITES

O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da idéia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco entre norma e realidade¹⁴.

"[T]he formal system of amendment no longer marks the great changes in constitutional course ratified by the American people over the last seventy-five years. (...) It is judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. (...) A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regime's basic principles: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s".

¹⁴ Sobre o tema, v. o trabalho seminal de HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983. Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Muller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O *programa normativo* corresponde ao sentido extraído do texto constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O *âmbito normativo*, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade. V. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, 2005. V. tb. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**, 2005, trabalho que inclui uma exposição didática da chamada metódica estruturante desenvolvida por Friedrich Muller (v. p. 123 e ss.). Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. PARDINI, Jean-Jacques. **Le juge constitutionnel e le 'fait' en Italie et en France**, 2001.



Feita a digressão, retoma-se a linha de raciocínio. A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.

A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Esta terceira via já foi denominada por célebre publicista francês como *poder constituinte difuso*¹⁵, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas esta capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

¹⁵ BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**, v. 4, 1969, p. 246-7: “Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse *poder constituinte difuso*, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo” (tradução livre, destaque acrescentado). V. tb. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**, 1986, p. 10: “Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau”.



As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

3 MECANISMOS DE ATUAÇÃO

A adaptação da Constituição a novas realidades pode se dar por ações estatais ou por comportamentos sociais. A *interpretação constitucional*, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos – embora não exclusivamente¹⁶ –, é a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintonizando-as com as demandas de seu tempo. Em segundo lugar vem o *costume constitucional*, que consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório.

A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia, é fora de dúvida que o legislador e o administrador também têm sua atuação fundada na Constituição, precisando interpretá-la na rotina de suas funções. De fato, é nela que deverão colher os princípios inspiradores de sua conduta e os fins a serem realizados com sua atividade. Há, todavia, um traço distintivo nítido no objeto de atuação de cada Poder: é que ao Legislativo incumbe a *criação* do direito positivo, ao passo que ao Judiciário e à Administração compete sua *aplicação*¹⁷. Embora já se reconheça que aplicar o Direito envolve sempre alguma dose de subjetividade e, em certos casos, de co-participação do sujeito na criação da norma, convém ter em mente a diferença de grau existente entre as atividades de legislar originariamente e interpretar a partir de um texto existente. Devido às especificidades de cada instância, os mecanismos de mutação constitucional serão aqui sistematizados em: interpretação (judicial e administrativa), atuação do legislador e costumes.

3.1 A interpretação como instrumento da mutação constitucional

A interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação. Em

¹⁶ A propósito, v. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1977.

¹⁷ V. FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 2005, p. 3 (atualiz. BINENBOJM, Gustavo).



qualquer operação de concretização do Direito haverá aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta. Será direta quando uma determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional. Por exemplo: alguém vai a juízo em defesa de sua liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) ou na defesa do seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X). E será indireta sempre que uma pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.

Algumas características das normas constitucionais dão especificidade à sua interpretação. Notadamente, a presença de enunciados normativos de textura aberta, como os *conceitos jurídicos indeterminados* – e.g., ordem pública, dano moral, interesse social, abuso de poder econômico, calamidade pública – e os *princípios* – e.g., dignidade da pessoa humana, igualdade, moralidade – tornam o intérprete co-participante do processo de criação do Direito. Sua função já não consistirá apenas em um papel de conhecimento técnico, voltado à revelação de soluções integralmente contidas no texto normativo. O enunciado normativo, por certo, fornece parâmetros, mas a plenitude de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete, a quem cabe fazer valorações e escolhas fundamentadas à luz dos elementos do caso concreto.

Esta função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. A propósito, nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional. A *interpretação construtiva* consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa¹⁸. Já a *interpretação evolutiva* se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional¹⁹. A diferença essencial entre

¹⁸ Por exemplo: da cláusula constitucional que assegura o direito de o preso permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII) extraiu-se, por construção jurisprudencial, o direito à não auto-incriminação de qualquer acusado (e não apenas o preso), inclusive dos que prestam depoimento em Comissão Parlamentar de Inquérito, que não é sequer uma instância penal (STF, *Informativo 209*, HC nº 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Foi também por interpretação construtiva que se desenvolveram no Brasil as teses de proteção da concubina e do reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homoafetivas estáveis. Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Revista de Direito do Estado* 5:167, 2007. No direito norte-americano, um dos mais importantes institutos do constitucionalismo moderno – o controle de constitucionalidade – foi criado por construção jurisprudencial da Suprema Corte, inexistindo qualquer previsão expressa no texto constitucional relativa ao desempenho dessa competência pelo Poder Judiciário. V. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁹ Por exemplo: quando da elaboração da Constituição de 1988, não se cogitou do fenômeno que se tornou a rede mundial de computadores (a *internet*). Não obstante isso, as normas relativas à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência aplicam-se inequivocamente a esse novo meio tecnológico. Da mesma sorte, os princípios que regem a programação das emissoras de televisão que se utilizam da radiodifusão



uma e outra está em que, na interpretação construtiva, a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito²⁰. O mesmo se passará em relação à interpretação administrativa, cuja alteração, inclusive, tem referência expressa na legislação positiva²¹.

Exemplo emblemático de mutação constitucional por interpretação judicial ocorreu em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, critério de fixação de competência jurisdicional previsto constitucionalmente²². Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o *foro privilegiado* subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado nº 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante²³. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função²⁴. Neste exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se

(CF, arts. 221 e 222) – único meio tecnológico de transmissão de sons e imagens contemplados no texto constitucional – aplicam-se à difusão de sons e imagens por outros meios tecnológicos, como o satélite ou o cabo.

²⁰ É bem de ver que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode se dar por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal.

²¹ Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. V. tb. o Código Tributário Nacional, art. 146.

²² A Constituição de 1988, assim como faziam as Cartas anteriores, atribuiu a determinados Tribunais a competência originária para o conhecimento de ações penais ajuizadas contra certos agentes públicos. Ao tratar do Supremo Tribunal Federal, a Constituição prevê (art. 102, I, b e c) que a ele competirá conhecer de ações penais propostas em face, dentre outros, do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Deputados Federais e dos Senadores. Essa figura, tradicional no direito constitucional brasileiro, é frequentemente denominada de prerrogativa de foro ou de função.

²³ Súmula nº 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

²⁴ STF, *DJU* 9 nov. 2001, QO no Inq nº 687/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Em comprovação da natureza controvertida da matéria, assinala-se que ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão, que votaram no sentido de modificar a redação da súmula apenas para



ao mesmo dispositivo – o art. 102, I, *b* da Constituição – sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto²⁵.

No plano da interpretação administrativa, mutação constitucional igualmente emblemática materializou-se na Resolução nº 7, de 14.11.2005, do Conselho Nacional de Justiça. Nela se considerou ilegítima a investidura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário. A Resolução, que veio a ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal²⁶, determinou a exoneração dos ocupantes de tais cargos que incorressem nas vedações por ela estabelecidas. O nepotismo, na hipótese aqui descrita, constituía prática centenária, corriqueira e socialmente tolerada, que se viu proscrita, retroativamente, por uma clara mudança na valoração do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

3.2 Mutação constitucional pela atuação do legislador

Uma das funções principais do Poder Legislativo é a de editar leis que atendam às demandas e necessidades sociais. Deverá fazê-lo sempre levando em conta os valores da Constituição e a realização dos fins públicos nela previstos. Normalmente, a aprovação de novas leis envolverá uma faculdade discricionária do legislador. Em certos casos, no entanto, ele atuará em situações expressamente determinadas pela Constituição, que requerem a edição de legislação integradora. Pois bem: em um caso ou noutro, a mera edição de normas de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional, ainda quando inovem de maneira substancial na ordem jurídica, não caracterizará, de ordinário, mutação constitucional²⁷. Nesses casos, o próprio constituinte conferiu ao legislador a prerrogativa de desenvolver e concretizar a Constituição, fazendo uma escolha valorativa dentro dos limites impostos pelas possibilidades semânticas do enunciado constitucional.

que ela refletisse mais fielmente o teor dos precedentes que lhe deram origem. A redação proposta era a seguinte: “Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”.

²⁵ De fato, durante longo período, a norma constitucional foi interpretada no sentido de que a competência do Supremo Tribunal Federal estava associada ao ato praticado pelo agente público, sendo indiferente que o réu houvesse deixado o cargo ou função após a sua prática. A partir da decisão no Inq. 687, a Corte passou a entender, justamente ao revés, que a competência está vinculada à circunstância de o agente público encontrar-se no exercício do cargo ou função. Note-se que a Constituição de 1988 nada diz de forma expressa sobre esse aspecto da questão, limitando-se a descrever a competência do STF sem maiores considerações, assim como também não o diziam as Cartas anteriores.

²⁶ STF, *DJU* 1º nov. 2006, ADC-MC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. V. tb. BARROSO, Luís Roberto, Petição inicial da ADC nº 12: Constitucionalidade da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça, **Revista de Direito do Estado** 1:349, 2006.

²⁷ Suponha-se, por exemplo, que a jurisprudência entenda que da letra do art. 196 da Constituição – que prevê acerca do direito à saúde – não se extrai a exigibilidade do fornecimento gratuito, pelo Estado, de medicamento para lidar com determinada doença. Imagine-se, no entanto, que uma lei ordinária, a propósito de desenvolver o conteúdo do direito à saúde, venha a impor a obrigatoriedade nesse caso. A hipótese não se situa no plano da mutação constitucional e sim no âmbito do princípio da legalidade.



Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo. Suponha-se, por exemplo, que o § 3º do art. 226 da Constituição – que reconhece a união estável entre *homem e mulher* como entidade familiar – viesse a ser interpretado no sentido de se considerar vedada a união estável entre pessoas do *mesmo sexo*. Se a lei ordinária vier a disciplinar esta última possibilidade, chancelando as uniões homoafetivas, terá modificado o sentido que se vinha dando à norma constitucional²⁸. Como intuitivo, esta lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.

Tome-se o já mencionado exemplo da fixação de competência por prerrogativa de função. Após a decisão cancelando o verbete nº 394 da Súmula do STF, o Congresso Nacional aprovou, e o Presidente da República sancionou, a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, que, em última análise, restabelecia a tese jurídica anterior: a da subsistência da competência especial mesmo após a cessação do exercício da função pública que a determinou²⁹. A lei, portanto, desfazia a mutação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Contestada a constitucionalidade dessa lei, a Corte veio a entender, por maioria apertada, que ela era inconstitucional³⁰. A

²⁸ A superação do preconceito em razão da orientação sexual das pessoas vem percorrendo uma trajetória lenta, mas constante, que tem levado ao progressivo *reconhecimento* das diferenças. A mutação referida no texto vem sendo anunciada pela jurisprudência, em precedentes significativos. Veja-se, exemplificativamente, decisão do TRF4, *DJ* 10 ago. 2005, AC nº 2000.71.00.009347-0, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira: "A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. (...) A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas".

²⁹ A Lei nº 10.628, de 2002, alterava a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo no § 1º o seguinte: "A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública".

³⁰ STF, *DJU* 19 dez. 2006, p. 37, ADIn nº 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição –



posição majoritária, contudo, não é imune a crítica: se o dispositivo constitucional – art. 102, I, *b* – comportava mais de uma interpretação, como bem demonstrou a variação de posição do STF, é discutível que ao legislador não fosse facultada a escolha de uma delas³¹.

Relembre-se, aqui, a tese de Bruce Ackerman de que, nos Estados Unidos, a conquista dos *direitos civis* pelos negros, na década de 60, se materializou em legislação ordinária que operou verdadeira mutação constitucional na matéria. De fato, depois da decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, em 1954, o Congresso aprovou diversas leis anti-discriminatórias, envolvendo o direito de voto, de acesso a lugares públicos e à moradia. O ponto de vista, todavia, não é pacífico. Owen Fiss sustenta, por exemplo, que na clareira aberta por *Brown*, veio a se firmar o entendimento de que a posição da Suprema Corte significava um mínimo de proteção, o que não impedia o Congresso de expandir os direitos de igualdade³².

3.3 Mutação constitucional por via de costume

A existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida, como é a regra no mundo contemporâneo, não é pacífica. A idéia do costume como fonte do direito positivo se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida e, em certos casos, como obrigatória. O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório³³.

Exemplo de costume constitucional, no direito brasileiro, é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundamentalmente considere inconstitucional. Outro caso é o do voto de liderança nas Casas

como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.

³¹ V. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 177: “A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente”.

³² V. FISS, Owen. Between supremacy and exclusivity. In: BAUMAN, Richard W. e KAHANA, Tsvi (eds.). **The least examined branch: the role of legislature in the constitutional state**, 2006, p. 453: “In creating these rights to be free from discrimination by private actors, Congress did not dispute the authority of the Court as the final arbiter of the Constitution. Rather, Congress viewed the Court’s ruling on the scope of equal protection as a minimum or baseline and sought to build on it”.

³³ ZANDONADE, Adriana. “Mutações constitucionais”, **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 35:194, 2001, p. 221; e BULOS, Uadi Lammêgo, **Mutações constitucionais**, 1997, p. 175 e ss.



Legislativas, sem submissão da matéria a Plenário. Algumas situações tangenciam a linha de fronteira com a inconstitucionalidade. Assim, por exemplo, a reedição de medidas provisórias, anteriormente à Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001. Prática antiqüíssima, mas intermitentemente questionada, envolve as delegações legislativas, notadamente as que envolvem a ampla e poderosa competência normativa do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional.

O costume contrário à Constituição (*contra legem* ou *contra constitutionis*), como intuitivo, não pode receber o batismo do Direito. Recentemente, um caso de costume inconstitucional foi expressamente rejeitado por ato administrativo, chancelado judicialmente. Tratava-se do chamado nepotismo no Poder Judiciário, conduta amplamente adotada de nomear parentes de juízes para cargos que independiam de concurso. Há casos de outros costumes inconstitucionais ainda não superados, como a rotineira inobservância por Estados e Municípios das regras constitucionais relativas aos precatórios, notadamente do dever de fazer a inclusão nos seus orçamentos de verba para o respectivo pagamento (CF, art. 100, § 1º); a consumação da desapropriação sem pagamento efetivo da indenização (CF, art. 5º, XXIV); ou descumprimento de regras orçamentárias, como a que veda o remanejamento de verbas sem autorização legislativa (CF, art. 5º, VI).

Um caso de mutação constitucional importante ocorrida na experiência histórica brasileira por força de costume foi a implantação do sistema parlamentarista durante o Segundo Reinado. À míngua de qualquer dispositivo constitucional que provesse nesse sentido, o Poder Executivo passou a ser compartilhado pelo Imperador com um Gabinete de Ministros. Há um outro exemplo expressivo contemporâneo, relacionado com as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Nos últimos anos, uma prática política persistente expandiu os poderes dessas comissões e redefiniu suas competências. Passou-se a admitir, pacificamente, a determinação de providências que antes eram rejeitadas pela doutrina³⁴ e pela jurisprudência³⁵, aí incluídas a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais³⁶.

4 MUDANÇA NA PERCEPÇÃO DO DIREITO E MUDANÇA NA REALIDADE DE FATO

Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução pré-estabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito: política, Direito e devido processo legal. In: **Temas de direito constitucional**, 2002.

³⁵ STF, DJU 12 mai. 2000, p. 20, MS nº 23.452/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁶ Todas essas medidas são hoje pacificamente admitidas. Para um levantamento das linhas jurisprudenciais firmadas pelo STF nessa matéria, v. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**, 2006, p. 503-10.



relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir conseqüências jurídicas diversas.

A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A idéia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser³⁷. Na experiência brasileira, é sempre invocada a mutação que no primeiro quarto de século sofreu o instituto do *habeas corpus*, que transmutou-se de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos³⁸. A posição jurídica da concubina sofreu, igualmente, transformação importante ao longo do tempo, inclusive com a reformulação conceitual para distinguir concubinato de companheirismo. Superados os preconceitos, passou-se da negativa radical ao reconhecimento de direitos previdenciários e patrimoniais³⁹. Processos semelhantes ocorreram no tocante à responsabilidade civil, à igualdade entre os filhos e às relações entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns casos foram editadas leis formais para ratificar as mudanças.

A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro. Intervenções estatais a favor de mulheres, negros ou índios deixarão de ser legítimas se não houver mais qualquer situação objetivamente desfavorável que a justifique. Outro

³⁷ Por muito tempo, por exemplo, entendia-se válida a vedação da inscrição em concursos públicos de pessoas com idade superior a 45 ou 50 anos.

³⁸ Desenvolvida por Rui Barbosa, a denominada *doutrina brasileira do habeas corpus*, precursora do mandado de segurança, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura. Sobre o tema, vejam-se: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**, 2003, p. 142-3; e MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade**, 2004, mimeografado, p. 25.

³⁹ Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, que seguiu as seguintes etapas principais: a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.; e) por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.



exemplo: uma lei limitadora da responsabilidade civil das empresas de determinado setor econômico, por haver interesse social no seu desenvolvimento e consolidação, deixará de ser válida após ele se tornar hígido e auto-sustentável.

Em mais de uma situação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, *a contrário sensu*, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes. A Corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazos processuais deve ser considerada constitucional até que as Defensorias Públicas dos Estados venham a alcançar o nível de organização do Ministério Público⁴⁰. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do Código de Processo Penal ainda era constitucional, admitindo que o Ministério Público advogasse em favor da parte necessitada para pleitear reparação civil por danos decorrentes de ato criminoso, até que a Defensoria Pública viesse a ser regularmente instalada em cada Estado⁴¹.

O fenômeno da mutação constitucional por alterações da realidade tem implicações diversas, inclusive e notadamente no plano do controle de constitucionalidade. Ali se investigam categorias importantes, desenvolvidas sobretudo pela jurisprudência constitucional alemã, como a inconstitucionalidade superveniente, a norma ainda constitucional e o apelo ao legislador, por vezes invocadas pelo Supremo

⁴⁰ STF, *DJU* 27 jun. 1997, HC nº 70.514-6, Rel. Min. Sydney Sanches: “1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 5.2.1950, acrescentado pela Lei nº 7.781, de 8.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão da acusação, no processo de ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso (...).” A tese de que uma norma pode tornar-se progressivamente inconstitucional já havia sido levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 67.390, Rel. Min. Moreira Alves (*DJU* 6 abr. 1990). Para uma densa análise e reflexão da decisão cuja ementa foi acima transcrita, v. a dissertação de mestrado de MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Constituição e realidade**, 2004, mimeografado.

⁴¹ STF, *DJU* 20 abr. 2001, RE nº 135.328-7, Rel. Min. Marco Aurélio: “INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento”. O curso do julgamento foi modificado após o voto visto do Min. Sepúlveda Pertence, no qual argumentou: “A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”.



Tribunal Federal brasileiro⁴².

5 CONCLUSÃO

É possível condensar as idéias aqui desenvolvidas em uma proposição objetiva, enunciada a seguir. A modificação da Constituição pode se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional. Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado *poder constituinte difuso*, a mutação constitucional se realiza por meio da interpretação – isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente – ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.

⁴² Sobre o tema, em língua portuguesa, vejam-se MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 2005, pp. 296 e ss. e 364 e ss.; ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, 2001, p. 115-6; e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, 2002, p. 468-9.



A
**ANOTAÇÕES AO REGIME
PREVIDENCIÁRIO
DOS SERVIDORES
PÚBLICOS OCUPANTES,
EXCLUSIVAMENTE, DE
CARGOS COMISSIONADOS
NO ÂMBITO DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO NORTE**

Vladimir da Rocha França
Mestre em Direito Público pela UFPE
Doutor em Direito Administrativo
pela PUC/SP
Professor Adjunto do Departamento de
Direito Público da UFRN

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Norte, ocupantes, exclusivamente, de cargos comissionados, antes e após a profunda reforma que a matéria sofreu por força da Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998. Observa-se que, antes da reforma constitucional no sistema previdenciário, a aposentadoria desses agentes públicos deveria ser custeada nos moldes do regime estatutário. Com a sua exclusão do sistema previdenciário dos servidores públicos estatutários, por força da Emenda Constitucional n.º 20/1998, sua aposentadoria passa a ser encargo do Regime Geral de Previdência Social, respeitada a existência de direito adquirido. Entende-se que, por força dos princípios da segurança jurídica, razoabilidade e boa fé, os titulares, exclusivamente, de cargos comissionados que não são portadores de direito adquirido à aposentadoria e que se encontravam na administração pública antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 20/1998, devem continuar sob o sistema previdenciário revogado.

Palavras-chave: Administração pública estadual. Estado do Rio Grande do Norte. Aposentadoria. Cargo Comissionado.

1 CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os Estados Federados editaram Constituições Estaduais com amparo no art. 25, *caput*, do texto constitucional.¹ E por força do princípio federativo, tiveram que ordenar o regime jurídico dos servidores públicos estaduais consoante os parâmetros instituídos no Capítulo VII – “Da Administração Pública” - da Constituição Federal.

Seguindo o modelo constitucional de administração pública, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte de 1989 – a Constituição Estadual – previu em seu art. 26, *caput*, II e V, a possibilidade jurídica da instituição de cargos de provimento em comissão no âmbito da Administração Estadual:

Art. 26. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedece aos princípios da *legalidade*, impessoalidade, moralidade e publicidade, observando-se:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado, em lei, de livre nomeação e exoneração*;

[....]

V – os cargos em comissão e as funções de confiança são exercidos preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei [grifos acrescidos].

Seguindo-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 280), os cargos de provimento em comissão “são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”.² Apesar de seu provimento dispensar o concurso público, o cargo comissionado deve abranger apenas as atribuições de direção, chefia e assessoramento.³

Ao se examinar o texto constitucional norte-rio-grandense, conjugado com a Constituição Federal de 1988, é nítida a admissibilidade da nomeação de pessoas estranhas ao quadro permanente da Administração Estadual para o exercício de cargos comissionados que fazem parte de sua estrutura organizacional.

Nesse diapasão, o titular de cargo comissionado da Administração Esta-

¹ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

² Vide art. 2º, II, e § 1º, *d*, da Lei Complementar Estadual n. 122, de 30.6.1994.

³ Vide o art. 37, V, da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998.



dual, ainda que não seja titular de cargo efetivo⁴ ou de cargo vitalício⁵ no mesmo nível federativo, mantém com o Poder Público *uma relação de trabalho de natureza estatutária*, e, portanto, *integralmente subordinada aos princípios do regime jurídico-administrativo* (cf. Bandeira de Mello, 2006, p. 233-243). Isso significa dizer que, enquanto exercer o referido cargo, a pessoa atua como servidor público estatutário e sob as proteções, garantias e obrigações jurídico-administrativas decorrentes de suas atribuições constitucionais e legais.

O presente trabalho tem por objetivo tecer algumas considerações sobre o regime previdenciário desses agentes públicos, antes e após a profunda reforma que a matéria sofreu por força da Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998.

2 REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS OCUPANTES, EXCLUSIVAMENTE, DE CARGOS COMISSIONADOS, ANTES DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS DE 1998

Na versão promulgada em 5.10.1988, a Constituição Federal determinava em seu art. 40, § 2º: “A lei disporá sobre a aposentadoria de cargos ou empregos temporários”.⁶

Tomando-se por base o disposto no art. 24, XII, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, o Estado do Rio Grande do Norte tem a tarefa de legislar sobre a aposentadoria⁷ dos servidores públicos que ocupam, exclusivamente, cargos comissionados na Administração Estadual, para fins de sua manutenção pela Fazenda Pública Norte-rio-grandense. Ademais, o princípio federativo assegura aos Estados Federados a autonomia necessária para dispor acerca do regime jurídico-previdenciário de seus

⁴ Os cargos de provimento efetivo são aqueles que somente podem ser preenchidos mediante concurso público e que asseguram ao seu titular o direito à estabilidade, quando preenchidos os requisitos constitucionais para a sua efetivação. Vide o art. 41 da Constituição Federal e 30 da Constituição Estadual. Cf. Bandeira de Mello, 2006, p. 280-281.

⁵ Os cargos de provimento vitalício são aqueles que, em regra, somente podem ser preenchidos mediante concurso público de provas e títulos e que asseguram ao seu titular o direito à vitaliciedade, quando preenchidos os requisitos constitucionais para o seu vitaliciamento. Vide os arts. 95, I, 128, § 5º, I, e 73, § 3º, da Constituição Federal; e os arts. 73, XI, a, 83, I, a, e 56, § 4º, da Constituição Estadual. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, 2006, p. 282.

⁶ No plano estadual, dispõe o art. 162 da Constituição Estadual: “Art. 162. A lei dispõe sobre a aposentadoria em cargos ou empregos públicos temporários”. Atualmente, o art. 40, § 2º, da Constituição Federal, tem a seguinte redação, conferida pela Emenda Constitucional n. 20/1998: “Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão de pensão”.

⁷ Do ponto de vista técnico-jurídico, a palavra “aposentadoria” pode designar, consoante Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 411 e 414): (a) “o direito constitucional fundamental do trabalhador de continuar a perceber, em pecúnia, valor legalmente estipulado destinado à sua manutenção, sem a correspondente contraprestação material imediata em atividade, após ter oferecido o seu labor à sociedade pelo período e nas condições previstas no sistema jurídico”; ou, (b) “o ato jurídico pelo qual se formaliza a passagem da atividade para a inatividade remunerada e conformada no regime de seguridade social, como o regime que subordina a relação entre o agente inativo com a entidade estatal corresponsável ou como o direito constitucional titularizado pelo agente a perceber valor fixado legalmente e submeter-se ao regime jurídico correspondente a esse *status*”.



servidores públicos, observados as normas da Lei Maior que tratam da matéria.⁸

Malgrado a Constituição Federal não ter assegurado a estabilidade para os titulares de cargo comissionado sem vínculo permanente com a Administração Estadual⁹, *é importante asseverar que se deixou a critério de lei estadual disciplinar a sua inserção no regime previdenciário próprio dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Norte.*

Com a imposição constitucional de um regime jurídico único e estatutário para os servidores públicos “civis” da Administração Norte-rio-grandense¹⁰, foi editada a Lei Complementar Estadual n.º 122/1994. Essa lei passou a compor o principal diploma infraconstitucional do regime jurídico desses agentes públicos.

Consoante o art. 2º, I, da Lei Complementar Estadual n. 122/1994, quando o seu texto emprega a palavra “servidor”, quer se referir à “pessoa legalmente investida em cargo público”. Mais adiante, em seu art. 2º, § 1º, reconhece o cargo de provimento em comissão como espécie de cargo público sujeito aos seus demais preceitos. Todos os servidores públicos titulares de cargos comissionados no âmbito da Administração Estadual ficaram, enfim, submetidos ao regime jurídico instituído pelo diploma legal em apreço, como se atesta em seu art. 238.¹¹

Se conjugarmos o art. 29 da Constituição Estadual com o art. 197 da Lei Complementar Estadual n. 122/1994, é possível identificar três modalidades de aposentadoria para os então servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Norte:

(a) aposentadoria por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos, independentemente do tempo de serviço;

(b) aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

⁸ Vide o art. 18 e o art. 25, *caput*, todos da Constituição Federal.

⁹ Vide o art. 41 (redação original) da Constituição Federal e o 19, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Carta Magna.

¹⁰ Vide o art. 39 (redação original) da Constituição Federal e o art. 28 da Constituição Estadual. Utilizava-se a expressão “servidor público civil” para indicar um regime jurídico diferente do previsto constitucionalmente para “servidores públicos militares”. Com a reforma do modelo constitucional de administração pública que se iniciou com a Emenda Constitucional n. 19/1998, essa distinção foi eliminada, reservando-se a expressão “servidor público” para os agentes públicos que mantêm uma relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência com as pessoas jurídicas de direito público existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Cf. Bandeira de Mello, 2006, p. 229-233.

¹¹ “Art. 238. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores civis dos Poderes do Estado e das autarquias e fundações públicas estaduais regidos pela Lei nº 920, de 24 de novembro de 1953, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, inclusive na hipótese do artigo 26, IX, da Constituição Estadual, cujos contratos em regime de prorrogação não podem, expirada esta, ser novamente prorrogados”. A constitucionalidade de dispositivos como esse foi (e é) contestada por setores importantes da doutrina administrativista diante do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e do dever constitucional do Estado de realizar concurso público para o provimento de cargos efetivos (cf. Bandeira de Mello, 2006, p. 242). Ainda assim, não se pode negar que esta controvérsia não é relevante para os cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração.



(c) aposentadoria voluntária, diante de um desses quatro pressupostos de fato: (i) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais; (ii) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e 25 (vinte e cinco), se professora, com proventos integrais; (iii) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco), se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; (iv) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e aos 60 (sessenta), se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.¹²

Consoante o art. 29, § 1º, da Constituição Estadual, o servidor público aposenta-se com proventos correspondentes à remuneração do cargo da classe imediatamente superior ou, quando ocupante de cargo de última classe da respectiva carreira ou de cargo isolado, com acréscimo de 20% (vinte por cento). Convém lembrar também que nesse regime, reconhece-se aos inativos e pensionistas o direito à paridade remuneratória com os servidores em atividade, nos termos do § 5º desse dispositivo da Carta Constitucional Norte-rio-grandense.

Com relação aos servidores ocupantes de cargo comissionado, o art. 203 da Lei Complementar Estadual n. 122/1994 estabelecia o seguinte:

Art. 203. O servidor que tiver exercido cargo em comissão ou função de direção, chefia ou assessoramento por período de 05 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) interpolados, pode aposentar-se com a remuneração do referido cargo ou gratificação de função, pelo maior valor percebido durante o período mínimo de 02 (dois) anos.

§ 1º Quando o exercício do cargo ou função de maior valor não corresponder a 02 (dois) anos, incorpora-se a remuneração ou a gratificação imediatamente inferior, que haja sido percebida.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens do artigo 202 e a incorporação de que tratam os artigos 68, §§ 2º e § 3º, e 69, parágrafo único.

Não há nenhuma inconstitucionalidade nesse condicionamento legal, haja vista a reconhecida competência do Estado Federado para legislar sobre a matéria. Esse raciocínio pode ser construído a partir de julgado do STF, no qual se reconheceu a possibilidade de lei municipal estabelecer tempo mínimo de serviços prestados para a concessão de aposentadoria custeada pelo Poder Público local.¹³

Por fim, merece destaque que os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargos comissionados têm nesse regime jurídico, o dever de pagar em favor da Fazenda Pública Norte-rio-grandense as contribuições para o custeio dos serviços

¹² Lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 416): "O crédito recebido em pecúnia pelo inativo é denominado *provento* e representa a prestação da seguridade social, devida pela entidade pública àquele que adquiriu esse direito pelo trabalho ao longo de sua vida profissional, no qual colaborou com a sociedade, segundo as exigências postas no ordenamento jurídico".

¹³ Vide STF, RE n. 229.348/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17.2.2006, p. 63.



de previdência e assistência social que lhes são postos à sua disposição.¹⁴

Fazendo uma interpretação sistemática das normas constitucionais e legais citadas, cumpre anotar que, nesse regime jurídico, os servidores públicos estaduais que ocupam, exclusivamente, cargos comissionados tem o direito de se aposentar pelo sistema estatutário de previdência social, se preenchidos os seguintes requisitos:

(a) exercício do cargo comissionado por período de 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) interpolados, no âmbito da Administração Estadual; e,

(b) preenchimento dos pressupostos de concessão de uma das modalidades de aposentadoria previstas no art. 29 da Constituição Estadual e no art. 197 da Lei Complementar Estadual n. 122/1994.

Deferida a aposentadoria, os proventos dessa categoria de servidores públicos seriam calculados com base na remuneração do último cargo ocupado, conforme o disposto no art. 203 da Lei Complementar Estadual n. 122/1994.

3 IMPACTO DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS DE 1998 NO REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS OCUPANTES, EXCLUSIVAMENTE, DE CARGOS COMISSIONADOS

Com as Emendas Constitucionais n. 19/1998, e n. 20 /1998, houve uma profunda reforma no modelo constitucional de administração pública. Dentre as modificações relevantes, convém destacar a admissibilidade do uso do regime de emprego público pela administração pública direta e pelas autarquias, bem como profunda reestruturação do regime previdenciário dos servidores públicos de todos os níveis da federação brasileira.

No que concerne aos servidores ocupantes, exclusivamente, de cargos comissionados, eles foram expressamente retirados do regime previdenciário dos servidores públicos estatutários, pelo que se depreende do § 13 do art. 40 da Constituição Federal, inserido no texto normativo fundamental pela Emenda Constitucional n. 20/1998:

Art. 40. [...]

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Outras importantes alterações foram impostas pelas Emendas Constitucionais n. 41, de 19.12.2003, e n. 47, de 5.7.2005. Determinou-se uma segunda e profunda reestruturação no regime previdenciário dos servidores públicos estatutários. No que concerne aos servidores públicos titulares, exclusivamente, de cargos comissionados, as principais repercussões residem basicamente em dois pontos:

(a) aplicação de um novo teto remuneratório à maioria das verbas

¹⁴ Vide arts. 94 e 130 da Constituição Estadual.



remuneratórias e previdenciárias pagas pela Fazenda Pública de todos os entes federativos aos respectivos servidores (ativos ou inativos) e pensionistas; e, (b) legitimação da cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas mantidos nos termos do art. 40 da Constituição Federal, desde sua redação original.¹⁵

Naturalmente, os servidores públicos ocupantes, exclusivamente, de cargos comissionados que ingressaram na Administração Estadual após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20/1998 ficaram inteiramente submetidos ao atual regime previdenciário.¹⁶

A questão mais tormentosa reside justamente na discussão em torno da aplicabilidade do novo sistema previdenciário àqueles titulares, exclusivamente, de cargos comissionados que se encontravam na Administração Estadual quando a Constituição Federal sofreu a reforma sob análise.

4 SOBRE A APLICABILIDADE DO NOVO REGIME PREVIDENCIÁRIO AOS SERVIDORES PÚBLICOS OCUPANTES, EXCLUSIVAMENTE, DE CARGOS COMISSIONADOS QUE SE ENCONTRAVAM EM ATIVIDADE NA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/1998

Como se sabe, o direito adquirido consiste num direito subjetivo que se encontra definitivamente incorporado à esfera de direitos de seu titular, haja vista esta pessoa ter atendido todos os pressupostos exigidos no ordenamento jurídico para a sua aquisição.¹⁷ Não se confunde com o direito consumado, que envolve direito subjetivo já exercido. Trata-se, na verdade, de um direito subjetivo que, embora ainda não tenha sido exercido ou pleiteado pelo seu titular, tem a proteção jurisdicional caso ameaçado ou violado pelo Poder Público.

Malgrado o STF, acertadamente, ter pacificado o entendimento de que não existe direito a regime jurídico nas relações entre os servidores públicos estatutários e o Poder Público¹⁸, a Súmula n. 359 de nossa Corte Constitucional consolida a seguinte posição: 'Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários'.¹⁹

¹⁵ Apesar do art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003 também resguardar as situações jurídicas constituídas antes de sua entrada em vigor, nota-se em seus arts. 4º, 8º e 9º, a preocupação de assegurar a aplicação do novo teto remuneratório e das novas contribuições previdenciárias para todos os filiados ao regime previdenciário dos servidores públicos estatutários.

¹⁶ A lei entra em vigor e, portanto, torna-se vigente, quando as normas que ela insere no ordenamento jurídico estão desimpedidas de incidir na realidade social ou natural, bem como de serem aplicadas pelos seus destinatários. Vide art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4.9.1942).

¹⁷ Vide: art. 5º, XXXVI, e art. 60, § 4º, IV, ambos da Constituição Federal; e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Cf. Bandeira de Mello, 1979, p. 300-335; Ramos, 2003, p. 22-84; Ivo Dantas, 2004, p. 63-76; e Silva, 2002, p. 233-234.

¹⁸ Vide, por exemplo, o STF, RE n. 345.458/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 11.3.2005, p. 44. Cf. Paulo Modesto, 1996, p. 232-238.

¹⁹ A redação original desse enunciado jurisprudencial exigia ainda a apresentação de requerimento nos casos



Nesse diapasão, o servidor público adquire o direito de se aposentar segundo determinado regime jurídico-previdenciário ao preencher todos os requisitos constitucionais e legais exigidos para a sua concessão, no tempo em que estiveram vigentes as normas que o constituíram. Recorde-se que a fruição desse direito pode ocorrer a qualquer tempo, uma vez que ele se encontra incorporado definitivamente ao patrimônio de seu titular.

Por conseguinte, o titular, exclusivamente, de cargo comissionado na Administração Estadual que tiver coberto inteiramente as exigências constantes do art. 29 da Constituição Estadual e do art. 203 da Lei Complementar Estadual n. 122/1994, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20/1998, têm direito adquirido à aposentadoria nos moldes estipulados pelo regime previdenciário pretérito.

Embora a garantia do direito adquirido - constante do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior - fosse suficiente para proteger os direitos adquiridos dos servidores públicos em matéria previdenciária, procurou-se reiterá-los no art. 3º da Emenda Constitucional n. 20/1998.

Para readequar o regime previdenciário dos servidores públicos estaduais à reforma deflagrada com a Emenda Constitucional n. 20/1998, o art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 162, de 2.2.1999, prescreveu o seguinte:

Art. 3º Ficam revogados os artigos 202, incisos I e II, e 203, da Lei Complementar nº 122, de 30 de junho de 1994, *asseguradas as situações jurídicas constituídas sob a vigência dos dispositivos ora revogados* [grifos acrescidos].

Posteriormente, o art. 9º da Emenda Constitucional n. 41/2003 determinou a aplicabilidade do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para desconstituir direitos adquiridos e alinhar situações jurídicas já consolidadas ao novo regime jurídico previdenciário. Medida legislativa de constitucionalidade duvidosa, haja vista o preceito constitucional transitório "ressuscitado" pela Emenda Constitucional n.º 41/2003 destinar-se tão somente aos proventos que eram incompatíveis com o regime jurídico-previdenciário delineado pelo Poder Constituinte Originário (cf. Bandeira de Mello, 2006, p. 307-308; Rocha, 2001, p. 377-408).

Numa aproximação inicial, a reforma previdenciária empreendida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998, teria modificado decisivamente a situação jurídica todos os servidores públicos estaduais que se encontravam em atividade ao iniciar o seu período de vigência e, que não tivessem preenchido os requisitos previstos no regime anterior para a concessão de proventos. Todos eles teriam expectativas de direito perante a previdência estadual, carecendo de proteção contra novações constitucionais ou legislativas em seu regime jurídico-previdenciário.

Para os servidores públicos efetivos e vitalícios que tinham expectativas de direito junto ao sistema estatutário de previdência social, a Emenda Constitucional

de aposentadoria a pedido do interessado. Por ocasião do julgamento dos Embargos no RE n. 72.509/PR (RTJ 64/408), o STF revisou o seu texto.



n.º 20/1998 estabeleceu várias regras de transição, às quais foram posteriormente agregadas àquelas fixadas pela Emenda Constitucional n.º 41/2003.²⁰

Quanto aos servidores públicos ocupantes, exclusivamente, de cargos comissionados portadores de expectativas de direitos previdenciários antes da vigência do novo regime previdenciário, a *Emenda Constitucional n.º 20/1998 silenciou a respeito*. Isso torna lícita a interpretação de que estes agentes públicos não teriam sido atingidos e, portanto, continuariam a ter o direito de se aposentar pelo regramento anterior, evidentemente bem mais benéfico?

O princípio da irretroatividade das leis constitui uma regra estrutural do ordenamento jurídico brasileiro: a norma veiculada por lei vigente deve ter eficácia imediata e prospectiva (cf. Diniz, 2001, p. 176-182; e Ramos, 2003, p. 22-83). Sua base constitucional pode ser identificada no direito fundamental à segurança jurídica, presente no rol do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal²¹ e reiterado de modo implícito no art. 3º da Constituição Estadual²².

Esse preceito se encontra explícito no art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, quando determina que a “lei em vigor terá efeito imediato e geral”.²³ Isso significa dizer que as normas que ela veicula incidem nos fatos ocorridos a partir da sua entrada em vigor, podendo (ou devendo) serem aplicadas igualmente pelos sujeitos de direito habilitados para tanto.

Diante do princípio da irretroatividade, convém presumir que a lei nova existe para fatos futuros e interrompe (ou remodela) o fluxo de efeitos de situações jurídicas iniciadas no passado, mas não consolidadas sob a vigência da lei antiga.²⁴

No que concerne à aplicação da lei no tempo, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são situações jurídicas pretéritas cujos efeitos são intocáveis pela lei nova, ainda que os seus efeitos perdurem no presente e tendam para o futuro. Cuida-se aqui de limites constitucionais à retroatividade das leis.

Na expectativa de direito, o interessado tem a perspectiva legítima de adquirir o direito subjetivo, haja vista ter atendido parcialmente os requisitos exigidos pela lei. Em tese, situações jurídicas como essa se qualificam como *atos pendentes* e poderiam ser perfeitamente atingidas pela lei nova, ao alterar ou ampliar os pressupostos para a incorporação do direito subjetivo, ou, até mesmo, ao extinguí-lo como instituto no contexto do ordenamento jurídico. *Não viola o princípio da irretroatividade o*

²⁰ Vide o art. 9º da Emenda Constitucional n. 20/1998 e os arts. 2º ao 10 da Emenda Constitucional n. 41/2003.

²¹ Vide o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

²² Vide o art. 3º da Constituição Estadual: “Art. 3º O Estado assegura, nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal reconhece a brasileiros e estrangeiros”.

²³ O adjetivo “geral” nesse enunciado normativo quer destacar que as normas legais devem ser constituídas e aplicadas com a necessária observância ao princípio da igualdade. Ramos, 2003, p. 77.

²⁴ Em rigor, o fato jurídico somente se aperfeiçoa, com a eclosão do efeito que a norma legal lhe associa, quando todos os elementos exigidos em sua hipótese de incidência são reconhecidos na realidade social ou natural segundo os procedimentos fixados ou aceitos pelo sistema do direito positivo. Cf. Carvalho, 1999, p. 116-120.



prejuízo trazido pela lei nova às expectativas de direito deflagradas sob a égide da lei revogada.

A lei nova, por razões de política legislativa, pode perfeitamente desconstituir expressamente as expectativas de direito iniciadas durante a vigência da lei pretérita mediante a aplicação imediata do novo regime jurídico. Também dentro de sua liberdade de conformação, o legislador tem espaço para estabelecer regras de transição que remodelam ou ampliam os pressupostos de aquisição do direito subjetivo, fazendo com que, por exemplo, servidores públicos efetivos em atividade tenham que passar mais tempo do que planejavam para lograr os proventos que lhes são mais convidativos. Mas não existe impedimento na preservação do regime jurídico pretérito às expectativas de direito nascidas durante a sua vigência.

Três preceitos constitucionais fundamentais devem ser levados necessariamente em consideração quanto à aplicação da lei nova às expectativas de direito: (a) a *segurança jurídica*; (b) a *proteção da boa fé*; e (c) a *razoabilidade*.

Enquanto princípio jurídico, a *segurança jurídica* abrange o dever do Estado de manter um ordenamento jurídico estável que ofereça ao cidadão a possibilidade efetiva de orientar a sua conduta diante da previsibilidade das conseqüências jurídicas de seus atos (cf. Bandeira de Mello, 2996, p. 110-112; França, 2007, p. 137-139; e Carvalho, 2000, p. 147-148).²⁵

A *proteção à boa fé* envolve o respeito e tutela da confiança depositada pelo cidadão no Estado e tem relação direta com o princípio constitucional da moralidade.²⁶ No exercício de qualquer uma das funções estatais – legislação, administração e jurisdição – o Poder Público deve levar necessariamente em consideração a postura ética do cidadão e as crenças que a ação estatal lhes infundi.

Se a lei nova pudesse ser aplicada indiscriminadamente às expectativas de direito desencadeadas sob a vigência da lei anterior, não é preciso muito esforço para se sentir o risco da imposição de providências substancialmente injustas à luz da segurança jurídica e da proteção da boa fé. Ademais, não parece compatível com o *princípio da razoabilidade* que se ignore as especificidades do caso concreto na aplicação da nova sistemática legal às expectativas de direito.

Com base nas lições de Humberto Ávila (2003, p. 94-98), observa-se que a *razoabilidade*, enquanto dever de equidade, impõe ao Estado a harmonização entre a lei e o caso concreto, levando-se em consideração que a norma geral não deve ser aplicada quando se trata de um caso anormal no qual a própria finalidade do

²⁵ Explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 111-112) a importância desse preceito para o ordenamento jurídico: "Esta 'segurança jurídica' coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas".

²⁶ Vide o art. 5º, LXVIII, e o art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal. Cf. Bandeira de Mello, 2006, p. 107-108; e França, 2000, p. 72-85.



preceito legal ou um princípio constitucional assim o exige.²⁷

Esses preceitos constitucionais implícitos sempre vincularam a atividade administrativa (cf. Rocha, 1994). Com o advento da Lei Complementar Estadual n.º 303, de 9.9.2005, esses imperativos fundamentais encontraram fórmula expressa no ordenamento jurídico norte-rio-grandense. Basta o exame do art. 5º e do art. 6º, III e XII, todos desse diploma legal.

Por conseguinte, parece razoável que, em virtude da ausência de regras de transição específicas, os servidores públicos ocupantes, exclusivamente, de cargos comissionados que se encontravam em atividade antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20/1998 não teriam sido atingidos pelo novo regime jurídico-previdenciário.²⁸

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Forense, 1979. v. 1.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁷ Como adequadamente pondera Humberto Ávila (2003, p. 98): “Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (‘Preâmbulo’ art. 3º da CF)”.

²⁸ Nesse sentido, leciona Odete Medauar (2008, p. 286): “Para os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e para os servidores ocupantes de funções ou cargos temporários ou de empregos públicos (celetistas), que é o regime destinado àqueles que trabalham no setor privado, previsto, em linhas gerais, no art. 201 da CF, na redação dada pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 47/2005. O dispositivo suscita indagação quanto à sua aplicação aos servidores temporários ou ocupantes de cargo em comissão que já detinham essa condição *antes* da promulgação da Emenda Constitucional 20/98, sobretudo no tocante àqueles com muito tempo de serviço (por exemplo, 20 anos), isso porque em vários âmbitos de administração esses servidores têm seus direitos e deveres norteados, em grande parte, pelo regime estatutário. Parece incoerente, após vários anos norteados pelo regime estatutário, ter sua aposentadoria regulada pelo regime geral de previdência social – melhor parece aplicar o preceito somente aos que ingressem nesses cargos *após* a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98”.



_____. **Direito tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Ivo. **Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura de motivação do ato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e direito adquirido ao regime jurídico da função pública.** São Paulo: Malheiros, n. 14/1996, p. 232-238.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias, *in* Grau, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 337-408.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva,



1999.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**: ensaios sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ABSTRACT

This study aims to examine the social security's regimen of public servants of the state of Rio Grande do Norte, occupants, exclusively, of commissioned positions, before and after the reform that the matter has been under the Constitutional Amendment N° 20, 15.12.1998. It appears that before the constitutional reform in the social security system, the retirement of public servants should be paid in the form of statutory regimen. With its exclusion from the social security's system of statutory public servants, by virtue of Constitutional Amendment No 20/1998, his retirement becomes charge of the General Rules of Social Welfare, observed the existence of acquired right. It is understood that, under the principles of legal certainty, reasonableness and good faith, the holders, exclusively, of commissioned positions that are not carriers of acquired right to retirement and who were in government before the entry into force of Constitutional Amendment No 20/1998 must continue under the repealed social security's system.

Keywords: State government. State of Rio Grande do Norte. Retirement. Office commissioned.



A NULIDADE DA DEMISSÃO DO TRABALHADOR ADOENTADO

Xisto Tiago de Medeiros Neto
Professor da UFRN e da Escola Superior
do Ministério Público da União
Mestre e Especialista em Direito Público

RESUMO

A Constituição brasileira confere especial tutela ao direito do trabalhador à saúde, pela sua reconhecida fundamentalidade e, assim, inerência ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, a violação ao direito à saúde, configurada pelo adoecimento do empregado em razão das condições de trabalho existentes, gera conseqüências jurídicas efetivas no plano contratual. O sistema jurídico, com efeito, consagra limitações ao poder potestativo do empregador de rescindir o contrato laboral, vedando a dispensa de natureza abusiva e/ou discriminatória, como é exemplo a despedida arbitrária de empregado adoentado. É nula, pois, a rescisão do contrato, se demonstrado que o trabalhador apresentava sintomas ou seqüelas de doença, e tal circunstância foi omitida no exame médico demissional. E, evidenciado o teor abusivo e discriminatório da demissão, enseja-se o direito do trabalhador de ser reintegrado no emprego, entendimento hoje consagrado pelo magistério doutrinário e também pela jurisprudência mais atualizada dos Tribunais Trabalhistas.

Palavras-chave: Trabalhador adoentado. Demissão. Nulidade e efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Em recente decisão proferida no Recurso Ordinário n.º 00819-2007-006-21-00-5, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Norte determinou a reintegração ao emprego de trabalhadora que, ao ser demitida pela empresa, era portadora de doença profissional, situação que foi devidamente atestada por laudo pericial.¹

Reconheceu-se, assim, de forma acertada e em louvável interpretação jurídica, a nulidade da demissão da *empregada adoentada*, uma vez que, mesmo não estando em gozo de benefício previdenciário, evidenciavam-se os sintomas típicos de doença contraída em razão da própria atividade laboral, circunstância omitida pelo exame demissional obrigatório, de responsabilidade do empregador.

É sobre esta questão que se debruça o presente estudo.

2 O DIREITO DO TRABALHADOR À SAÚDE

A análise da questão há de se fundar na premissa de que o *direito à saúde* do trabalhador é de natureza fundamental, integrando a esfera de proteção inerente à sua dignidade como pessoa humana, conforme se lê dos artigos 6º e 7º da Constituição da República, a destacar, pois, a tutela especial que lhe é assegurada pelo ordenamento jurídico (art. 1º, III; art. 5º, *caput*, e art. 7º, XXII, 200 e 225 da CF; arts. 154 e seguintes da CLT).

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde do trabalhador implica, assim, em sérias conseqüências jurídicas no âmbito das relações laborais, diante da primazia que se impõe conferir à sua proteção, em razão de se conjugar com o respeito exigido à dignidade humana, como condição inerente à preservação da própria vida.

Com efeito, é *dever constitucional* do empregador, por um ângulo, abster-se de praticar qualquer conduta lesiva à saúde física ou psíquica do trabalhador, e, por outro, adotar todas as medidas necessárias à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, em conformidade com as normas aplicáveis e tendo em vista as condições efetivas em que o labor é realizado.

É nessa linha que o art. 157 da CLT dispõe de forma explícita e contundente que cabe às empresas:

- I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III – adotar das medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

¹ Acórdão n.º 71.761, Juíza Relatora Joseane Dantas dos Santos, publicado no Diário Oficial do Estado em 05.03.2008.



IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Conseqüência disso, a *violação* ao direito fundamental à saúde, configurada pelo adoecimento do trabalhador, motivado pelas condições de trabalho existentes na empresa, gera conseqüências efetivas, não apenas no campo da responsabilização pela reparação dos danos sofridos (morais e/ou materiais), mas também com relação aos *efeitos* incidentes sobre a própria relação jurídico-laboral, no sentido da sua *manutenção e continuidade*, aspecto este a ser especialmente enfatizado neste estudo.

3 A OBRIGATORIEDADE DO EXAME MÉDICO DEMISSIONAL E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Tem-se observado, que, não raro, no momento da rescisão contratual, o trabalhador encontra-se acometido por *enfermidade adquirida no exercício do labor*, em níveis variados de sintomatologia e seqüelas, em função das condições impróprias, inadequadas ou prejudiciais a que se submeteu, e esse quadro é simplesmente ignorado ou encoberto pela empresa.

Tal situação, a expressar a negligência do empregador, não poderia ser olvidada ou desprezada, em face mesmo da visibilidade e conseqüências da manifestação da doença. Não se pode ignorar que, ao adoecer, o trabalhador geralmente se afasta das atividades por períodos curtos ou longos, realiza consultas médicas e exames clínicos, submete-se a tratamento com medicamentos e goza de benefícios previdenciários, além de, quando é o caso, cumpre rotina de reabilitação profissional e de mudança e/ou adaptação em outra função. E todos estes eventos são de obrigatoriedade anotada pela empresa.

Assim, os *registros funcionais* dos trabalhadores, que as empresas devem manter porque constituem obrigação legal – mesmo que se mostrem incompletos ou manipulados, segundo se verifica em alguns casos –, prestam-se a retratar as ocorrências principais relativas à saúde do trabalhador, de maneira a autorizar a conclusão de que, sempre que a empresa decidir pela rescisão do contrato, o *exame médico demissional* do empregado deve necessariamente considerar o *histórico* correspondente à sua condição e estado de saúde, com o objetivo de ser registrada, por óbvio, naquele momento de pré-desenlace contratual, a *existência* ou, mais especialmente, a *persistência de qualquer doença ou enfermidade relacionada ao trabalho*.

Esse fato, de indiscutível relevância, gerará conseqüências jurídicas diretas e graves para a definição da possibilidade de ocorrência do término do contrato, seja diante da observação de existência, em nosso sistema, de vedação para a concretização da dispensa (se evidenciado, anteriormente ou no momento próprio, o quadro de comprometimento e seqüelas à saúde do trabalhador), seja à vista da possibilidade do reconhecimento da nulidade do ato rescisório, com a determinação de se reintegrar o trabalhador no emprego (se comprovada posteriormente a preexistência de doença e, assim, a omissão inescusável do exame médico em informá-la).

Nesse passo, faz-se importante invocar a disposição do art. 168, II, e § 1º, da CLT, que impõe o dever de a empresa realizar, por sua responsabilidade, exame médico no ato da demissão:



Art. 168. Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I – na admissão;

II – na demissão;

III – periodicamente.

§ 1º. O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:

a) *por ocasião da demissão*;

b) complementares. [grifos acrescidos]

Em complemento, tem-se a Norma Regulamentadora (NR) n.º 07 do Ministério do Trabalho e Emprego, que versa sobre Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, estabelecendo as regras de obrigatório atendimento pelo empregador, no que pertine especificamente à realização de exames médicos, dentre as quais merecem destaque as seguintes:

7.4.1. O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos:

a) admissional;

b) periódico;

c) de retorno ao trabalho;

d) de mudança de função;

e) *demissional*.

7.4.2. Os exames de que trata o item 7.4.1 compreendem:

a) avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental;

b) exames complementares, realizados de acordo com os termos específicos previstos nesta Norma Regulamentadoras e seus anexos.

7.4.3.5. O exame médico demissional será obrigatoriamente realizado até a *data da homologação, desde que o último exame médico ocupacional tenha sido realizado há mais de:*

- 135 dias para as empresas de grau de risco 1 e 2, segundo o Quadro I da NR 4;

- 90 dias para as empresas de grau de risco 3 e 4, segundo o Quadro I da NR 4.

7.4.4. Para cada exame médico realizado, previsto no item 7.4.1, o médico emitirá o Atestado de Saúde Ocupacional – ASO, em 2 (duas) vias.

7.4.4.1. A primeira via do ASO ficará arquivada no local de trabalho do trabalhador, inclusive frente de trabalho ou canteiro de obras, à disposição da fiscalização do trabalho.

7.4.4.2. A segunda via do ASO será obrigatoriamente entregue ao trabalhador, mediante recibo na primeira via.

7.4.4.3. O ASO deverá conter no mínimo:

a) nome completo do trabalhador, o número de registro de sua identidade e sua função;



- b) os riscos ocupacionais específicos existentes, ou a ausência deles, na atividade do empregado, conforme instruções técnicas expedidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho – SSST;
 - c) *indicação dos procedimentos médicos a que foi submetido o trabalhador, incluindo os exames complementares e a data em que foram realizados;*
 - d) o nome do médico coordenador, quando houver, com respectivo CRM;
 - e) *definição de apto ou inapto para a função específica que o trabalhador vai exercer, exerce ou exerceu;*
 - f) nome do médico encarregado do exame e endereço ou forma de contato;
 - g) data e assinatura do médico encarregado do exame e carimbo contendo seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.
- 7.4.5. *Os dados obtidos nos exames médicos, incluindo avaliação clínica e exames complementares, as conclusões e as medidas aplicadas deverão ser registrados em prontuário clínico individual, que ficará sob a responsabilidade do médico-coordenador do PCMSO. [grifos acrescidos]*

Observa-se, então, que se exige do *exame médico demissional*, de responsabilidade da empresa, como condição *sine qua non* para a concretização da rescisão do contrato, a obediência estrita às diretrizes fixadas pelas disposições transcritas, com o objetivo de detectar e indicar a *presença ou a persistência de doença*, física ou mental (e os respectivos sintomas, efeitos ou seqüelas existentes), apresentada pelo trabalhador no momento da ruptura do vínculo pela empresa.

Certo é que, à vista da imposição normativa pertinente ao modo e às especificações a serem atendidas na realização do exame demissional, configura-se, por conseguinte, a *responsabilidade do empregador*, diante de eventual *omissão, manipulação, falsidade ou qualquer outro vício* verificado no procedimento médico, que constitui, como ressaltado, requisito imprescindível para autorizar e legitimar a rescisão contratual sem justa causa, por iniciativa da empresa.

Tenha-se presente, ainda, que a emissão, pelo médico responsável pela realização do exame demissional, de Atestado de Saúde Ocupacional contendo *informações inverídicas ou distorcidas* quanto ao estado de saúde do trabalhador, é conduta tipificada no Código Penal brasileiro como crime de *Falsidade de atestado médico*, segundo se inscreve no art. 302 daquele Estatuto.

Portanto, o *exame médico demissional* e a correspondente expedição de *atestado de saúde ocupacional* não podem ser concebidos como procedimentos meramente formais para atendimento à exigência normativa, sob pena de se transformarem numa farsa, com o fim de apenas suprir requisito documental sujeito a fiscalização futura por parte do órgão que detém esta atribuição (a atual Superintendência Regional do Trabalho, nova denominação atribuída à Delegacia Regional do Trabalho).

E o médico, não obstante empregado da empresa ou contratado como



autônomo, não pode se sujeitar a assumir o papel escuso de profissional “a serviço dos interesses” do empregador ou contratante, como ocorre quando não realiza devidamente exame demissional no trabalhador ou expede atestado de saúde não condizente com a verdade, para favorecimento indevido de quem lhe remunera. Se assim o fizer, certamente que não estará imunizado pela alegação do dever de obediência e subordinação contratual, mas sujeitar-se-á a responder por prática criminosa e antiética.

4 LIMITAÇÃO AO PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR DE DESPEDIR O EMPREGADO

É de se reconhecer, com ênfase, que o sistema jurídico laboral vigente em nosso país, fundando-se em regras e princípios de proteção de estatura constitucional, impede a dispensa arbitrária de *trabalhador adoentado*.

Nesse passo, vê-se que o direito potestativo do empregador de despedir o trabalhador, sem motivação, não é absoluto, à luz do princípio constitucional de proteção estampado no *art. 7º* da Constituição da República, do qual se irradia, inclusive, o princípio específico da *continuidade da relação de emprego*, a legitimar e orientar: (a) a interpretação favorável à sua aplicação no caso concreto e (b) a previsão legal de situações jurídicas garantidoras da *manutenção* do vínculo laboral, a exemplo das hipóteses de *estabilidade e garantia provisória* do emprego, e do *restabelecimento* do contrato, nos casos de *dispensa abusiva ou discriminatória*.

Assim, qualquer rescisão contratual que se valha, em sua efetivação, de *meios ilegítimos*, ou que sinalize para uma *direção abusiva ou discriminatória*, padecerá de nulidade, com a incidência dos efeitos previstos no ordenamento jurídico pátrio, como é exemplo a *reintegração do trabalhador*, ou, se inviável essa situação, a concessão de indenização compensatória (Lei n.º 9.029/95, art. 4º).

Em outro ângulo, é igualmente fundamental pontuar que o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho imotivadamente sofre mitigação em face da vinculação do empregador aos limites impostos pela *eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais*, que se põem como contenção ao proceder patronal, por força do respeito que se lhe impõe às esferas de proteção à dignidade da pessoa humana, especialmente nos lindes de um contrato laboral.

Quer-se dizer que qualquer conduta do empregador, no âmbito da relação jurídico-laboral, há de guardar respeito e consideração aos direitos fundamentais do trabalhador, de latitude constitucional, os quais, na condição de normas de reconhecido *status superior* no ordenamento jurídico, espriam-se e assentam-se como manto protetivo para a parte hipossuficiente, constituindo fator limitante e relativizador da autonomia da vontade do empregador.

Daí porque se afirma que a omissão inescusável em se atestar a *enfermidade do trabalhador*, no momento da rescisão, por meio do exame médico, e a conseqüente iniciativa da empresa de romper o vínculo laboral, resulta em violação a *direitos fundamentais do trabalhador*, com evidentes prejuízos, seja em relação à possibilidade de recebimento adequado de assistência e de tratamento de saúde, seja quanto ao gozo de benefícios previdenciários, seja mesmo no que tange à própria sobrevivência,



considerada a perpetuação da enfermidade e a desproteção decorrente da perda do emprego. A rescisão concretizada nestas circunstâncias enquadra-se, por conseguinte, como conduta irregular *obstativa de direitos* em relação ao empregado.

Sobre esse tema, que se projeta, na atualidade, como um dos mais relevantes no campo do direito constitucional, é obrigatória a invocação de recente decisão do Supremo Tribunal Federal², ao expressar que, nas relações privadas, os *direitos fundamentais* constituem obstáculo à liberdade de ação, não se admitindo o desrespeito a eles e a decorrente causação de prejuízo à parte vítima da conduta adotada. Do acórdão, extraem-se os seguintes trechos, de maior interesse para o presente estudo:

I – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II – [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

A tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis em relações jurídicas dessa natureza [*relações entre particulares*] tem em conta, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. É intuitivo que, quando se vislumbra os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade dos indivíduos – torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isso ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou público.

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares,

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 201.819-8/RJ. T2. rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27/10/2006.



no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema jurídico nacional estabelece restrições à autonomia da vontade do empregador diante de casos em que a sua conduta caracteriza-se pela nota da abusividade ou discriminação, a refletir, sob essa lente de visão, ameaça ou desrespeito a direitos fundamentais reconhecidos ao trabalhador, os quais integram as esferas de alcance da sua dignidade, como são exemplos maiores os direitos à saúde, à previdência e à assistência.

5 NULIDADE DA DISPENSA DO TRABALHADOR ADOENTADO: CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA ABUSIVA E DISCRIMINATÓRIA

À toda evidência, deve-se considerar *nula* a rescisão do contrato laboral na hipótese de se verificar que foi baseada em *exame médico* cujo conteúdo exposto no respectivo atestado de saúde era inverídico, por registrar a "*aptidão*" físico-psíquica do trabalhador, quando, na realidade, havia a presença de *sintomas de doença relacionada ao trabalho*.

O quadro exposto retrata *vício insanável* na rescisão contratual, de molde a ensejar a *declaração da nulidade* do respectivo ato, e, por efeito, a possibilidade de retorno do trabalhador ao *status quo ante*, ou seja, à condição de empregado, mediante a necessária reintegração.

Anote-se que, tivesse a empresa atestado a existência ou a continuidade da doença apresentada pelo trabalhador, estaria *vedada* a possibilidade de demissão, dado que o ordenamento jurídico não admite tal iniciativa, nesta hipótese de detecção de enfermidade, diante da inequívoca proteção exigida ao direito fundamental à saúde do empregado, naquele momento vulnerável e exposto à condição de desfavorabilidade.

Dessa maneira, evidenciando-se que a existência de doença acometendo o trabalhador representa *fato impeditivo* do poder potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho, tem-se que a *dispensa* realizada nestas circunstâncias reflete a *abusividade* no exercício do próprio ato e estampa o teor *discriminatório* em face do empregado dispensado, em razão de encontrar-se adoentado.

E assim se proclama, uma vez que a realidade tem confirmado, tristemente, que o trabalhador vítima de problemas de saúde, por não poder atender às exigências impostas pelo empregador – principalmente no tocante à produtividade –, ingressa no rol dos "*descartáveis*", daí decorrendo, no mais das vezes, a decisão de sua dispensa, respaldada na *omissão do exame médico demissional* a respeito da enfermidade ou dos seus sintomas, e, assim, concretizando-se a violação e o prejuízo direto à vida e à saúde do empregado.

Não se ignore a crueza dos fatos: trabalhador adoentado no serviço tem-se transformado em *peça rejeitada*. E o termo que se presta a traduzir esta condição é: *trabalhador descartável*. Um ser humano tratado como um produto ou material que, utilizado à exaustão – e, por isso, considerado já sem condições de uso intenso –, em seguida, é rejeitado e condenado à inutilidade.



O sistema jurídico, nesse contexto, tem de apresentar respostas vivas, coerentes e eficazes, de maneira a impedir que o direito da empresa de rescindir o contrato constitua meio velado de discriminação do trabalhador vítima de *doença* provocada pelas condições de trabalho impostas, e que lhe gerou a redução ou mesmo a exclusão, nos casos mais graves, da capacidade produtiva e da possibilidade de exercer atividades laborais.

No rumo apontado por tal diretriz, é importante destacar a disposição do art. 118 da Lei nº 8.213/91, que, ao tratar dos benefícios de natureza previdenciária, introduz garantia de preservação do contrato do empregado que sofreu acidente do trabalho. Assim estatui a referida norma:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

É por tudo isso que, no universo da Justiça do Trabalho, tem-se observado a evolução firme e positiva da interpretação congruente com a tutela ao direito à saúde do trabalhador, a exemplo do que estampam os seguintes acórdãos:

A despedida é obstativa, depois que manifestada a doença no organismo da empregada, pois a impede de usufruir dos benefícios previdenciários. Inteligência do art. 476 da CLT. (...) Assim, é arbitrária a despedida do empregado enfermo que vê frustrado com esse ato o seu direito protegido por lei³.

ATO DISCRIMINATÓRIO. LEI Nº 9.029/95. READMISSÃO. Constitui-se, sem dúvida, ato discriminatório, a dispensa imotivada de empregado apenas porque esteja sofrendo problemas de saúde (cisticirrose), uma vez que a Lei nº 9.029/95 protege todos os empregados, sem distinção, de práticas discriminatórias limitativas do acesso à relação de emprego, ou à sua manutenção. A norma legal deve ser interpretada no contexto protetivo ao hipossuficiente, princípio que dá suporte e é a própria razão do Direito do Trabalho. Verificada a prática discriminatória, impõe-se na espécie, conforme pedido, a readmissão do empregado com o ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante o pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais (art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.029, de 13.04.95)⁴.

Reafirma-se, então, que a conduta irregular da empresa, quando emite, por

³ TRT 2ª R-7ª T., RO 02.960.145.695, Rel Braz José Molica, DJ 28/03/1996

⁴ TRT 9ª R - RO 562/97, 2ªT, Ac. 28.527/97, Rel Juiz Arnor Lima Neto, DJ-PR 24.10.97



meio do médico contratado, atestado de saúde inverídico de *aptidão do empregado* – documento obrigatório para se proceder à rescisão contratual (art. 168, II, da CLT; itens 7.4.1 e segs. da NR 07) –, não apenas desborda das fronteiras da licitude, mas igualmente da boa-fé, da equidade e da razoabilidade exigida no exercício de qualquer direito. Por isso, a prática dessa conduta, atrelada à conseqüente dispensa injusta do trabalhador, resulta no enquadramento do ato como *abusivo e discriminatório*, revelando, em todas as cores, a sua *nulidade*.

Atento à ocorrência desses casos, o Juiz do Trabalho Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 397-398) assim expõe, em obra de referência sobre a matéria:

Há, porém, situações, em que o preconceito não está na inadequada avaliação da relação lógica entre uma característica da pessoa e a finalidade pretendida. Ele se expressa na desvalor à pessoa humana e na desconsideração do valor social do trabalho que, baseando-se na característica de fato existente, se pretende levar a efeito.

É o que ocorre, por exemplo, na despedida discriminatória por motivo de doença do empregado, ainda que não esteja suspenso o contrato em razão de incapacidade laborativa e mesmo que não se trate de doença decorrente do trabalho.

Trata-se de casos em que a doença, embora não seja, num dado momento, de todo incapacitante para o trabalho, produz de fato uma série de limitações, exige o afastamento de determinadas tarefas, há o risco do agravamento do quadro de saúde, além de, quando a doença tem ligação com o trabalho, chamar a atenção, no ambiente da empresa, para os riscos do trabalho e para a necessidade de integral cumprimento das normas de qualidade de vida do trabalhador.

Nessas condições, isso poderá efetivamente afetar a produtividade ou o custo da produção. *Todavia, em que pese a legitimidade do interesse do empregador em obter maior produtividade e menor custo, que poderiam ser afetados, é ilegítimo, também do ponto de vista constitucional, que pretenda fazê-lo mediante a instrumentalização negadora da dignidade da pessoa do empregado e em violação de suas obrigações para com a valorização do trabalho humano e a justiça social* (art. 170, caput, da CF).

Não obstante, são recorrentes os casos em que o empregador, em função da debilitação da saúde do empregado, aproveita o momento para discriminá-lo como pessoa de menor valor – e aí o preconceito –, despedindo-o. Na verdade, está negando sua igual dignidade como pessoa por considerá-la apenas um instrumento produtivo, mera força de trabalho. [grifos acrescidos]

Frise-se que o *abuso de direito* está previsto no novo Código Civil, em seu artigo 187, ao prescrever que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico



ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Tome-se, no ponto, a lição autorizada do magistrado Sérgio Torres Teixeira (1998, p. 161-162, 164, 304, 307), para quem

A despedida abusiva corresponde a um ato unilateral do empregador, pelo qual este resile o contrato individual de trabalho por motivo não apenas arbitrário, mas essencialmente anti-social, caracterizando o abuso de direito. [...] A dispensa abusiva, pois, vai além da despedida arbitrária, por caracterizar o exercício irregular de um direito previsto em lei, de forma a contrariar a sua finalidade social, e que, em virtude dos efeitos nocivos causados pelos respectivo excesso, enseja a anulação do ato resilitório.

Diz mais, em complemento:

O direito de despedir, mesmo sendo um legítimo direito do empregador, somente mantém tal *status* no plano empírico quando legitimamente exercido. Direito potestativo não equivale a direito absoluto. Mesmo o direito como o de despedir, cuja prática pelo empregador independe da vontade do empregado, exige, para o seu válido exercício, a observância das diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico, de acordo com a sua função social, sob pena de ser enquadrado como abuso de direito. [...]

Aplicado o direito de forma irregular e de modo anti-social, a anormalidade do seu exercício torna ilícito um direito originalmente legítimo. Apesar de lícito no seu estado abstrato, o direito se tornou viciado durante o processo de sua concretização, ao contrariar interesses superiores que devem guiar o seu exercício. [...]

Exercido o direito de despedir de forma anti-social, de modo contrário à sua finalidade, configura-se o abuso de direito pelo empregador, e, conseqüentemente, surge a chamada dispensa abusiva. [...]

Dispensa abusiva, portanto, constitui despedida anulável. Exercido o direito de despedir de forma abusiva, em violação a princípios de observação obrigatória, o ato resilitório se torna suscetível de anulação.

Registre-se também, pela sua relevância no âmbito do sistema constitucional, a disposição do art. 3º, IV, da Carta Magna, ao fixar como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”, e, também, do art. 5º, *caput*, contudente ao prever que “todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*”, e, do seu inciso XLI, prescrevendo que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Veja-se, outrossim, o teor do art. 7º, XXXI, na mesma linha, a especificar a proibição “de



qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Merece destaque, igualmente, a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, da qual é o Brasil signatário, incorporada ao direito doméstico, por meio do Decreto Legislativo n.º 104, de 24.11.1964, sendo ratificada em 26.11.1965, promulgada pelo Decreto n.º 2.150, de 19.01.1968, e vigente desde 26.11.1966. Trata-se do principal instrumento normativo internacional que versa sobre o tema da discriminação no trabalho, inserido devidamente em nosso sistema jurídico, estando pleno vigor. Do seu artigo 1º, colhe-se a seguinte disposição:

Art. 1º. Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

6 EFEITOS JURÍDICOS DA NULIDADE DA DISPENSA

É a Lei n.º 9.029/95 que explicita, em seu art. 1º, na esteira do que prevêem as normas constitucionais, a proibição quanto à “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, *ou sua manutenção*, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade [...]”. E, no **art. 4º**, estabelece-se expressamente:

Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Dessa maneira, sendo *nula* a rescisão do contrato, por encontrar-se o trabalhador adoentado, refletindo-se o abuso do direito da empresa de extinguir a relação de emprego e a conotação discriminatória emergente do próprio ato, o efeito jurídico decorrente do reconhecimento dessa circunstância é, nos termos da mencionada lei



(art. 4º da Lei n.º 9.029/95), a garantia de sua *reintegração no emprego*, admitindo-se, de forma alternativa, se inviável o retorno do empregado, a *percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento*, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Mais uma vez, registra-se o irretocável magistério doutrinário de Sérgio Torres Teixeira (1998, p. 311-312) ao sentenciar:

Hodiernamente, um empregado 'não estável' poderá obter judicialmente a anulação de sua dispensa, se comprovar que a mesma resultou do exercício abusivo do direito de despedir pelo seu empregador.

Demonstrando ao julgador a ocorrência de abuso de direito, pelo qual a rescisão contratual ocorreu em violação a princípios de observação obrigatória, mesmo o empregado que não desfruta de estabilidade jurídica poderá obter do Estado-Juiz a sua *reintegração no emprego*. Para tanto, basta a comprovação da prática de dispensa abusiva, ou seja, suficiente é a demonstração do abuso do direito de despedir pelo empregador. (...) *É o exercício abusivo do direito de despedir, revelado pela causa motivadora do ato resilitório, portanto, que gera a anulação da dispensa. E é esta sanção, por sua vez, que enseja a reintegração do empregado.* [grifos acrescidos]

No mesmo passo, Edilton Meireles (2004, p. 215) expõe que, diante de despedida do empregado decorrente de prática abusiva, tem-se o próprio ato de rompimento contratual nulo, daí porque, a princípio, "o empregado deve ser reintegrado". E fundamenta:

Em tais hipóteses, considerado o abuso do direito de romper unilateralmente, tem-se como nula a despedida injusta, determinando-se a reintegração no emprego. A reintegração, por sua vez, decorre do fato de o contrato não ter sido rompido validamente, partindo-se do pressuposto de que o ato abusivo, enquanto nulo, não gera nenhum efeito. Como não gera qualquer efeito, é lógico concluir que o contrato de emprego continua em sua vigência. Assim, o retorno ao *status quo ante*, diante da nulidade, é o restabelecimento do vínculo empregatício.

Em derradeira anotação, mais uma vez é obrigatória a referência às seguintes decisões paradigmas da Justiça do Trabalho, em casos em que se assegurou o *direito à reintegração* de trabalhador adoentado demitido sem justa causa, por força do reconhecimento da conduta abusiva e discriminatória:

PORTADOR DO VÍRUS HIV. DESPEDITO INJUSTO. PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO.

O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como



tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de conseqüência, sua reintegração⁵.

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO 'AIDÉTICO'.

Empregado que, na vigência do contrato de trabalho, desenvolve a da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA, passa, certamente, a ser marginalizado, cabendo ao empregador proporcionar-lhe os encaminhamentos legais para que possa gozar de assistência médica devida. No caso, a dispensa imotivada, por si só, reveste-se de ato discriminatório, que lhe fecha as portas do mercado de trabalho, em detrimento da isonomia inserta no artigo 5º da CF⁶.

É esse, portanto, o enquadramento jurídico que se impõe conferir à rescisão contratual injusta do trabalhador adoentado, sob pena de, em um Estado que se proclama Democrático e de Direito, contemporizar-se com a violação insidiosa do sistema de tutela jurídica à saúde do trabalhador, a relegá-lo a uma condição indigna de *descartabilidade*, diante da ausência de uma *proteção efetiva* a direitos de natureza fundamental.

7 CONCLUSÕES

- (a) O direito do trabalhador à saúde, pela sua reconhecida fundamentalidade, é condição inerente ao imperativo respeito à dignidade humana, conferindo-lhe o ordenamento jurídico-constitucional especial tutela (arts. 1º, III, 5º, *caput*, 6º, 7º, XXII, 200 e 225);
- (b) É dever constitucional do empregador, de um lado, abster-se de praticar qualquer conduta lesiva à saúde física ou psíquica do trabalhador, e de outro, adotar todas as medidas necessárias à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, em conformidade com as normas aplicáveis e tendo em consideração as condições efetivas em que o labor é realizado;
- (c) A violação ao direito fundamental à saúde do trabalhador, configurada pelo seu adoecimento, motivado pelas condições de trabalho existentes na empresa, gera conseqüências efetivas, não apenas no campo da responsabilização pela reparação dos danos sofridos (morais e/ou materiais), mas também com relação aos efeitos incidentes sobre a própria relação jurídico-laboral, no sentido da sua manutenção e continuidade;
- (d) É condição essencial para concretizar-se a rescisão do contrato laboral por iniciativa da empresa, a realização de exame médico demissional no trabalhador, a fim de atestar a sua efetiva aptidão físico-psíquica (art. 168, II e § 1º da CLT; itens 7.4.1 e seguintes da NR 07);
- (e) O exame médico demissional deve registrar, obrigatoriamente, a condição e

⁵ TRT 3ª R, RO Nº 16.691/1994, Juiz Levi Fernandes, DJ-MG 05.09.1995

⁶ TRT 15ª R, REO-035.697/98-6, Ac. Nº 34.078/99, Juiz Antonio Lazarim



estado de saúde apresentado pelo trabalhador, explicitando a existência de sintomas ou seqüelas decorrentes de doença relacionada ao trabalho, responsabilizando-se o empregador por eventual omissão, manipulação, falsidade ou qualquer outro vício detectado no procedimento;

- (f) O sistema jurídico consagra limitações ao poder potestativo do empregador de rescindir o contrato laboral, vedando a dispensa de natureza abusiva e/ou discriminatória, e que de qualquer modo traduza violação a direitos fundamentais do trabalhador, como é exemplo a despedida arbitrária de empregado adoentado (CF, art. 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, 7º, XXXI; Convenção nº 111 da OIT, art. 1º; Lei nº 9.029/95);
- (g) É nula a rescisão do contrato se vier a ser demonstrado que o trabalhador apresentava sintomas ou seqüelas de doença, circunstância omitida no exame médico demissional, porquanto a existência da enfermidade constitui fato impeditivo da extinção da relação de emprego, por iniciativa da empresa;
- (h) O reconhecimento da nulidade da rescisão do contrato do trabalhador adoentado, pelo seu teor abusivo e discriminatório, enseja o direito à reintegração no emprego, entendimento hoje consagrado pelo magistério doutrinário e também pela jurisprudência mais atualizada dos Tribunais Trabalhistas, podendo-se ainda admitir, de forma alternativa, se inviável o retorno do empregado, o direito à percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais (art. 4º da Lei nº 9.029/95).

REFERÊNCIAS

DAL-RÉ, Fernando Valdés. La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado. *In: O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Coord. Sebastião Vieira Caixeta e Juliana Vignoli. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Proteção à relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. São Paulo: LTr, 2004.







**ESTADO E GLOBALIZAÇÃO:
RÉQUIEM PARA O SÉCULO XX**

José Luiz Borges Horta
Doutor pela UFMG e Professor da
Pós-graduação da UFMG

*Para Joaquim Carlos Salgado, nos dez anos da publicação
de seu O Estado Ético e o Estado Poiético.*

SUMÁRIO

1. O século XX e suas fragilidades. 2. Contra o Estado, a globalização. 3. A deserção do Estado de Direito: para onde vamos? Referências.

"A doutrina do Estado de Direito é provavelmente o patrimônio mais relevante que, hoje, nos inícios do terceiro milênio, a tradição política européia deixa em legado à cultura política mundial". *Danilo Zolo*¹

1. O século XX que emerge do segundo pós-guerra é o século do medo, do risco e da desesperança:

A presença da catástrofe traumatizou nossos dias. Se o século XX teve seu início marcado pelas hostilidades da guerra de 1914, o Terceiro Milênio anunciou-se prematuramente em Hiroshima e Nagasaki. Sensação difusa, do risco larvado, insegurança que espregueira em todos os instantes².

Após as loucuras insanas e grotescas do anti-semitismo, o fantasma das irresponsáveis bombas atômicas de Truman pairou sob o século, apavorando gerações; a proporção do crescimento global dos gastos militares faria com que Eisenhower afirmasse, ao final de seu governo, em 1961, que o mundo é governado pelo complexo industrial-militar³.

O Estado, em permanente estado de beligerância, era cada vez mais caro, garantindo um desenvolvimento sem precedentes da indústria bélica; as potências emergentes de Yalta, após retalharem a Europa em zonas de influência, disputam palmo a palmo do Ocidente. Ao tempo em que, do ponto de vista formal, concedia-se independência às colônias européias mundo afora, destruindo de vez o império onde o Sol jamais se punha, a velha influência européia (sobretudo britânica e francesa) cede vez ao alinhamento coativo dos países ou com a potência de Hollywood ou com o ouro de Moscou. É o *colonialismo ideológico*, que garante mercados às potências centrais do 1º Mundo, capitalista, e do 2º Mundo, socialista. O *gentleman* é vencido pelo *cowboy*, o *gauche* pelo *tovarich*. Novos bárbaros dividem o mundo.

Os gigantes do Norte enveredam em gastos militares sem qualquer precedente: a cada passo dado por Washington, custeado pelo êxito econômico e pela habilidade financeira em extorquir os Estados de sua zona de influência, mediante uma

¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito*; história, teoria, crítica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 51.

² DINIZ, Arthur José Almeida. A crise de nossos dias. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. XXVII, n. 21, maio 1979, p. 308.

³ As expressões originais integraram o discurso de despedida do General EISENHOWER da Presidência da República dos Estados Unidos da América do Norte, em 17.01.1961, e pode ser facilmente consultado em: EISENHOWER, Dwight David. Farewell address. In: http://en.wikisource.org/wiki/Eisenhower%27s_farewell_address, acesso em 20.01.2008; *verbis*: "In the councils of government, we must guard against the acquisition of unwarranted influence, whether sought or unsought, by the military-industrial complex. The potential for the disastrous rise of misplaced power exists and will persist. We must never let the weight of this combination endanger our liberties or democratic processes. We should take nothing for granted. Only an alert and knowledgeable citizenry can compel the proper meshing of the huge industrial and military machinery of defense with our peaceful methods and goals, so that security and liberty may prosper together".



política externa usurária que garroteava os endividados, Moscou revidava, condenando o sucesso da experiência socialista. Com Reagan, e sua *guerra nas estrelas*, Gorbatchov afinal capitulou. Com transparência (*glasnost*), pretendeu reestruturar (*perestroika*) a União Soviética. Décadas de opressão o impediram.

Em 1989, cai o Muro de Berlim, que dividira a antiga capital germânica entre russos e ocidentais. A vitória financeira do Ocidente é cantada como o fim da história⁴. O ocaso do socialismo real é o triunfo da livre iniciativa e do lucro, renovando velhas fórmulas de conquista de mercados. A burocracia financeira internacional, outrora atuante no 3º Mundo, desfila ágil pelo planeta. Compromete-se o futuro, consumindo recursos naturais sem qualquer limite; polui-se o ambiente das gerações vindouras:

As firmas multinacionais (*global corporations*) preparam-se para colonizar não mais o planeta, pois esse já foi programado, explorado e enxovalhado... desejam colonizar o futuro. Os grandes dirigentes das firmas globais tentam jogar as cartadas definitivas para as gerações futuras⁵.

2. Há pressa em estabelecer a *pax americana*:

Muitas vezes, a tão elogiada globalização se reduz a mero disfarce de novo imperialismo, gerado pelo domínio e a posse dos mais avançados processos técnicos de produção e distribuição das riquezas por parte dos países na vanguarda da civilização cibernética⁶.

Já em 1989 a fera afia as garras:

O consenso de Washington não foi fruto de uma conspiração do FMI/Banco Mundial com o governo norte-americano. Com o esfacelamento final da União Soviética e a imposição absoluta da hegemonia norte-americana, o Consenso de Washington não foi nada mais do que a sistematização e a generalização de uma receita já testada e praticada muito precocemente na América Latina, no Chile do general Pinochet, e, em termos mundiais, nos Estados Unidos e Grã-Bretanha pelos governos Reagan e Thatcher. Como se sabe, a expressão Consenso de Wa-

⁴ A expressão *fim da história* é furtada a Hegel por Francis Fukuyama, que a ela dá conteúdo empírico de verificação positiva. Bernard Bourgeois, celebrado hegelianista, dedica um interessante ensaio ao tema, no qual cuida da diferença entre o fim como termo, como final, e como meta, como destino. A História em Hegel, para Bourgeois, é tanto final quanto finita, e portanto o fim da história estaria sempre por vir. [Cf. BOURGEOIS, Bernard. *Hegel; os atos do espírito*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 161-173; FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.] O fim da história, em Hegel, é o ponto de chegada em que estamos, momento dialético, e portanto jamais estático. A História termina aqui, mas continuará a terminar, se desdobrando dialeticamente, nos amanhãs.

⁵ DINIZ, A crise de nossos dias, *op. cit.*, p. 328.

⁶ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 75.



shington surgiu num encontro organizado em Washington, em novembro de 1989 [...] O economista John Williamson — que foi uma espécie de relator do encontro, cunhou o termo ‘Consenso de Washington’ e, posteriormente, editou os principais trabalhos ali apresentados — não por acaso já havia integrado o Departamento de Economia da PUC/Rio (1978-1981)⁷.

Como outrora, a abertura total dos portos é um imperativo; a soberania é reduzida a um conceito paradoxal; assevera Bonavides:

O principal temor suscitado pelas multinacionais prende-se ao ponto de vista político, no proclamado fim da *soberania*, a extinção do Estado Nacional, a substituição desse ator no palco da história por novos protagonistas que, desprezivelmente, estariam preparando o advento de uma convivência universal debaixo de novos imperativos econômicos⁸.

Reale alerta que “a *globalização* tende a eliminar a interferência do Estado na economia tornada transnacional”⁹:

O desaparecimento do Estado não interessa às nações emergentes, as quais somente lograrão preservar o que lhes é próprio, assim no campo da cultura como no de suas reservas naturais, se o Estado Nacional continuar a desempenhar um papel essencial de moderador, no entrechoque das reivindicações internacionais [...] Há, ademais, um *imperialismo difuso* que afronta até mesmo as instituições estatais mais poderosas. [...] São fatos como esses que robustecem a tese da imprescindibilidade dos Estados Nacionais¹⁰.

Sabemos muito bem quão cara e difícil é a defesa da soberania e do Estado, em temos como os nossos. É muitíssimo mais fácil (e *up to date*) proclamar o fim do Estado-nação, a derrocada da soberania e o império da sociedade civil e de seu reino das necessidades fúteis que retomar o debate em torno do papel do Estado e da política: “Não se fala mais em Estado, mas em sociedade, sistema político, governo, governança”¹¹, lamenta Gilberto Bercovici, seminal pensador que chamou a si a tarefa de combater a despolíticação do Direito, e acaba de lançar o provocador e vibrante *Soberania e Constituição*.

⁷ GOMES, Luiz Marcos. *Os Homens do Presidente*. São Paulo: Viramundo, 2000, p. 9.

⁸ BONAVIDES, Paulo. As Multinacionais e a Desnacionalização do Estado e da Soberania. In: *Reflexões*; política e direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 338, *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 90.

⁹ REALE, *O Estado Democrático de Direito...*, cit., p. 39.

¹⁰ REALE, *O Estado Democrático de Direito...*, cit., p. 75-6.

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*; para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 18.



A globalização, hoje, é um poderoso fato histórico, podendo tanto gerar posturas colaboracionistas, quanto democráticas resistências¹²; é um jogo desleal, no entanto: “A globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios”¹³.

A reação, no entanto, terá de ser impedida; o Estado, assim, é cantado como o vilão dos povos, e enfraquecido com todos os argumentos possíveis; seu tamanho e sobretudo seu custo terão de diminuir, necessariamente. (Para tanto, nunca os povos em desenvolvimento transferiram tantos recursos aos cofres internacionais; as somas, no caso brasileiro, envolvem centenas de bilhões de dólares, quando na década de 1980 bastariam cem bilhões para pagar toda a dívida do Brasil¹⁴). Não pode haver espaço, nem recursos, para o enfrentamento da globalização; espolia-se o Estado: “A *crise financeira* — ou de financiamento — do Estado parece estar por trás de todas, ou da maioria, das críticas que se fazem a ele e das propostas de sua revisão”¹⁵.

O mito do Estado caro (entre nós, *e. g.*, há uma expressão de almanaque: custo Brasil) e o horror ao funcionalismo público são repetidos à exaustão; é a velha crítica ao Estado social. No Brasil, evidentemente, impunham-se correções aos excessos, sobretudo decorrentes da cultura presidencialista; mas o ataque à imagem do serviço público é ardilosamente falacioso. Envereda-se pelo caminho *estatofóbico*:

No entanto, é no início da década de setenta que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão. A própria crise econômica no bojo da qual ainda nos encontramos coloca em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico, bem como a oposição antitética entre a técnica e a política. O estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas¹⁶.

O horror à presença do Estado na economia não tem fundamento lógico,

¹² Joaquim Carlos Salgado desenvolve juridicamente o tema da globalização, em termos de uma resistência aplicada ao Direito em seu SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 47-62, jan./jun. 2004.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial; a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 139.

¹⁴ O celebrado jornalista Sebastião Nery oferece dados estarrecedores, inclusive acerca do custo, em termos de aumento da dívida interna, gerados pelas aquisição de dólares para cacifar as reservas brasileiras e anunciar a retórica liquidação da dívida externa brasileira; segundo Nery, a dívida interna brasileira atinge em 2008 a inacreditável cifra de 790 (setecentos e noventa) bilhões de dólares: NERY, Sebastião. Os donos dos ovos. *Tribuna da Imprensa*, Rio de Janeiro, sábado e domingo, 22 e 23 de março de 2008, in <http://www.tribuna.inf.br/coluna.asp?coluna=nery>, acesso em 23.03.2008.

¹⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Estado Democrático de Direito e Neoliberalismo no Brasil. Algumas interrogações. *Seqüência*, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, a. 15, n. 29, dez. 1994, p. 49.

¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 3, maio 1999, p. 481.



como bem comenta Salgado:

Grave decisão política encaminhada pelo aparelho burocrático foi a da falácia da privatização emocional e generalizada. Falácia por que não encontra fundamentação lógica. Se a empresa estatal é viável, então o administrador tem de administrá-la bem, a menos que não tenha competência para fazê-lo; se não é viável, nenhum particular a comprará. Então, socorre-se de uma falsa generalização: o Estado é mau administrador. No entanto, vários licitantes nas privatizações [brasileiras] são estatais de outros países. Além da falácia, ocorre ainda uma ação política não ética. Aliena-se um gigantesco patrimônio construído durante décadas, sem consultar o seu titular e apenas com avaliações formais¹⁷.

Como registra, para lamento da história, o *Plano Diretor da Reforma do Estado* brasileiro, "a redefinição do papel do Estado é um tema de alcance universal nos anos 90"¹⁸.

3. A guerra ao Estado de Direito dá-se em três frentes de batalha: a ofensiva ao próprio Estado, o ataque ao Ordenamento Jurídico e o esfacelamento federativo.

O *anti-estatalismo* é, de longe, o movimento mais bem articulado. Animado por verdadeira *estatófobia*, e por todo tipo de demagogia, vale-se de teorias como a de Jürgen Habermas, sociólogo conhecido pela intensa presença de suas sacerdotisas entre nós, na América Latina, e de práticas como as de Luiz Carlos Bresser Pereira, ex-Ministro de Estado. Aliás, em tese de livre-docência, Habermas propõe reconhecer-se uma *esfera pública*, que não se confundiria nem com o mercado, nem com o Estado¹⁹.

Nelson Saldanha possui um interessante estudo antropológico²⁰ sobre a diferente apropriação, na cultura, dos espaços privados e públicos. Na imagem do *jardim* e da *praça*, traduz o privado e o público. Entre um e outro, parecem os neoliberais propor uma esfera intermediária; na perspectiva inspirada por Nelson Saldanha, talvez se referissem às *feiras livres*, realizadas no espaço coletivo, mas sem qualquer controle do Estado (e, claro, gerando apropriação privada de bens e recursos: lucro).

A lógica peculiar da pseudo-publicização é informada pelo tradicional *princípio da subsidiariedade*, ao qual, já em 1967, José Pedro Galvão de Souza se

¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998, p. 64

¹⁸ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995, p. 14.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*, apud SOUZA, Jessé. *A Modernização Seletiva*; uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora UnB, 2000, p. 59-60.

²⁰ SALDANHA, Nelson Nogueira. *O Jardim e a Praça*; o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993.



referia, lembrando sua origem religiosa²¹. Explica José Alfredo de Oliveira Baracho:

Oriundo da doutrina social da Igreja, no século XX, o princípio de subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é capaz de fazer, com eficácia, a uma sociedade menor²².

Assim, não há que preocupar-se o Estado, se a sociedade pode fazer:

O princípio de subsidiariedade aplica-se em numerosos domínios, seja no administrativo ou no econômico. [...] Compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado²³.

Em conferência intitulada *Reengenharia do Estado*, Baracho descreve o fenômeno²⁴: Estado subsidiário, princípio da eficiência, qualidade, produtividade e avaliação no setor público. Não basta tornar a atuação estatal mero complemento do que a sociedade deve realizar por si; é preciso estabelecer padrões técnicos de funcionamento do aparelho estatal.

(A subsidiariedade, no campo do federalismo, reduz a União em prol dos estados, e os estados em prol dos municípios; o fenômeno da *municipalização*, assim, é em tudo legatário do processo de desmonte do Estado de Direito.)

A diluição do Estado na sociedade, diminuindo seu impacto sobre o campo social e o campo econômico, dá-se de vários modos. Luís Roberto Barroso, aliás, aponta como recentes transformações substantivas da ordem econômica brasileira: a *extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro*, a *flexibilização dos monopólios estatais* e a *privatização*²⁵.

A rigor, o apelo é dirigido à cidadania no sentido de que ela assuma *fora do Estado* a responsabilidade pelo equacionamento dos problemas sociais; é a *deserção do Estado de Direito*, em prol de conceitos demagogicamente construídos.

A íntima conexão entre o pensamento indubitavelmente neoliberal de Bresser e o pretenso pensamento progressista de setores de nossa esquerda (talvez, inspirada em Habermas) é evidente: há inclusive uma obra coletiva tratando

²¹ SOUSA, José Pedro Galvão. *Iniciação à Teoria do Estado*; roteiro de princípios. São Paulo: Bushatsky, 1967, p. 113-120.

²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade*; conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995, p. 75.

²³ BARACHO, *O Princípio de Subsidiariedade*, cit., p. 45.

²⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Reengenharia do Estado*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1995. (Aula inaugural).

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20-1. Um bom roteiro para a compreensão dos meandros do processo de destruição do pacto econômico estabelecido em 1988 é BORGES, Alexandre Walmott. *A Ordem Econômica Financeira da Constituição & os Monopólios*; análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999. Curitiba: Juruá, 2002.



do “potencial democratizador da esfera pública não-estatal”, intitulada *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*²⁶, cujo temário contempla organizações não-governamentais e inovações na democracia participativa, incluindo o (sucesso de marketing) orçamento participativo. São faces da mesma moeda — a minimização do Estado, cingido, como se vê, ao plano da juridicidade (já que a sociedade civil e a esfera pública assumem as prestações positivas — com polpudos recursos estatais, claro). Triste do sistema em que o mercado e a sociedade possuam autonomia frente ao Estado; é ele o vaticínio dos neoliberais.

Por outro lado, o ceticismo frente ao Estado gera a descrença no Direito, e em especial no papel ordenador do Ordenamento Jurídico; não tardam os arautos de pluralismos já superados no ingresso na Modernidade. A concessão de um maior âmbito de participação dos cidadãos como *atores* no processo de construção da juridicidade tem como corolário a flexibilização das normas positivas (e isto é, pasme-se!, considerado vantajoso); é o momento da *flexibilização*, tomada como uma diminuição do campo de abrangência ou de domínio do Direito²⁷.

A sincera crença na sociedade civil como capaz de resistir ao mercado e aos horrores da globalização é o ópio das esquerdas neoliberais. Os desertores da causa do Estado de Direito correm apavorados e refugiam-se no plano local, ingenuamente acreditando nos municípios, nas organizações autônomas, nas organizações não-governamentais. (O apego desesperado à localidade traz ainda custos imensos para o país, desestabilizando a federação, obrigado-a a arcar com os gastos públicos de entes federativos de segunda classe.)

Todo o complexo contexto fático do Estado democrático de Direito é representado na expressão *Estado poiético*, que Joaquim Carlos Salgado propõe, a partir do grego *poiein* (fazer, produzir)²⁸: é o Estado que rege-se pela lei econômica do superávit e do lucro: “O Estado Poiético é a ruptura no Estado Ético contemporâneo que alcançou a forma do Estado de Direito”²⁹.

A ênfase na *poiese* implica em tornar secundária a *ratio* ética do Estado de Direito:

O elemento central e essencial do Estado de Direito é postergado, pois o jurídico, o político e o social são submetidos ao econômico. O Estado poiético não tem em mira a ‘produção social’. Entra em conflito com a finalidade ética do Estado de Direito, abandonando sua tarefa de realizar os direitos sociais (saúde, educação, trabalho), violando os direitos adquiridos, implantando a insegurança jurídica pela manipulação sofisticada dos conceitos jurídicos através mesmo de juristas com ideologia

²⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, GRAU, Nuria Cunill (org). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, *apud*: <http://www.bresserpereira.org.br/books/8livro.htm>, 16.02.2002.

²⁷ Há um trabalho vasto e amplo de FABRÍCIO MATOS sobre o tema: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

²⁸ SALGADO, O Estado Ético..., *op. cit.*, p. 42-3.

²⁹ SALGADO, O Estado Ético..., *op. cit.*, p. 54.



política serviente, exercendo o poder em nome de uma facção econômico-financeira³⁰.

Paulo Bonavides anuncia o ingresso do país na era dos *golpes de Estado institucionais*, perpetrados pelas forças neoliberais da globalização (o tamanho da citação simboliza a força do ataque ao Estado de Direito):

Assim, por exemplo, quando intenta — e em alguns casos já fez — desnacionalizar a ordem econômica, despedaçar o Estado, abdicar da soberania nos acordos lesivos ao interesse nacional, promover a recessão, perseguir com emendas inconstitucionais e medidas provisórias o corpo burocrático da administração pública, cercear direitos adquiridos, arruinar o pequeno e médio empresário, esparzir o medo e o sobressalto na classe média, diminuir o crédito ao produtor rural, elevar à estratosfera a taxa de juros, esmorecer a reforma agrária, confiscar o bolso do contribuinte com novos impostos, fazer da reforma tributária um engodo e da reforma administrativa uma falácia, conduzir o trabalhador ao desespero, praticar, sistematicamente, uma política de desemprego que, levando a fome ao lar de suas vítimas, desestabiliza a ordem social, abater as autonomias estaduais e municipais, mediante mudanças na Constituição que afetam os entes federativos e só fortalecem a União, semear a descrença do povo na melhoria de sua qualidade de vida pela brutal indiferença com que trata a questão social, estabelecer o retrocesso político nas instituições republicanas com a reeleição presidencial, desestruturar o ensino público e comprimir, com indigência de meios financeiros, a autonomia universitária, abrir, sem freios, o mercado à voracidade dos capitais especulativos de procedência externa, que ameaçam de mexicanização a economia brasileira, descumprir oito artigos da Constituição que regem interesses fundamentais das Regiões, o que ocorre na medida em que sua política do Mercosul acelera os desequilíbrios regionais no País e, finalmente, jungir o Brasil a uma política de sujeição externa vazada na obediência aos interesses da chamada globalização econômica³¹.

(É importante anotar, em relação aos mandatos presidenciais de 2002-2010, a dualidade da política governamental brasileira. No plano internacional e estratégico, há um êxito colossal, com a ênfase em uma diplomacia no Eixo Sul-Sul, que eleva o Brasil a foros de liderança global³². Já no plano nacional, o Governo Federal marginaliza, oprime e escraviza brasileiros que, aferrados ao Bolsa Família, reproduzem a

³⁰ SALGADO, O Estado Ético..., *op. cit.*, p. 58.

³¹ BONAVIDES, *Do país...*, *cit.*, p. 139.

³² Um panorama excelente acerca do papel externo que o Brasil pretende exercer é apresentado em GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios brasileiros na era dos gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.



dominação ancestral do coronelato³³ em verdadeiro neo-pós-coronelato.)

Já é tempo de retomarmos o político, e de recebê-lo como razão fundante do jurídico. E retomar o político implica enfrentar, de modo vigoroso e combativo, o consenso nefasto do neoliberalismo globalizante e estatofóbico, construindo (ou reconstruindo) um discurso consistente acerca da importância do Estado para o destino humano.

Recolocado o Estado em sua centralidade diante do fenômeno jurídico, podemos superar a triste hora final do século XX, proclamar o ocaso do discurso neoliberal e concorrer para a efetiva realização da tarefa a que, desde a Revolução, nos foi confiada: o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade**: conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

_____. **Reengenharia do Estado**. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1995. (Aula inaugural).

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Alexandre Walmott. **A Ordem Econômica Financeira da Constituição e os Monopólios**: análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999. Curitiba: Juruá, 2002.

BOURGEOIS, Bernard. **Hegel**: os atos do espírito. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo:

³³ A referência, obrigatória, é LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*; o município e o regime representativo no Brasil. 6. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993.



Editora Unisinos, 2004.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 3, p. 473-86, maio 1999.

COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DINIZ, Arthur José Almeida. A crise de nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, a. XXVII, n. 21, p. 307-49, maio 1979.

EISENHOWER, Dwight David. **Farewell adress**. Disponível em: http://en.wikisource.org/wiki/Eisenhower%27s_farewell_address, acesso em 20.01.2008.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da historia e o último homem**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GOMES, Luiz Marcos. **Os Homens do Presidente**. São Paulo: Viramundo, 2000.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**: uma investigação tridimensional do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático, na perspectiva dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002.



LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 6. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Estado Democrático de Direito e Neoliberalismo no Brasil. Algumas interrogações. **Seqüência**, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, a. 15, n. 29, p. 46-59, dez. 1994.

NERY, Sebastião. Os donos dos ovos. **Tribuna da Imprensa**. Rio de Janeiro, sábado e domingo, 22 e 23 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.tribuna.inf.br/coluna.asp?coluna=nery>>. Acesso em 23.03.2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org). **O Público Não-Estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/books/8livro.htm>>. Acesso em: 16.02.2002.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O Jardim e a Praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993.

SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 47-62, jan./jun. 2004.

_____. O Estado Ético e o Estado Poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.

SOUSA, José Pedro Galvão. **Iniciação à Teoria do Estado**: roteiro de princípios. São Paulo: Bushatsky, 1967.

SOUZA, Jessé. **A Modernização Seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora UnB, 2000.



Epílogo

TRISTE PARTIDA

Francisco de Sales Matos

Professor Mestre do Curso de Direito da UFRN
e Procurador-Geral do Estado do RN.

Na verdade, este artigo toma por empréstimo o título de um dos mais consagrados poemas sobre a tragédia da seca no Nordeste. Triste Partida é de autoria de um gênio autodidata, sertanejo, conhecido pela alcunha de “Patativa do Assaré”. Ganhou notoriedade nacional ao ser musicado pelo não menos genial “Rei do Baião” Luiz Gonzaga. Em que pese a referência a motivação para escrevê-lo decorreu de um episódio igualmente trágico, mostrado pela televisão, ocasionado não pela natureza, mas pela ação humana agredindo a natureza, propiciando a mortandade de milhares de peixes. Impressionou-me porque ali vislumbrei não apenas o último suspiro dos peixinhos, mas o que o futuro reserva à vida, se continuarmos destruindo a nossa mãe natureza.

Pela indignação que me ocorreu cheguei a pensar que talvez fosse melhor a inocência do primeiro lustro de minha vida, quando guiado pelas lições do catecismo via o Paraíso como habitat natural de Adão e Eva e o pecado como marca indelével da leviandade humana para decepção do Criador, sem olvidar a pobre cobra responsabilizada pelo contágio do pecado. Mas, como as coisas evoluíram aquela aprendizagem deduzida de minhas primeiras lições religiosas metamorfoseou-se quando defini a linha acadêmica que me possibilitou compreender criticamente a importância da proteção jurídica dos recursos naturais e a possibilidade de sua justa distribuição, para produção de seres vivos, animais e vegetais, tudo sem a necessidade de destruí-los.

Agora não mais pela candura, mas pela razão crítica pude vislumbrar que o Criador realmente privilegiou a humanidade com um Paraíso, só que não o restringiu à moradia de um casal, mas a de todos os habitantes seres vivos animais e vegetais. Empolgado com a obra que lhe pareceu perfeita chamou a criatura e disse-lhe: “crescei e multiplicai-vos e enchei a terra e sujeitai-a e dominai-a sobre os peixes do mar e sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem sobre a

terra” (Gen. cap. I, vers. 28). Para proteger a vida dotou-o (o Paraíso) de conforto ao envolver a litosfera e a biosfera com a atmosfera; de proteção, ao cobri-lo com o manto da camada de ozônio para evitar que raios ultravioleta emitidos pelo sol fulminassem os animais, as plantas e os seres humanos; de segurança, ao equilibrar à vida e as coisas com a lei da gravidade, tudo sem embargos de uma plasticidade maravilhosa representada pela biodiversidade exuberante.

Lastimavelmente, fomos inescrupulosos e desmedidos com o beneplácito divino. Traímos o Criador. Até o filho do Homem que veio para ser referência o matamos. Multiplicamo-nos e hoje somos quase oito bilhões de seres a consumir, a devorar, a destruir, a poluir. A bem da verdade, desse gigantismo populacional apenas 1/3 consome, o restante vive de migalhas, porque se todos consumíssemos no padrão americano, por exemplo, não haveria mais peixe no mar, nem aves no céu e sem dúvida as riquezas naturais do mundo já haviam se axaurido. Mesmo assim, já se constata contaminação de lençol freático, assoreamento de rios e lagos, morte de rios e lagoas (Rio das Quintas, Rio do Baldo, Lagoa Nova, Lagoa Seca), desertificação de certas regiões, degradação de solo, desaparecimento de florestas, destruição da camada de ozônio, proliferação de doenças (sobretudo câncer de pele, epidemias, endemias), desumanização das cidades, etc.

A prevalecer essa destruição frenética certamente não vamos muito longe. Não é possível que dotados de razão e de supremacia sobre todas as coisas da natureza, por delegação divina, não tenhamos um mínimo de sanidade, de responsabilidade, para preservar a obra do Criador. Por isso, precisamos refletir sobre esse processo exauriente e autofágico que destrói as condições naturais de vida e nos empurra inexoravelmente para a autodestruição. Precisamos quebrar paradigmas e nos nortearmos por uma nova ética onde a apropriação e o uso dos bens ambientais não impliquem em suas destruições. Temos que nos colocar na condição de mero gestor e não de dono do pedaço. As futuras gerações merecem desfrutar de um ambiente ecologicamente equilibrado, compatível com uma sadia qualidade de vida. A contrário senso, legaremos a elas apenas um planeta destroçado, com atmosfera, hidrosfera, biosfera e camada de ozônio comprometidos. E, aí, uma história que teve um começo tão bonito terá o fim, como o dos peixinhos, marcada por uma triste partida.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na vigésima quinta edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas de publicação”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

Revista impressa pela Impressão Gráfica Editora.
Capa: Coché Fosco 230g/m² com laminação fosca.
Miolo: Papel offset 75g/m².