LIMITES À INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS LIBERDADES PÚBLICAS — ESTUDO DE UM CASO CONCRETO

ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR*

Em um caso concreto, o SINDICATO DOS PROFISSIONAIS DA DANÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO insurgiu-se contra o CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA — CONFEF, alegando que seus filiados vêm sofrendo a interferência de prepostos do réu nas academias de dança e atividades congêneres, no sentido de se filiarem ao Conselho, sob pena de multa e outras punições.

De acordo com o Sindicato, os profissionais de dança estão enquadrados, legalmente, no exercício de suas atividades profissionais e artísticas na Lei nº 6.533, regulamentada pelo Decreto nº 82.385/78, desempenhando atividades com enfoque completamente diferenciado daquele realizado pelos profissionais de educação física. Além disso, na Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria o Conselho Federal e Regionais, inexiste menção a atividade artística de dança. Argumentou, ainda, que os cursos superiores de dança encontram-se devidamente regulamentados pelo Conselho Federal de Educação e são aprovados, reconhecidos e fiscalizados pelo Ministério da Educação e Cultura — MEC, que outorga aos graduados o direito de ensino de dança nas escolas regulares de educação básica, enquanto os cursos profissionalizantes, a nível de segundo grau em sua totalidade, são aprovados, reconhecidos e fiscalizados pelas Secretarias Estaduais de Educação e seus respectivos Conselhos Estaduais de Educação, ao passo que os cursos ministrados em academias e similares (os chamados cursos livres) independem de qualquer ato autorizativo dos órgãos de educação, pois se legitimam no âmbito da própria classe, ou seja, só quem pode fiscalizar a dança são os profissionais da dança".

O Conselho Nacional de Educação Física — CONFEN, alegou que há que se preservar a segurança da sociedade na prática de atividades físicas em suas diversas

* Juiz Federal da 10ª VF/RJ.

manifestações: lutas, artes marciais, dança, ginástica, musculação e tantas outras; que a promulgação da Lei nº 9.696/98 modificou alguns paradigmas e, principalmente, algumas práticas inadequadas vigentes no mercado de trabalho até aquela data, dentre elas o fato de que qualquer pessoa — ex-atleta, ex-praticante de ginástica, ex-praticante de dança, atleta, dançarinos, praticante de ginástica, dança, musculação, lutas marciais e outros — podia ministrar, e ministrava ginástica, musculação, dança, lutas marciais e outros, em academias, clubes, condomínios e similares; que, com a Lei nº 9.696/98, não mais se permite que os ex-praticantes sem nenhum conhecimento científico, pedagógico e ético profissional possam ministrar atividades físicas, pois os mesmos podem colocar os praticantes em sérios riscos; que, quanto ao direito constitucional existente, e previsto na Lei nº 9.696/98, àquelas pessoas que atuavam ministrando atividades físicas, sem formação acadêmica na área, antes de 1988, e que, conseqüentemente, passaram a ter o direito de continuar exercendo a atividade, o CONFEF tem a obrigação de absorvê-los; que o bem dos beneficiários toma precedência sobre os eventuais direitos dos supervisionados (não graduados) e dos graduados em instituições de Educação Física, que a prática das atividades físicas é responsável pela precaução de algumas doenças, tendo sido os profissionais de educação física reconhecidos como agentes de saúde pelo Conselho Nacional de Saúde; que o Sistema CONFEF/CREF fiscaliza apenas os locais onde são ministradas aulas à população em geral, que busca em tal atividade lazer, condicionamento físico e/ou outros benefícios; os locais onde são realizadas apresentações artísticas ou ensaios para shows e apresentações não são fiscalizados por este Sistema; que alegar-se que a dança não tem como fim o desenvolvimento de atividades físicas é inócuo, pois a dança, sem dúvida alguma, está inserida neste contexto, ninguém conseguindo imaginar uma atividade de dança sem movimento, sem exercício físico, sem a presença da atividade física; que o Sistema CONFEF/CREF se reporta e age sobre aqueles que ministram não a dança espetáculo, mas a dança cujos beneficiários praticam em busca do condicionamento físico, saúde, alegria e bem — estar; que o Ministério do Trabalho e do Emprego — Coordenação de Identificação e Registro Profissional, quando do Ofício nº 811/CIRP/DES/SSPE/MT, de 11.04.2000, estabeleceu que " ... a habilitação profissional de artista não qualifica o detentor do registro a ministrar aulas..."; que a Lei nº 9.696/98 não fez menção específica a nenhum tipo de atividade física, tal como a dança, a ginástica, a musculação, as lutas (também denominadas de artes marciais), e a outras, objetivando não incorrer no erro de deixar alguma especificidade de fora, generalizando as atividades físicas; que a Lei nº 6.533/78 refere-se às pessoas que interpretam ou executam obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, realizando espetáculo; deste modo, é a utilização da corporeidade, para remuneração imediata, através da atividade e não através do exercício de ministrar "aulas" de qualquer atividade artística; para o exercício desta profissão (de executor de obra) a pessoa deve ser registrada no Ministério do Trabalho, conforme determinado no Decreto nº 82.385, de 05.10.1978, inclusive, para pessoas jurídicas que realizem espetáculos, programas, produções ou mensagens públicas, não se referindo às pessoas jurídicas que têm como objetivo oferecer o desenvolvimento de condicionamento físico, melhoria do estilo de vida, prevenção da saúde, prevenção do *stress*, da obesidade,

das doenças crônicas, desenvolvimento da flexibilidade, da postura e da auto-estima, dentre tantos outros benefícios que são oferecidos pelas empresas (pessoas jurídicas como academias, estúdios, associações, clubes, condomínios e similares), enfim, são ações, atribuições e trabalhos distintos; que, até 1978, as academias eram consideradas instituições vinculadas à área do ensino, portanto, fiscalizadas pelas respectivas Secretarias de Educação estaduais; atualmente, academias, cursos de línguas estrangeiras, auto-escolas e outros não são mais considerados cursos vinculados à área de ensino, não existindo, assim, nenhum reconhecimento por parte do Conselho Federal de Educação, logo, e evidentemente, não havendo mais nenhuma academia reconhecida pelo Conselho Federal de Educação, não há onde os bailarinos ministrarem aulas; que o Decreto nº 82.385/78 indica que devem ser obedecidas as condições para registro como professor, o que, hoje, é regido pela Lei nº 9.394/96, definindo que para atuar como professor a pessoa deve ser possuidora do diploma de curso superior de licenciatura, motivo pelo qual não há como os bailarinos, dançarinos e outros se arvorarem ao direito de ministrarem aulas, a não ser através da Lei nº 9.696/98; que o graduado em Curso Superior de Educação Física é um profissional com conhecimentos da área da Ciência da Motricidade Humana, profundo conhecedor do Movimento Humano, apto para intervenção em qualquer segmento da atividade física, sem que haja a necessidade de ter cursado específica modalidade de atividade física; e que a maioria das Escolas Superiores de Educação Física incluem em suas grades curriculares a modalidade dança.

O tema desperta interesse, na medida em que permite o estudo de questões referentes aos limites da intervenção do Estado nas liberdades públicas e, em menor escala, revisitar certas noções de Direito Público, especialmente as ligadas ao tema da competência.

Assim, há que se observar que a Lei nº 9.696, de 1º.09.1998, não definiu *que atividades* deveriam ser consideradas integrantes das "áreas de atividades físicas e do desporto".

Veja-se, assim, os arts. 1º e 3º desta Lei:

> "Art. 1º — O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física."
>
> "Art. 3º — Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto."

Tampouco foi editado Decreto com o fim de preencher esta lacuna.

Tratando-se de norma legal definidora de hipóteses de *competência* — relativas ao exercício de ofício ou profissão, e de entidades incumbidas de exercer a fiscalização que nela encontra fundamento — segue-se que apenas norma editada pelo

Poder Público, segundo o devido procedimento, é que poderia ser tida como idônea para o fim de sujeitar os particulares à sua obediência, inclusive de modo a submetê-los a sanções e restrições de graus variados em caso de descumprimento.

Sob pena de, em não sendo assim, delegar-se indireta e faticamente à entidade exercente da competência a definição mesma das hipóteses em que ela será competente.

Ora, é bem sabido que, em matéria de competência administrativa, não é competente quem quer, mas quem o é, segundo a devida norma legal instituidora da competência.

Veja-se, assim, e.g., MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: (1)

> "Aplicam-se à competência as seguintes regras: 1. *decorre sempre da lei*, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições (grifo no original).

Note-se que esta autora defende o entendimento de que, por força do disposto no art. 25 dos ADCT e 61, § 1°, II, "e" e 84, VI da Constituição Federal de 1988, nem mesmo por ato do Poder Executivo — como os Decretos — seria possível estabelecer-se, de forma inovadora em nosso ordenamento jurídico, as competências dos órgãos e entidades.

Assim, naquela mesma obra:

> "(...) A competência decorre sempre da lei, afastada que foi a atribuição do Poder Executivo nessa matéria, por força dos artigos 61, § 1°, II, e e 84, VI da Constituição e artigo 25 de suas Disposições Transitórias.
>
> "(...) Embora a competência do Poder Executivo tenha sido reduzida a quase nada, em decorrência dos já citados dispositivos constitucionais, isso não impede que se faça, internamente subdivisão dos órgãos criados e estruturados por lei, como também não impede a criação de órgãos como comissões, conselhos e grupos de trabalho.
>
> "Só que, nessas hipóteses, aplicam-se os efeitos referidos por Alessi, ou seja, a *competência,* com valor e conteúdo propriamente jurídicos, só existente em relação aos órgãos criados e estruturados por *lei;* com relação aos demais, a competência terá valor meramente administrativo. (...)". (2)

Note-se, ainda, que a Lei n° 9.784/99, em seu art. 13, expressamente proíbe hipótese de "edição de atos de caráter normativo".

De modo que, se for admitido que o CONFEF possa, por ato próprio, incorporar os profissionais de ensino de danças dentre aqueles sujeitos à sua competência e fiscalização, "ad argumentandum", acabar-se-á por admitir, logicamente, que um Conselho Profissional possa *criar* direito, quando nem mesmo o ente político que criou a autarquia corporativa o poderia.

O que seria um absurdo completo, visto que as autarquias corporativas, regra geral, são consideradas *serviços públicos descentralizados do Estado para melhor realização de suas finalidades.* (3)

Mas, para além dessas considerações, há outras e, talvez, mais relevantes.

Invocou-se o direito fundamental ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. (CF/88, art. 5º, XIII)

É certo que este direito, como todos os demais, inclusive os fundamentais, não são absolutos, no sentido de bastarem por si mesmos e sobrepujarem quaisquer outros, mas voltados a certas finalidades e restrições, socialmente relevantes.

Assim, por exemplo, a mesma Carta Magna que declara ser fundamental o "direito à propriedade" (arts. 5º, "caput" e 170, II) — admite a sua limitação, seja, e.g., em atenção à "função social" a que a propriedade deve atender (art. 170, III), seja, ainda a titulo meramente ilustrativo, em razão de seu uso francamente nocivo à integridade da sociedade (art. 243).

Daí a razão de ser do exercício do poder de polícia exercido pela Administração Pública e fundado em lei, de modo a permitir o melhor exercício das liberdades e dos direitos (4), conjugando-os com as restrições que forem necessárias à salvaguarda da saúde, da segurança, da ordem e da economia públicas, dentre outros valores socialmente relevantes. (Veja-se, assim, e.g., CTN, art. 78)

Como toda modalidade de intervenção do Estado no exercício dos direitos fundamentais, há que observar a legislação que vier a regulamentar, disciplinar e controlar o exercício de determinada atividade profissional, certos limites.

Dentre tais limites, encontra-se o de que somente poderá intervir naquilo que for necessário, e na medida em que o for.

O que extravasar dessas margens de licitude será abusivo e, portanto, antijurídico.

Afinal, como dito por ODETE MEDAUAR, o poder de polícia, entendido como "atuação subordinada à ordem jurídica", "não é eminente, nem superior, mas regida pelo ordenamento vigente, sobretudo pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade", devendo-se salientar que "o regime de polícia não pode significar proibição geral e absoluta, que impediria o exercício efetivo do direito", assim como que, na dúvida entre a liberdade e a autoridade, entre o desempenho da atividade pelo particular e o possível âmbito de incidência da atuação restritiva exercida pela Administração Pública, há que se inclinar pelos princípios *favor libertatis*, ou *pro libertate*, e assim "a resolver em favor da liberdade qualquer dúvida sobre a maior ou menor extensão da medida ou sobre a possibilidade da medida limitativa". (5)

Não está o legislador, por conseguinte, munido de uma espécie de poder ilimitado para restringir *qualquer* atividade, ofício ou profissão, e em *qualquer* extensão, como bem lhe aprouver, até porque, e por definição, em um Estado Democrático de Direito, todo poder somente encontra legitimidade se for justificável e justificado quando do seu exercício, segundo os princípios fundamentais expressos ou implícitos na Carta Magna.

Afinal, como dito por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, "toda atribuição social de poder pressupõe, portanto, uma prévia destinaçao social do poder", destinação esta que, "por ser jurídica, define validade jurídica do agir"; e daí porque também o Estado, quando do exercício dos "poderes que lhe são outor-

gados", além de tê-los "vinculados à lei", também os tem "vinculados ao *interesse público,* finalidade síntese do Estado". (6)

Tem o legislador, deste modo, ampla margem de discricionariedade para regrar e limitar o exercício de ofício, trabalho, ou profissão, mas tal liberdade não significa arbitrariedade, no sentido de poder que não conhece outro que o limite; aliás, a *competência,* por princípio, significa exatamente "poder demarcado e finalisticamente preorientado". (7)

As restrições, ainda que instituídas por lei, se violarem a margem em que não houver interesse público na limitação à liberdade individual de exercício de ofício, trabalho ou profissão, ou se abusarem das limitações que forem adequadas e necessárias, serão antijurídicas e, portanto, ilícitas, e plenamente passíveis de serem reconhecidas como tais pelo Poder Judiciário, no legítimo exercício de suas competências constitucionais.

Está aí a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal para o demonstrar.

Assim, quando da ADI-1040-MC-DF, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, dec. p. maioria pub. DJU 17.3.1995, p. 5788, decidiuse que *"as restrições da lei à admissão ao concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofício, decerto, não podem constituir obstáculo desarrazoado à aplicação dos princípios da acessibilidade de todos aos cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão".*

Quando da Rp-930 — embargos — DF, Pleno, Rei. Min. Antônio Néder dec. pub. DJU 27.4.1979, p. 3.379, decidiu que é *"inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe "condições de capacidade"*, no caso, a de corretor de imóveis.

E quando da Rp-1023-RJ, Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, dec. un. pub. DJU 21.3.1980, p. 1550 e RTJ 93011505, decidiu-se ser inconstitucional, "por afronta ao art. 153, par. 23 da Constituição", o "art. 18 do Código de Ética Médica, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, que declara vedado ao médico aceitar emprego deixado por colega que tenha sido exonerado sem justa causa, salvo anuência do Conselho Regional", já que "a liberdade do exercício de trabalho, ofício ou profissão somente pode ser limitada pelas condições de capacidade que a lei estabelecer.

Estes precedentes exemplificam o que acima foi dito, ou seja: 1) as restrições à liberdade de exercício de ofício, trabalho ou profissão somente podem ser impostas por lei e apenas admitem justificativa, logo, legitimidade, se forem socialmente relevantes; 2) não podem, as restrições, serem de modo tal que acabem por impossibilitar aquela liberdade fundamental de vir a ser exercida; 3) as restrições somente podem ser admitidas se forem adequadas à finalidade legal que motivou a instituição da correlata competência de polícia a determinado órgão ou entidade, e na estrita medida em que for necessária para o atingimento da finalidade social que orientou a edição da respectiva norma legal.

A atualidade deste entendimento, no âmbito dos Tribunais ordinários, pode ser exemplificada pelas decisões proferidas quando do julgamento das AC nº 2001.01.990458222MG, TRF1ª Região, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrí-

gues, dec. un. pub. DJU 02.7.2002, p. 80; REO nº 2002.3500012900GO, TRF1ª Região, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Antônio Ezequiei da Silva, dec. un. pub. DJU 17.2.2004, p. 66; e REO nº 1995.01.276678GO, TRF1ª Região, 4ª Turma, Rel. Juíza Eliana Calmon, dec. un. pub. DJU 26.5.1997, p. 37.562, nos quais decidiu-se que apenas o fato de possuírem, conservarem e utilizarem como meio de exercício, piscinas, não obrigava escola e academias a registrarem-se em Conselho Regional de Química, inclusive porque qualquer pessoa, sem outra necessidade senão seguir o manual do fabricante, estaria apta a tratar a água, carecendo, assim, de possuir conhecimentos técnicos especializados a respeito.

Chega-se, aqui, ao momento de se indagar: existe uma *especial capacidade técnica sem a qual uma pessoa não possa vir a ser considerada apta a dançar, ou a ensinar dança?*

Especial capacidade técnica esta que *somente* poderia se esperar que viesse a ser atendida por quem possuísse conhecimentos mais ou menos amplos, ou específicos, de *educação física?*

A resposta pode lembrar uma tautologia, e talvez seja mesmo: depende.

Mais precisamente: depende da *finalidade colimada pela dança?*.

E é certo que a dança pode ter várias finalidades, várias razões, vários propósitos individuais, sociais e coletivos.

Pode estar, por exemplo, ligada a um significado religioso, a um ritual.

Assim, e ainda a título meramente ilustrativo, ensina o Diácono FLORENTINO YANZA, da Igreja de Benguela (8):

> "A dança não faz parte apenas das celebrações profanas, mas também das funções sagradas da grande maioria dos povos. (...)
>
> "A prática da dança é bem conhecida tanto no Antigo como no Novo Testamento.
>
> "No Êxodo 15.20, na conclusão do cântico de Moisés, lemos que Waria, a profetisa, irmã de Aarão, tomou um adufe, e todas as mulheres a seguiram, com as mesmas atitudes, cânticos e danças". O contexto aqui é de alegria as mulheres com a profetisa cantam e dançam de alegria para louvar o Senhor que se cobriu de glória e precipitou no mar o cavalo e o cavaleiro (Ex., 15, 1,21)
>
> "No Livro dos Juízes 11,34 lemos que "ao regressar Jefté à sua casa, Mispá, sua filha, saiu-lhe ao encontrou com tamborins e danças".
>
> "O contexto era sempre o mesmo, depois duma vitória militar, os cantos e as danças exprimiam a alegria do vencedor. David também foi recebido com danças: "Voltando o exército, depois de David ter morto o filisteu, de todas as cidades de Israel as mulheres saíram ao encontro de Saul, cantando e dançando alegremente, ao som de tamborins e címbalos. E, à medida que dançavam..." (1 Samuel 18, 67). (...)"

E ALBERTO WAKRAT informa que (9):

"Há 44 palavras no vocabulário hebreu que indicam a dança, sendo que a referência é ao louvor. É difícil dizer se cada uma delas indica uma forma especial de movimento, mas a origem de cada termo é interessante e provavelmente indique distintas formas de expressão corporal.

"No judaísmo da época bíblica a dança era, principalmente, uma expressão de alegria. (...)".

A dança pode ter, ainda, um significado folclórico, de celebração das raízes culturais de um povo, como, e.g., a festa do bumba-meu-boi, considerada "uma das mais ricas manifestações do folclore brasileiro". (10)

Pode, ainda, representar simples manifestações de diversão, de entretenimento lúdico.

E pode, finalmente, servir de *instrumento para a construção de um corpo saudável,* através da prática *de exercícios físicos,* de acordo com a máxima herdada dos antigos gregos e incorporada pelos romanos — *mens sana in corpore sana* "a mente sã em corpo são".

Apenas neste último caso é que será lícito exigir-se que determinado profissional, por encontrar-se utilizando a dança como *instrumento para a preparação habitual e metódica (educação) por meio de atividades físicas de alguém,* seja compelido a registrar-se perante o Conselho Regional de Educação Física respectivo.

O que representa o limite à possibilidade de intervenção do Conselho Federal de Educação Física — CONFEF, caracterizado pela "especial capacidade técnica" requerida para que se possa atingir com toda a higidez e segurança aquela finalidade de *educação física.*

Assim, carece o CONFEF de legitimidade para regrar e fiscalizar a atividade de *professar-se dança,* salvo quando a dança estiver sendo utilizada como *instrumento* para se chegar à finalidade de constituição (educação) física, segundo técnicas e métodos, os quais exigem — e apenas nesta hipótese há tal exigência — "conhecimentos técnicos específicos".

Fora daí, não é lícito ao legislador, e *a fortiori*, ao próprio CONFEF, adentrarem na esfera privada dos professores de dança, singularmente considerados ou em escolas e academias de dança, para estabelecerem limitações ao exercício da liberdade fundamental, que é dançar e ensinar a dançar, seja para fins religiosos, seja como manifestação cultural de um povo ou etnia, seja, enfim, como forma de simples diversão.

NOTAS DE REFERÊNCIA

(1) *Direito Administrativo, Jurídico.* Atlas, São Paulo, 2001, 13ª ed., p. 189.

(2) Op. cit., (p. 188 e 189).

(3) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, 16ª ed., 2ª tir., p. 303, "fine": "A autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado, deve executar serviços

próprios do Estado, em condições idênticas à do Estado, com os mesmos privilégios da Administração matriz, e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos A experiência tem demonstrado que nem sempre é fácil, para a doutrina, a jurisprudência e, mesmo, a legislação definirem, com precisão e inclusive em casos concretos, quando uma determinada entidade deve ser considerada Uautarquia", ou não. Assim, e.g., CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Elementos de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1999, 3ª ed., p. 78. afirma que a definição contida no Decreto-lei nº 200.167 "não vale nada. Sequer permite ao intérprete identificar quando a figura legalmente instaurada tem ou não natureza autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de direito público"; informa CAIO TÁCITO, Administração Indireta. Autarquias, *in Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Ed. Renovar, 1º vol., 1997, p. 649, comentando o art. 2º do Decreto-lei nº 6.016, de 22.11.1943, que não era "mister, assim — como afirma o legislador brasileiro — a expressa qualificação, na lei, da natureza autárquica do órgão, desde que deflua, implicitamente, do ato de sua instituição, de forma clara, essa determinação, pelo amálgama de todos os requisitos próprios a pessoas jurídicas desse porte"; e, mais adiante, à p. 653-654, admite que: "Não é fácil, ao primeiro lance de olhos, traçar um paradigma que possibilite, de imediato, a qualificação de muitas das pessoas jurídicas administrativas instituídas no direito brasileiro. São conhecidos os debates, senão mesmo as vacilações jurisprudenciais em tomo da matéria, que não raro variam ao sabor do imediatismo da aplicação dos textos. Faltanos um estatuto fundamental que ordene as normas regulatórias das entidades autárquicas, ou que, ao menos, ofereça um paradigma legal adequado. A norma que mais se aproxima desse objetivo não se inspirou em propósito sistemático, mas atentou, dominantemente, ao problema do controle financeiro das entidades gestoras de dinheiros públicos. Trata-se do art. 139 da Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, que, dando conteúdo ao preceito do art. 77, n. II da Constituição Federal, cuida de definir as entidades autárquicas, cujas contas estão sujeitas a julgamento do Tribunal de Contas da União. (...) Também não ocorre, no direito brasileiro, uma apropriada dissociação conceitual entre entidades autárquicas típicas e entidades paraestatais, a que, vacilantemente, se refere o legislador, ora alternativamente ("entidades autárquicas ou paraestatais, inclusive as de previdência social", diz o art. 40 da recente Lei Complementar ao Ato Adicional, para referir um exemplo entre muitos), ora abrangedoramente, como no Código Penal, quando equipara ao funcionário público "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal". Em verdade, é de todo inviável, à luz do direito positivo brasileiro, a tentativa de definição de entidades Paraestatais, em termos sistemáticos e uniformes. Melhor atenderá o intérprete, em cada caso, à *mens legis*, ajustando o conceito cambiante à finalidade da norma interpretada. E que o legislador, nem sempre afeito à perfeição técnica, não está adstrito a critérios lógicos e — conforme a sátira de Jean Rivero —, pode se dar ao luxo de cometer erros que reprovariam um estudante de Direito. Com mais proximidade, e ilustrando a atualidade da imperfeição técnico-legislativa enunciada há quatro décadas por CAIO TÁCITO, FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI, *As Fundações Públicas e a Reforma do Estado*, Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 49, fevereiro de 2001, texto disponível e colhido em

08.10.2004: http://www1.ju.com.br/doutrina/texto.asp?id=476, 08.10.2004: "(...) Em verdade, no período de vigência da EC 01169, sobretudo até os meados da década de oitenta, a divergência doutrinária, refletida na legislação, possibilitou o surgimento de algumas construções, no mínimo, esdrúxulas, p. e., a Lei nº 6.860/80, que autorizou a criação da Fundação Petrônio Portella, vinculada ao Ministério da Justiça, o fez como ente de direito privado, embora atribuindo àquela fundação a gestão de serviços públicos e assegurando-lhe imunidade só pertinente a entes de direito público (art. 19, III, "a" da EC 01169). No mesmo sentido, a Lei nº 7.555, de 18.12.86, autorizadora da criação da Fundação São João del Rey e a Lei nº 6.687, autorizadora da criação da Fundação Joaquim Nabuco. Aos poucos, entretanto, observou-se tendência moralizadora, de publicização dessas entidades, com suas "reintegrações" à Administração Indireta e o conseqüente aumento de normas de controle incidentes, evitando-se, ou minorando os abusos que estavam a ocorrer, sobretudo em relação à aplicação de verbas nos contratos de obras e serviços e nas contratações de pessoal, inclusive em relação à questão da acumulação de cargos e empregos. (...)"; referindo-se ao conceito de "autarquias fundacionais", desenvolvido por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Parece, entretanto, que, apesar da qualidade da construção daquela doutrina, não foi essa a previsão da Constituição de 1988 que pretendeu limitar o conceito autarquia a apenas uma das espécies de pessoas de direito público de capacidade meramente administrativa. Poder-se-ia até fazer uma digressão para ressaltar que, efetivamente, quase não existem entidades de direito público de base patrimonial, no Brasil. O que vem ocorrendo é que, em muitas situações, as pretensas fundações não têm qualquer base patrimonial. Nessa esteira, poder-se-ia exemplificar com o caso das "fundações públicas universitárias brasileiras", que, efetivamente, não têm patrimônio e rendas capazes de gerar receitas suficientes para as suas manutenções, não se distinguindo, na prática, das autarquias federais universitárias brasileiras (...)"; quanto ao art. 37, XIX da CF/88, com a redação dada pela EC nº 19/98: "Ora, em sendo aprovado esse texto, o conceito abrangente de autarquia, construído pelo brilhante Celso Antônio Bandeira de Mello, afastado pela EC nº 19/98, estará definitivamente superado. Não se pode mais falar em autarquia como sinônimo de pessoa jurídica de direito público com capacidade exclusivamente administrativa, pois esse conceito contraposto ao de pessoa jurídica política corresponde já hoje a um conjunto, formado por entidades com substrato e formas de criação distintos. A aprovação do aprovação do texto do Código Civil possibilitará, em relação às fundações de direito público, a adoção de regras não incompatíveis por força do citado parágrafo único do art. 42"; por fim: "(...) De logo se salienta poderem ser essas pessoas vir a ser de grande relevo, para atuação no chamado terceiro setor e, também, como entes reguladores (desde que lhes seja assegurado patrimônio suficiente para tal, suprimindo-se a ficção da fundação com patrimônio "zero"). (...)". Na jurisprudência do Eg. STF, e para exemplificar a endêmica polêmica que gira em torno da identificação da pessoa autárquica, vejam-se: RE nº 229.696PE, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 16.11.2000, dec. p. maioria pub. DJU 19.12.2002, p. 73, reconhecendo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — EBCT, "o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços" e o direito de a execução por quantia certa se fazer

contra ela de acordo com o "regime do precatório", por se tratar de "empresa pública" que "não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido", situação que, a rigor, corresponderia à de autarquia; RE nº 127.489DF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg.: 25.11.1997, dec. un. pub. DJU 06.3.1998, p. 16, reconhecendo natureza *autárquica fundacional* a fundação instituída como de direito privado, em razão de assumir a entidade "a gestão do serviço estatal" e de ser ela "mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público", CJ nº 6.7984DF, Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho, dec. un. pub. DJU 12.5.1989, reconhecendo à Fundação IBGE natureza autárquica em função das seguintes características: a) finalidade — forma de instituição; b) forma de constituição do património; c) forma de obtenção de recursos; d) gozo dos privilégios da Fazenda Pública; e) possibilidade de incorporação de entidades; f) indicação do dirigente da entidade; g) sujeição ao Tribunal de Contas, e h) supervisão ministerial; negando a natureza autárquica de entidade formalmente criada como tal, por extrapolar sua atuação os limites territoriais dos Estados que instituíram o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE: ACO nº 503RS, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg.: 25.10.2001, dec. pub. DJU 05.09.2003; distinguindo ente de cooperação de autarquia, no caso do SEBRAE, e afirmando que "o art. 20, "f", da Lei nº 4.717/65 (LAP), para não se chocar com a Constituição, há de ter o seu alcance reduzido: não transforma em autarquia as entidades de direito privado que recebam e apliquem contribuições parafiscais, mas, simplesmente, as inclui no rol daquelas — ... — à proteção de cujo patrimônio se predispõe a ação popular", RE nº 366.168SC, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14.5.2004.

(4) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Liberdades Públicas*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974, p. 45, seguindo JEAN RIVERO, conceitua as *liberdades públicas* como faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro de limites traçados previamente pelo Poder Público"; defendendo uma nova conformação dos Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e da Liberdades Públicas, ALBERTO NOGUEIRA, *Direito Constitucional das Liberdades Públicas*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 373: "A expressão adotada no presente trabalho — "liberdades públicas" — é aqui utilizada não apenas como uma "técnica de organização para o exercício dos direitos humanos" (no figurino francês) mas para designar um novo Direito, de porte constitucional, a envolver os três sistemas desenvolvidos em outras vertentes, a saber: a dos Direitos Fundamentais (no modelo germânico) e dos Direitos do Homem (na tradição e experiência anglo-americana, sobretudo — *civil rights* e *human rights*). Conseqüentemente, nela estão contidas todas as liberdades — as antigas, as modernas e as pós-modernas (modernidade). Nessa visão, a liberdade pública x privada perde a razão de ser, posto que as "públicas" são igualmente privadas (individuais), ao mesmo tempo que as "individuais", ou privadas, se revelam também públicas". A emergência desta nova conformação decorre, segundo o mesmo autor, de "uma nova categoria de direito". Assim diz ele, em *Jurisdição das Liberdades Públicas*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 220, "fine"/221: "Está — o mundo de hoje — em

frente de uma nova categoria de Direito, como imagino restar suficientemente demonstrado acima. Para o exame dessa "mutação" do Direito, parece válida a adoção de uma perspectiva tríplice: sistêmica, formal e material. Na primeira, tem-se em conta o espaço jurídico-geográfico: local, nacional, regional (blocos comunitários), inter-regional (base assentada em relacionamento entre blocos comunitários) e planetário (um novo modelo de Direito Internacional — público e privado, ao mesmo tempo). Na segunda, os aspectos instrumentais (com os ordenamentos correspondentes, assim como com os órgãos institucionais competentes para aplicar esses entendimentos). Na terceira, as matérias integrantes desses ordenamentos e, decorrentemente, sob a "jurisdição" daquelas instituições (ONU, Tribunais Comunitários, Intercomunitários, Internacionais Permanentes e *ad hoc,* ou instâncias consultivas, de arbitragem, mediação e conciliação)".

(5) Poder de Polícia, *in RDA* 199/95.

(6) *Legitimidade e Discricionariedade*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 14.

(7) Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores, 2ª ed., 1993, p. 31.*

(8) "A Prática da Dança na Celebração Litúrgíca e nas Celebrações do Renovamento Carismático Católico", texto disponível em http://www.mh2.dds.nl./port/diversos/vanza.htm, colhido em 06.10.2004.

(9) "A Dança no Judaísmo", texto colhido em http://www.eifo.com.br/danbet32.html, no dia 06.10.2004.

(10) http://www.brasilfolclore.hpg.ig.com.br/bumba.htm, texto colhido em 07.10.2004.