

Inteligência do art. 84, VI, a, da Constituição Federal

Constitucionalidade do Decreto 4.829/2003

Funções do comitê gestor da internet no Brasil

Legalidade de sua criação e atuação

Parecer

Ives Gandra da Silva Martins*

Consulta

Formula-me, o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br-NIC.br, organização não governamental, por intermédio de sua eminente advogada Kelli Angelini, algumas questões precedidas das seguintes considerações:

A internet teve origem em um sistema criado na década de 60, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, o Advanced Research Projects Agency Network (ARPANet), cujo objetivo era conectar diversos centros de pesquisa militar. Os métodos desenvolvidos pela ARPANet permitiam que diferentes computadores se intercomunicassem, transmitindo diferentes informações e documentos. Estes métodos incluíam um protocolo de funcionamento, denominado Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP).

Na década de 80, a National Science Foundation (NSF), entidade norte-americana de incentivo ao desenvolvimento científico, utilizando a tecnologia da ARPANet, expandiu o funcionamento destes métodos de comunicação para a área acadêmica e científica, criando uma verdadeira rede de computadores entre universidades, agências governamentais e instituições de pesquisa. A NSF subsidiou e coordenou uma rede denominada NSFNet, um dos embriões da internet que existe hoje no mundo.

A National Science Foundation – NSF, em 1987, passou a ser responsável pelo registro na raiz do DNS (Domain Name Systems) dos TLDs (Top Level Domains) .com, .org, .net, e .edu. Mais tarde, essa responsabilidade foi transferida para a Network Solutions, Inc., empresa que também havia sido criada dentro da NSF.

Assim, a infra-estrutura de registros de nomes de domínio e atribuição de IP no mundo foi sendo criada de maneira bastante informal. No iní-

cio, a organização não-governamental denominada Internet Assigned Numbers Authority (“IANA”), grupo liderado pelo cientista Jon Postel, era o responsável pela administração da atribuição de TLDs no mundo todo.

Como parte das funções administrativas associadas ao gerenciamento da raiz do sistema de nomes de domínio, a Internet Assigned Numbers Authority (IANA – Autoridade para Atribuição de Números na Internet), é responsável pelo recebimento de pedidos de delegação de domínios de alto nível, investigando as circunstâncias que envolvem estes pedidos e apresentando relatórios sobre os mesmos.

Criaram-se, então, os ccTLDs de duas letras, conforme tabela ISO 3166 correspondente ao código de países (ccTLD – Country Code Top-Level Domain). Como exemplo: “.ar”-Argentina, “.br”-Brasil, “.bg”-Bulgária, “.cn”-China, “.es”-Espanha, “.fr”-França, “.mx”-México, dentre outros (<http://www.iana.org/root-whois/index.html>).

A IANA se baseia no padrão ISO 3166-1 para definir os códigos de duas letras que podem ser usados para domínios de primeiro nível com códigos de países (ccTLDs). A IANA encarrega operadores de ccTLDs com base em sua capacidade de atender os critérios de delegação, entre os quais estão a capacidade de comprovar apoio local e o cumprimento dos requisitos de competência técnica.

Cada ccTLD foi ao longo do tempo sendo repassado pelo IANA a quem o solicitava, sem que, necessariamente, houvesse qualquer vínculo com o governo de cada um dos países correspondentes, posto ser tal fenômeno, desde seu surgimento, desvinculado de questões governamentais ou políticas.

As atividades de gerenciamento da atribuição de endereços IP e registro de nomes de domínio foram sendo delegadas pela IANA, quase que em sua totalidade, a entidades pertencentes à área acadêmica ou à iniciativa privada, na sua maioria, organizações não governamentais sem fins lucrativos.

* Professor emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Constitucional.

No Brasil, em 1989 o ccTLD “.br” foi solicitado pelo Prof. Demi Getschko, ligado ao grupo de cientistas que utilizavam a estrutura física da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, denominado “Grupo Operador da Internet”, e entregue aos cuidados, inicialmente, ao Prof. Oscar Sala, responsável por este Grupo e, em seguida, transferido ao Prof. Demi Getschko.

A partir de 1990, a internet entrou em fase tão expansiva que logo ultrapassou o âmbito acadêmico, tornando-se popular a tal ponto que se espalhou pelo mundo. Àquela época, surgiu a World Wide Web (em português, literalmente, “teia (rede) mundial”) um acervo universal de páginas ou sites que fornecem aos seus visitantes informações de um gigantesco banco de dados multimídia, que pode ser acessado graças ao protocolo TCP/IP, que é a linguagem universal de comunicação através da rede.

O interesse público, pela internet, foi ganhando proporções tão grandes, a ponto de o governo brasileiro se convencer da necessidade de acompanhar algumas das atividades que estivessem ligadas à rede mundial, mais especificamente relacionadas às telecomunicações, informática e outras matérias acessórias.

Diante disso e do reconhecimento da entrega do ccTLD “.br” pelo IANA ao Prof. Demi Getschko do “Grupo Operador da Internet”, o Ministério das Comunicações em conjunto com o Ministério da Ciência e Tecnologia com o aval do “Grupo Operador da Internet” decidiram unir representantes de áreas ligadas à internet e aos Ministérios para formar uma composição de membros com o objetivo de acompanhar o provimento de serviços, estabelecer recomendações, emitir pareceres, coletar, disseminar e organizar as informações sobre algumas atividades relacionadas com a internet no Brasil.

Assim, em 1995, através da Portaria Interministerial 147/1995, do Ministério das Comunicações – MC e do Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT, no uso das atribuições que lhes conferem o art. 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal, formaram o Comitê Gestor da Internet no Brasil, com as seguintes atribuições:

“Art. 1º Criar o Comitê Gestor Internet do Brasil, que terá como atribuições:

I – acompanhar a disponibilização de serviços internet no país;

II – estabelecer recomendações relativas a: estratégia de implantação e interconexão de redes, análise e seleção de opções tecnológicas e papéis funcionais de empresas, instituições de educação, pesquisa e desenvolvimento (IEPD);

III – emitir parecer sobre a aplicabilidade de tarifa especial de telecomunicações nos circuitos por linha dedicada, solicitados por IEPDs qualificados;

IV – recomendar padrões, procedimentos técnicos e operacionais e código de ética de uso, para todos os serviços de internet no Brasil;

V – coordenar a atribuição de endereços IP (Internei Protocol) e o registro de nomes de domínios;

VI – recomendar procedimentos operacionais de gerência de redes;

VII – coletar, organizar e disseminar informações sobre o serviço Internet no Brasil; e

VIII – deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas.”

Sua composição foi delineada no art. 2º da Portaria Interministerial 147/1995 da seguinte forma:

“Art. 2º O Comitê Gestor será composto pelos seguintes membros, indicados conjuntamente pelo Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia:

I – um representante do Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;

II – um representante do Ministério das Comunicações;

III – um representante do Sistema Telebrás;

IV – um representante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq;

V – um representante da Rede Nacional de Pesquisa;

VI – um representante da comunidade acadêmica;

VII – um representante de provedores de serviços;

VIII – um representante da comunidade empresarial; e

IX – um representante da comunidade de usuários do serviço Internet.”

Tão logo iniciada a vigência dessa Portaria, foi requerido perante a IANA a transferência desse ccTLD para o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Seguindo a ordem cronológica, em outubro de 1998, a internet já havia tomado proporções até então inimagináveis e foi então que surgiu uma organização neutra, patrocinada pela comunidade de internet e empresarial, denominada Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). O ICANN é uma entidade de direito

privado sem fins lucrativos, organizada e existente sob as leis do Estado da Califórnia mais especificamente, a “Nonprofit Public Benefit Corporation Law”. E formada pela união entre as comunidades empresarial técnica, e acadêmica, e de usuários da internet.

O ICANN é reconhecido não apenas pelos Estados Unidos da América, mas também por governos de todo o mundo como a entidade de consenso global que coordena os ccTLDs. A administração técnica do sistema de nomes de domínio na internet, a distribuição de espaço para endereços IP, a indicação de parâmetros de regras a serem seguidos, a gerência do sistema do servidor-raiz, bem como a coordenação da atribuição de números IP, tudo isso é coordenado pelo ICANN.

A forte característica do ICANN está em que ele funciona como uma sociedade de natureza privada, internacional, transparente e baseada no consenso adquirido através da participação de representantes das diversas comunidades mundiais ligadas à internet, inclusive a brasileira. Possui um conselho diretivo internacional composto de 15 membros, dentre os quais há representantes de todos os continentes.

No Brasil, após a formação do Comitê Gestor da Internet no Brasil e no início da realização das atividades de registro de nomes de domínio no Brasil sob o ccTLD “.br”, a FAPESP foi escolhida para colaborar nessa execução. E, em 1998, para realizar o registro de nomes de domínio e a distribuição de endereços IPs no Brasil, o Comitê Gestor da Internet no Brasil delegou expressamente à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP atribuições para execução dessas atividades, através da Resolução 002/1998.

Diante do crescimento incomensurável da internet no Brasil, a Portaria Interministerial 147/1995 foi ratificada e alterada pelo Decreto Presidencial 4.829, de 03/09/2003, mais uma vez em plena harmonia com o art. 84, II e VI, alínea a, da Constituição Federal, com as seguintes atribuições ao CGI.br:

“Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, que terá as seguintes atribuições:

I – estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet no Brasil;

II – estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD - country code Top Level Domain),

“.br”, no interesse do desenvolvimento da internet no País;

III – propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV – promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V – articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à internet;

VI – ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à internet;

VII – adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII – deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de internet no País; e

IX – aprovar o seu regimento interno.”

A composição do Comitê Gestor da internet no Brasil também foi alterada pelo Decreto 4.829/2003, visando a participação de membros da sociedade civil neste Comitê:

“Art. 2º O CGI.br será integrado pelos seguintes membros titulares e pelos respectivos suplentes:

I – um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados:

a) Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;

b) Casa Civil da Presidência da República;

e) Ministério das Comunicações;

d) Ministério da Defesa;

e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

f) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

g) Agência Nacional de Telecomunicações; e

h) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

II – um representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia;

III – um representante de notório saber em assuntos de internet;

IV – quatro representantes do setor empresarial;

V – quatro representantes do terceiro setor; e

VI – três representantes da comunidade científica e tecnológica.

Art. 3º O Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia será representado por um membro titular e um suplente, a serem indicados por sua diretoria, com mandato de três anos, permitida a recondução.

Art. 40 O Ministério da Ciência e Tecnologia indicará o representante de notório saber em assuntos da internet de que trata o inciso III do art. 2º, com mandato de três anos, permitida a recondução e vedada a indicação de suplente.

Art. 50 O setor empresarial será representado pelos seguintes segmentos:

I – provedores de acesso e conteúdo da internet;

II – provedores de infra-estrutura de telecomunicações;

III – indústria de bens de informática, de bens de telecomunicações e de software; e

IV – setor empresarial usuário.”

Muito embora o tempo de sua duração o desdesse, ao assumir o compromisso do exercício das atividades de registro e manutenção de nomes de domínio, bem como distribuição de endereços IPs, a FAPESP deveria fazê-lo em caráter transitório.

Assim é que, sensível a tudo o que dispõe o Decreto 4.829/2003, o Comitê Gestor passou a se valer, em substituição à FAPESP, do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, associação sem fins lucrativos, para cumprir algumas das atribuições que lhe conferiu a Portaria Interministerial MC/MCT 147/1995, confirmadas e alargadas pelo Decreto 4.829, de 03/09/2003, editando a Resolução 1/2005”.

Em face do exposto, formulam-se as seguintes questões:

“a) Em que consiste a competência privativa do Presidente da República disposta no art. 84, II e VI, a, da Constituição Federal?

b) Pode o chefe do Poder Executivo, utilizando-se das prerrogativas que lhe dá o art. 84, IV e VI,

a, da Constituição Federal, editar Decretos como o de número 4.829, de 03/09/2003?

c) O Decreto 4.829/2003 que dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGL.br sobre o modelo de governança da internet no Brasil é revestido de legalidade?

d) Pode o Comitê Gestor da Internet no Brasil no uso das atribuições conferidas pelo Decreto 4.829/2003, estabelecer diretrizes para o registro e manutenção de nomes de domínios sob o “.br”, precisamente através da edição das Resoluções 1/1998 e seus Anexos I e II, 2/1998, 1/2005, 2/2005 e 1/2006?

e) Tem o Comitê Gestor da Internet no Brasil capacidade para estar em juízo representado por seu Coordenador, conforme o art. 2º, I, a, do Decreto 4.829/2003?”

Resposta

A Emenda Constitucional 32/2001, que alterou as competências privativas do Presidente da República no que diz respeito a seu poder normativo e aquele de iniciativa para a produção de leis, como de organização e funcionamento da administração pública federal, merece ainda reflexão dos estudiosos, por ter conformado reduções e alargamentos nas funções presidenciais, em seu poder privativo ou exclusivo de editar normas ¹.

Hospedando a inteligência de Fernanda Menezes, que não distingue entre competências privativas e exclusivas, no texto constitucional brasileiro, por

¹ A principal alteração ocorreu na edição de medidas provisórias que Celso Bastos comenta: Emenda sob comento modificou diversos dispositivos constitucionais, a exemplo do que fez a EC 19/1998 e 20/1998. Entre todas as modificações levadas a efeito por esta emenda há que se dar um especial destaque ao art. 62, que cuida das medidas provisórias. O seu escopo não foi outro senão o de disciplinar, de forma pormenorizada, o processo legislativo de tais medidas.

Esta espécie normativa acabou tornando-se extremamente polêmica tendo em vista o número excessivo de edições e reedições que vinham sendo levadas a efeito pelo Presidente da República.

Foi com este espírito, qual seja, de conter o abuso na edição deste ato normativo que se promulgou a emenda sob comento. A grande alteração introduzida por esta Emenda se deu no art. 62, que agora passa a conter doze parágrafos. Na redação original, além do caput, só havia a previsão de um parágrafo. Toda a modificação feita pela Emenda em relação aos demais preceitos da Constituição é no sentido de adequá-los à nova redação dada ao art. 62 e seus parágrafos” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 9º v., Ed. Saraiva, 2002, p. 706/7).

entendê-las equivalentes nas funções que as integram, considero que a Emenda 32/2001 objetivou, efetivamente, regular o poder normativo presidencial, de um lado, restringindo-o, no que diz respeito ao exercício da força legiferante própria das Casas do Congresso Nacional, e, de outro lado, abrir espaço maior ao poder regulador, inclusive com maior discricionariedade, e, inclusive, atribuir-lhe indiscutível competência de editar normas, no que diz respeito à administração pública federal, desde que não violentando a rigidez orçamentária dos arts. 165 a 169 da Lei Maior e desde que tal poder normativo não implique aumento de despesas ou criação ou extinção de funções ou órgãos públicos².

De outro lado, o poder amplo do Chefe do Executivo de veicular medidas provisórias, que podiam ser renovadas indefinidamente e incidir sobre quaisquer matérias, foi, indiscutivelmente, reduzido com a extensa regulamentação dos 12 parágrafos, que substituíram o parágrafo único da redação original do art. 62³.

Seu poder de editar decretos, todavia, para organização e funcionamento da administração federal foi alargado, com o exclusivo balizamento de não implicar o surgimento de despesas adicionais — de resto limitadas pelos arts. 167 e 169 da Lei Suprema — nem criação de novos cargos ou funções, para o que já possui a iniciativa de lei pertinente, cuja aprovação continuou, entretanto, da competência do Congresso Nacional.

²Fernanda Menezes, “*Competências na Constituição de 1988*”, Ed. Atlas, 1991.

³O problema maior continua, todavia, no que diz respeito aos conceitos de urgência e relevância. Oscar Corrêa esclarece: “É óbvio que, antes de mais, cabe examinar se é caso de relevância e urgência, pressuposto do cabimento da medida. Da mesma maneira que o Presidente da República pode considerá-la necessária e urgente, discute-se se pode o Congresso recusá-lo ou se essa decisão se inclui na discricionariedade do Executivo.

A nós parece que o conceito de relevância é mais difícil de aferir e ficará certa margem de discricionariedade ao Executivo para avaliá-la devendo o Congresso agir, na hipótese, com largueza de vistas. E que a avaliação do Executivo nem sempre pode ser aferida pelos outros poderes.

Quanto à urgência, porém, em alguns casos, pelo menos, é perfeitamente avaliável: como se o Executivo enviasse medida provisória sobre a matéria que deve ser regulada muito tempo depois, evidenciando a inexistência da urgência.

De qualquer modo, como tem o Congresso o poder de analisar a medida no mérito, se este se apresenta conveniente e próprio, não haverá por recusar-lhe preliminarmente o exame. Tanto mais quanto, na lei de conversão, a ação do Congresso não sofre nenhum obstáculo ou limite” (A Constituição de 1988 – Contribuição crítica, Forense Universitária, 1991, p. 131).

A questão crucial do alargamento da competência administrativa para organizar e regular o funcionamento da administração federal deriva do art. 84, VI, a, do Texto Maior, quando se substituiu a redação original:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI. dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”⁴;

por outra, em que a expressão “na forma da lei” desapareceu:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional 32, de 2001).

A comparação entre os dois textos merece algumas observações.

A primeira delas é que o texto original não se refere a “decreto”.

A expressão “decreto” aparece no inciso IV, que não foi alterado, com a seguinte dicção:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

⁴Pinto Ferreira, ao comentar as disposições anteriores, declarou: “Pinto Ferreira leciona: “Cabe privativamente ao Presidente da República dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei. A Constituição anterior (art. 81, V) era mais ampla, pois preceituava ser competência do Presidente da República ‘dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal’.

Atualmente ele age ou dispõe na forma da lei. Não pode atuar de modo arbitrário.

É o poder regulamentar, como regra de competência, de índole constitucional, permitindo ao Presidente da República as atribuições normativas, legitimando-o a editar os regulamentos de organização e funcionamento, no plano da administração.

Tal competência normativa não é plena, pois em função de dois princípios constitucionais, o da separação dos poderes e o da reserva de lei, tem um campo vedado de atuação” (Comentários à Constituição brasileira, Saraiva, 1992, v. 3, p. 554-5).

Assim como em outros dispositivos, quando se fala em poder de decretar o estado de defesa, o estado de sítio, na intervenção federal, além das hipóteses de guerra ou mobilização nacional, constante dos incisos IX, X, XI e XIX⁵.

O inciso VI, que permitia ao presidente dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, estava absolutamente condicionado aos termos da lei, que, à evidência, permitia o exercício do poder discricionário próprio da Administração Pública, condicionado aos limites das disposições legislativas⁶.

O novo texto, ao contrário, retirou a expressão “nos termos da lei” e admitiu que, “por decreto”, o presidente edite normas de administração e funcionamento da administração federal, podendo mesmo extinguir cargos, antes exclusivamente possível mediante lei. Impôs, todavia, duas condições, a saber: as medidas decretadas de extinção de funções ou cargos, quando vagos não podem redundar em aumento de despesa, ou seja, não podem produzir impactos orçamentários⁷, nem

podem dizer respeito à criação ou extinção de órgãos públicos.

Na 3ª edição dos *Comentários à Constituição do Brasil* que elaborei com Celso Bastos, vol. 4, tomo II, escrevi, completando o que já constava nas edições anteriores, que:

Sendo a organização fundamental para o bom exercício da função presidencial, visto que, se não houver, poderá o País estar perdendo recursos, com desperdícios decorrentes, houve por bem o constituinte elevá-la a princípio constitucional na hipótese.

O funcionamento é decorrencial da organização. Se bem organizada a máquina administrativa, é quase certo que agirão corretamente as pessoas encarregadas de administrar. Se não, o funcionamento da máquina será precário, quando não ensejando favorecimentos, concussão, corrupção ativa e passiva.

Tanto a organização quanto o funcionamento devem ter, pois, suas disposições definidas pelo Presidente da República, muito embora o funcionamento seja insito à organização.

Com a redação que lhe atribui a Emenda 32/2001, foi dividido em duas alíneas, com o *caput* do inciso não mais exigindo lei, e sim apenas decreto.

Aumentou-se, desta forma, o poder presidencial para alteração de cargos e funções na Administração Pública, sem necessidade de lei, vindo suas forças diretamente da Constituição. As alíneas

⁵Tais incisos têm a seguinte dicção: “IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X – decretar e executar a intervenção federal;

XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

(...)

XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

⁶Maria Helena Diniz lembra que: “Discricionariedade Administrativa. Direito Administrativo. Poder do agente público de agir ou não agir, de avaliar ou de decidir atos de sua competência, dentro dos limites legais, segundo critérios de oportunidade em conveniência para a consecução do interesse público. É, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador para que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal” (Dicionário Jurídico, v. 2, Ed. Saraiva, 1998, p. 190).

⁷Pinto Ferreira esclarece: “Distinguem-se usualmente os seguintes tipos de decretos: normativo e geral, podendo ser também específico e individual.

Deve-se, porém, salientar de antemão que na ordem escalonada do decreto, *Stufenbau des Rechtsordnung*, como escreve Hans Kelsen, o decreto tem uma hierarquia inferior à lei. O decreto é um ato administrativo, inferior em categoria à lei, não podendo ir de encontro nem infringir a norma legal, que lhe é validamente superior.

Contudo o decreto geral (= normativo) possui a mesma normatividade da lei, mas não pode ir além da faixa da competência regulamentar atribuída ao Executivo.

O decreto geral pode ser de duas categorias: o decreto independente ou autônomo e o decreto regulamentar ou de execução.

O decreto independente ou autônomo é que determina preceitos ainda não regulados especificamente pela lei. Admite-se normalmente a possibilidade de tais provimentos administrativos *praeter legem*, desde que não se relacionem com as matérias que devem ser somente reguladas pela lei, para suprir as omissões da legislação. Os decretos independentes ou autônomos suprem momentaneamente a inexistência da lei, no que o ato do Executivo possa prover, mas não a substituem, ficando superados com a sua edição. O decreto independente ou autônomo não deve invadir as reservas da lei” (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 22, ed. Saraiva, 1977, p. 496/7). Escreveu Pinto Ferreira antes da Constituição de 88, sendo, portanto, sua definição de “direito autônomo e independente” de menor espectro que o permitido pela nova Lei Suprema.

estalam, todavia, o que o Presidente pode mudar e como mudar (grifos não constantes do original) ⁸.

Realmente, não se pode dizer, como, aliás, realcei nos comentários, que o Presidente da República possa decretar algo em conflito com lei pré-existente, desde que promulgada com a participação do Congresso, no exercício de sua função de adequar a iniciativa presidencial do art. 61 à Constituição. Em não havendo conflito e não alterando disposições legislativas editadas em conformidade com a Lei Maior, entretanto, houve, à evidência, inequívoco alargamento do poder de administrar. Passou, o 1º mandatário da nação, a possuir o poder de organizar e promover o funcionamento da máquina administrativa mediante outorga direta do próprio constituinte.

A segunda consideração a ser desenvolvida é a que diz respeito ao aumento de despesa.

Nitidamente, o ato de administrar implica o de alocar recursos, vale dizer, pode-se, perfeitamente, com reestruturações administrativas, emprestar-se maior eficiência à máquina estatal, sem dispender qualquer recurso adicional aos orçados, até por que permitido pelas próprias leis vinculadas ao orçamento (LDO, PPA e LO) ou pela lei orçamentária (LO), em face de sua trílice vertente (fiscal, previdenciária e das estatais).

Ora, a limitação ao poder de decretar, imposta pelo constituinte, é de natureza exclusivamente orçamentária. Não havendo impacto orçamentário, decorrente de aumento de despesa, pode o presidente, por decreto, administrar com poderes maiores que os outorgados pelo constituinte originário ⁹.

⁸ *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 4, tomo II, Ed. Saraiva, p. 289/90.

⁹ Escrevi sobre o inciso II do art. 167 da CF que: "Entre as vedações à realização de despesas, encontram-se aquelas não previstas ou que excedam os créditos orçamentários rotineiros e seus adicionais.

A vedação estende-se, mais do que à aprovação da lei orçamentária, à própria execução do orçamento, posto que tal proibição atinge despesas ou a assunção de obrigações diretas sem previsão na lei de meios.

De início, o dispositivo distingue os gastos efetuados de outros que extravasam a assunção de obrigações sem dispêndios imediatos. Estas últimas dizem respeito à hospedagem apenas de obrigações diretas, posto que as indiretas, em que o Erário é responsável, por decorrência, tais como obrigações assumidas por suas empresas, que concorrem com o setor privado em igualdade de condições — que, por exemplo, podem ser condenadas judicialmente sem

O terceiro aspecto a ser examinado é o de que a impossibilidade de criação ou extinção diz respeito, apenas, a *órgãos públicos* e não a participação em organizações de cunho não estatal, ainda que criadas pelo governo.

Tanto é assim que os atos de gestão administrativa, *definidos por decreto*, estão vinculados a órgãos e despesas passíveis de exame pelo Tribunal de Contas, conforme determina o art. 70 da Lei Suprema ¹⁰.

Mesmo instituições públicas *sui generis*, como é a OAB, que não recebe qualquer recurso público, não pode ser considerada como integrante da Administração Pública, nem subordinada ao Tribunal de Contas, como já decidiu o próprio TCU, ao excluí-la de sua fiscalização ¹¹.

que haja previsão orçamentária —, tais obrigações assumidas não estão vedadas.

Entendo eu que, à luz da teoria do orçamento global, também deveriam estar elencadas, embora reconheça que as empresas estatais constitucionalmente devam ter tratamento idêntico, em tudo, às empresas privadas. Os compromissos assumidos necessitam ser atendidos, em nível de direito privado, sendo a responsabilidade civil do Estado acréscimo de garantia à sociedade ofertada pela Lei Maior.

Coloca-se, pois, o conflito entre a responsabilidade da gestão do patrimônio público e a necessidade de igualdade nas relações empresariais, em que os terceiros de boa-fé devem ser ressarcidos nos compromissos assumidos, independentemente de se conhecer a existência ou não de verbas capazes de atendê-los.

Tenha sido, talvez, esta a orientação do constituinte em vedar a assunção tão-somente de obrigações diretas.

A interdição, na execução orçamentária, diz respeito à Administração, que não pode gerar despesas, sob pena de responsabilização funcional em face da obrigatoriedade dos administradores públicos em respeitar as diretrizes orçamentárias e a própria lei de meios" (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º v., tomo II, Ed. Saraiva, 2001, p. 366/8).

¹⁰ O art. 70 tem a seguinte redação: "Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumida obrigações de natureza pecuniária. (grifos meus) (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)". Somente pessoas físicas ou jurídicas que tenham recebido recursos da União estariam sujeitas a prestar contas ao TCU".

¹¹ Escrevi no parecer que redigi para a OAB: "Ora, se a OAB estivesse subordinada ao Tribunal de Contas da União — que, constitucionalmente, não tem poderes para fiscalizar entidades que não recebem subsídios, subvenções, recursos ou contribuições

Com muito mais razão, órgãos, criados pela Administração Pública, mas que não recebem recursos públicos, não se revestem da característica de “órgãos públicos”.

Ao colaborar com o setor privado, para a formação de um órgão híbrido destinado a praticar atos de gestão de atividade de interesse público, sem oneração da máquina burocrática, pode o Presidente da República, valer-se do decreto.

Aspecto decorrencial diz respeito à extinção dos cargos vagos, única hipótese que a competência do Presidente da República de apenas propor legislação para criação e extinção de órgãos com funções públicas, não depende mais de lei, mas fica no seu poder de administrar permitido pela Lei Maior¹².

Uma penúltima e breve consideração diz respeito às resoluções. Se o Presidente da República pode, por decreto, atuar nos limites definidos pelo inciso VI do art. 84 da Constituição Federal, com muito mais razão pode explicitar, por resoluções, as disposições integrantes de ato normativo maior, visto que “quem pode o mais, pode o menos”, aforismo cuja simplicidade enunciativa vem de priscas eras para os intérpretes do Direito.

A última consideração a ser feita concerne ao inciso IV do art. 84, a fim de compará-lo com o inciso VI, que descreve as atividades do Chefe do Executivo da forma seguinte:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Nele, o poder de decretar do presidente é condicionado ao poder de legislar do Congresso Nacional ou da delegação constitucional da função legislativa, prevista nos arts. 62 e 69.

Trata-se de função exclusivamente explicitadora¹³.

Já no inciso VI, o poder de decretar não tem mais a expressão “nos termos da lei”, de tal forma que o ato emanado com base nele não objetiva explicitar legislação, mas instrumentalizar o governo.

A própria retirada da expressão “nos termos da lei” objetiva diferenciar o decreto explicitador daquele instituidor de regras de organização e funcionamento ou de extinção de cargos e funções vagos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, na vigência da EC 1/1969, que, quando se dá a alteração de disposição constitucional, resta inequívoca a intenção do constituinte de abandonar a conformação jurídica anterior. Na interpretação da legislação infraconstitucional, costuma-se dizer que a lei é mais inteligente que o legislador, porque o intérprete louva-se no sistema constitucional vigente, que constitui seu “antecedente imediato”. Já no campo do Direito Constitucional, a Constituição não é mais inteligente que o constituinte, pois seu “antecedente imediato”, não é, como na lei, a Constituição, mas sim, à falta de norma antecedente, a própria vontade do constituinte.

Assim é que a mudança topográfica das contribuições sociais, pela Emenda 8/1977, do campo do sistema tributário, levou a Suprema Corte a entender que tais exações haviam perdido sua natureza tributária¹⁴.

do Estado — tal subordinação representaria nítida violação ao disposto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. A OAB, sem ter qualquer benefício pecuniário do Estado, estaria, à evidência, cerceada em sua liberdade de escolher, de acordo com a vontade de seus associados, ou seja, de todos advogados, os melhores caminhos de Direito a serem trilhados pela classe e pela sociedade, como última guardiã — e já o demonstrou no passado — da Democracia no país”.

¹² Celso Antonio Bandeira de Mello lembra que a extinção de cargos sempre será feita pelo Executivo na forma da lei: “A extinção de cargos públicos dar-se-á através de atos da mesma natureza, podendo também, quando pertinentes ao Poder Executivo, ser extintos “na forma da lei”, pelo Chefe deste Poder, conforme prevê o art. 84, XXV, da Constituição. Isto significa que a lei pode enunciar termos, condições e especificações, no interior dos quais procederá o Chefe do Executivo. A fortiori, deve-se entender que é também atribuição deste, nas mesmas condições, “declarar-lhes a desnecessidade”, situação prevista no § 3 do art. 41, caso em que seus preenchimentos ficarão como que desativados” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2002, p. 276). No caso de cargos vagos ou funções, entretanto, é a própria Constituição que autoriza o decreto.

¹³ Roque Antonio Carrazza assim define o regulamento: “Podemos, pois, dizer que, no Brasil, o regulamento é um ato normativo, unilateral, inerente à função administrativa, que, especificando os mandamentos de uma lei não auto-aplicável, cria normas jurídicas gerais” (O regulamento no Direito Tributário brasileiro, Revista dos Tribunais, 1981, p. 14).

¹⁴ 1. Tributário. PIS e Imposto Único. Compatibilidade. 2. O PIS não instituiu um imposto, mas uma contribuição, autorizado pelo art. 43, X, da Constituição da República, tendo por finalidade cumprir o art. 165, V da Constituição da República. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em negar provimento ao agravo regimental.

Levantou-se, na ocasião, a tese de que a mera alteração tópica no texto não poderia ter o condão de mudar a natureza jurídica das contribuições, ao que o Supremo esclareceu que o simples fato de as contribuições deixarem de constar expressamente no capítulo próprio do sistema tributário e de terem passado a constar no processo legislativo, em inciso distinto dos tributos, demonstrava a clara intenção do constituinte de retirar das contribuições sociais a natureza tributária. Esse entendimento prevaleceu até 05/10/1988, quando as contribuições readquiriram natureza tributária, por terem sido incluídas no capítulo do sistema tributário, como reconhecido também pela Suprema Corte¹⁵.

É de se lembrar que, na ocasião (1982), o Presidente Figueiredo editou o Decreto-Lei 1.940 para criar contribuição social intitulada “Finsocial”, entendendo que não se tratava de *tributo*, mas de *contribuição*. O STF, todavia, impôs o princípio da anterioridade tributária ao Finsocial, por entender que *sua natureza não era de contribuição, mas de imposto*¹⁶.

Brasília-DF, 22/06/1984 – Soares Muñoz, pres. – Alfredo Buzaid, relator (AI 96.932.2/SP - DJ 17/08/1984, Ement. 1.345).

¹⁵ Escrevi: “A grande novidade é o encerramento definitivo da polêmica criada com a EC 8/1977. Por essa emenda foram instituídas contribuições sociais no elenco do processo legislativo (art. 43, X, da Constituição pretérita) e reduzido o quadro enunciado no § 2º do art. 21 da EC 1/1969.

Em livro escrito com meu filho Ives, intitulado Manual de contribuições especiais, não obstante a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o PIS e a firme jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos sobre sua natureza tributária, posicionamos, os dois, pelo caráter fiscal dessas contribuições, apesar da EC 8/1977.

A matéria fica definitivamente solucionada com o novo Texto, visto que as três espécies foram albergadas pelo sistema na Seção dedicada aos princípios gerais.

As contribuições sociais têm o seu perfil definido no art. 195. Defendi até o julgamento do RE 146.733-9, de 29/06/1992, a tese de que deveria ser veiculada por lei complementar. O Supremo Tribunal Federal afastou tal exegese pelo voto de seu relator, Ministro Moreira Alves, sendo apoiado pelos demais pares. Definiu, todavia, S. Exa., que a natureza das contribuições sociais era tributária. Outra não foi a conclusão do XV Simpósio Nacional de Direito Tributário” (Comentários à Constituição do Brasil, 6º v., tomo I, Ed. Saraiva, 2001, p. 137/140).

¹⁶ Finsocial. Caracterização como imposto. Criação por decreto-lei. Admissibilidade. Necessidade de observância do princípio da anualidade. Recursos extraordinários não conhecidos. Inteligência dos arts. 16 do CTN e 55 a 153, § 29, da CF.

Caracteriza-se como imposto, e não contribuição, o tributo que tem por fato gerador situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

Estas reminiscências, sobre a inteligência da Suprema Corte a respeito da intenção do constituinte, servem como uma luva — nos termos enunciados por Machado de Assis em “A mão e a luva” — para o presente parecer, pois, se o legislador supremo, claramente, decidiu retirar a expressão “nos termos da lei” do inciso VI, é porque entendeu que o “decreto” do inciso VI tem perfil diferente daquele do inciso IV e que um “poder normativo mais alargado” estaria na competência do presidente da República para atender os desideratos das letras *a* e *b* do mesmo inciso.

Feitas estas considerações, passo, apenas perfunctoriamente, a um segundo tipo de análise voltada à natureza jurídica de órgãos ou instituições criados pelo Poder Público sem integrarem propriamente a administração pública¹⁷.

Detenhamos, agora, sobre o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

O pormenorizado histórico apresentado pela eminente advogada Kelli Angelini, no bojo da consulta, demonstra que, nos exatos moldes do controle da rede exercido na maioria dos países desenvolvidos, a Fundação de Apoio a Pesquisas do Estado de São Paulo – FAPESP vinha atendendo, com um grupo de cientistas,

Emenda oficial: Finsocial. Dec.-Lei 1.940, de 25/05/1982. Caracterizada a sua natureza tributária, legitima-se a observância do princípio da anualidade (art. 153, § 29, da CF).

Pacificou-se a jurisprudência do STF no sentido de que o decreto-lei, em nosso sistema constitucional, observados os requisitos estabelecidos pelo art. 55 da CF, pode criar e majorar tributos. Recursos extraordinários não conhecidos. RE 103. 778-4/DF –TJ j. 18/09/1985. Rel. Min. Cordeiro Guerra. DJU 13/12/1985 (rectes: União Federal e Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S/A e outras, recdas.: as mesmas)” (grifos meus) (RT-603/235).

¹⁷ Na ADIN 3026/4-DF (DJ 29/09/2006, Ementário 2249-3), o Min. Carlos Brito entende que a OAB, que é uma autarquia, tem natureza autônoma e não sujeita à Administração Pública, ao dizer: “O regime jurídico da OAB, na verdade, é tricotômico: começa com a Constituição, passa pela lei orgânica da OAB, Lei 8.906, e desemboca nesses provimentos endoadministrativos, endógenos ou da própria instituição.

Para terminar, faço um outro paralelo entre a OAB e a imprensa: a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal como faz a imprensa” (grifos meus) (DJ. 29/09/2006, Ementário 2.249-3, p. 568/9) .

a que se denominou “Grupo Operacional da Internet”, a rede brasileira desta forma de comunicação.

Em outras palavras, a Country Code Top-Level Domain (ccTLDs), conforme a tabela ISO 3166, correspondente ao código de países, que, no início, tinha os registros de domínio e atribuição de IP no mundo inteiro feito de maneira informal, através da “Internet. Assigned Numbers Authority” (“IANA”), grupo cujo *chairman* era o cientista Jon Postel, em 1989, foi estendido (ccTLD br) ao Brasil, após solicitação do Prof. Demi Getschko, com outorga ao Prof. Oscar Sala e transferência ao próprio solicitante.

A experiência acadêmica, pela fantástica expansão, no mundo inteiro e no Brasil, levou à criação do World Wide Web (teia mundial) para que houvesse um imenso banco de dados multimídias de acesso pelo protocolo TCP/IP, ou seja, na linguagem universal de comunicação, por este meio.

Desta forma, *sem qualquer regulação ou interferência estatal*, como solução inicialmente acadêmica e, após, universal, no Brasil, o Grupo Operacional da Internet adotou, em moldes mundiais, o ccTLD.br até o momento em que o Ministério das Comunicações, em conjunto com o Ministério de Ciência e Tecnologia, interessou-se por regulamentar o setor e aproximou-se do grupo e com ele definiu uma série de atuações regulatórias, tendo em vista as atividades relacionadas com a internet no Brasil¹⁸.

Com apenas seis anos de atuação — exclusivamente privada — e com regulação internacional privatizada no Brasil, houve a integração de profissionais do “Grupo Operacional da Internet” que se responsabilizava por esta atuação, com técnicos do governo. Surgiu, então, a Portaria Interministerial 147/1995 do MC e do MCT, que instituiu o Comitê Gestor da Internet do Brasil.

Poder-se-ia dizer, no caso concreto, que a Portaria Ministerial, com sede no parágrafo único do art. 87, II,¹⁹ não teria alicerce legal, pois o dispositivo constitucional refere-se a “expedir instruções para execução de leis, decretos e regulamentos”. Ocorre, todavia, que, de um lado, a competência de atribuições (art. 21)²⁰ veiculada pela CF — portanto, pela Lei Maior — abre campo para tal tipo de ato de gestão superior, de simples regulamentação, já pré-existente no âmbito privado e, de outro, não prejudica o tipo de relação jurídica que se verifica no caso desta consulta, fartamente difundida no Brasil e administrada pelo Grupo Gestor da FAPESP, que é — repita-se — de natureza privada²¹.

Desta forma, a Portaria Interministerial encampava a regulação não oficial do setor, *apenas no concernente* a “ccTLD.br”, no Brasil, mantendo o caráter privado da exploração e não interferindo na outorga de nomes de domínio de outros registros, como, por exemplo, “org”, “com”, que eram — e são — utilizados no País, mas atribuídos por entidades situadas fora do

¹⁸ Arnoldo Wald, ao examinar os avanços da comunicação eletrônica, escreve: “23. Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas de sua dogmática, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo com a globalização e adotando as medidas úteis ou necessárias, num mundo no qual muitos dos conflitos de interesses do passado, entre nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídos por parcerias realizadas no interesse comum.

24. No campo profissional, as universidades se unem às empresas, magistrados e advogados se encontram com professores e congressistas para tentar, mediante soluções consensuais, encontrar os novos caminhos, que, também no plano do direito, o Brasil precisa trilhar, com urgência e coragem, para ser não mais o país das esperanças, mas sim o das realizações.

25. Do mesmo modo que se tem caracterizado o novo capitalismo pela existência de uma “destruição criadora”, pode-se pensar na caracterização do novo direito como uma verdadeira criação ou construção interpretativa que possa, conforme o caso, complementar ou até substituir as normas vigentes ou a interpretação que a doutrina e a jurisprudência lhes davam ou ainda lhes dão” (Direito e Internet, Relações Jurídicas na sociedade informatizada, Ed. Revista dos Tribunais, coordenação Marco Aurélio Greco e Ives Gandra Martins, 2001, p. 15).

¹⁹ O art. 87, parágrafo único, II, está assim redigido: “Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

²⁰ O art. 21, XI e XII, da CF têm a seguinte dicção: “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela EC 8, de 15/08/1995):

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela EC 8, de 15/08/1995):”.

²¹ Pontes de Miranda, sobre o direito pretérito, lembra: “Instruções. As instruções, que os Ministros de Estado expedem, como os avisos e circulares, são fontes jurídicas inferiores às leis e aos regulamentos, a que se reportam e a cuja boa execução se destinam. A Constituição reconhece-lhes a existência no quadro das regras de direito; porém, por sua natureza, não criam, nem alteram, nem extinguem direitos, pretensões, deveres e obrigações, ações ou exceções, se tal eficácia não lhes foi atribuída por lei” (Comentários à Constituição de 1967, Forense, 1987, t. 3, p. 371).

território nacional. A atuação desse ato administrativo não abrangia todos os usuários brasileiros, eis que alguns deles estavam e estão sujeitos a domínios que se encontram registrados no exterior.

A Portaria, portanto, não nasceu ilegal — não feria qualquer lei, embora não fosse baseada em lei, mas na Constituição Federal — exteriorizando, apenas, ato de gestão regulamentar de um setor já disciplinado privadamente e cujas regras foram aproveitadas pela Comissão Interministerial.

Foi, então, criado o Grupo Gestor da Internet do Brasil para o “ccTLD.br”, cujo âmbito de ação e composição está previsto nos arts. 1º e 2º da Portaria retro citada. Foi, na ocasião, aproveitado exatamente o quadro de especialistas da FAPESP, havendo apenas a transferência, junto à IANA, do ccTLD para o Comitê Gestor da Internet do Brasil, conforme a portaria referida.

As inacreditáveis proporções que a internet atingiu em 1998 levaram à criação da Internet Corporation for Assigned Members (ICANN), entidade privada, sem fins lucrativos, albergando as diversas comunidades de usuários da internet com sede na Califórnia²².

A ICANN passou a tudo comandar, nesse setor, no mundo inteiro, desde a administração de normas de domínio da internet até a coordenação de atribuição de números IP.

A ICANN — repita-se, sociedade de natureza privada — tem um Conselho diretivo internacional de 15 membros, à qual ligou-se, em decorrência, o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Este, por outro lado, por ter surgido de grupo de acadêmicos da FAPESP, escolheu esta entidade para colaborar na execução do cc.TLD.br. Assim, em 1998,

para efeitos de registro de normas de domínio e distribuição de endereços IPs no Brasil, o Comitê Gestor da Internet, expressamente delegou à FAPESP a atribuição para execução de tais atividades — repita-se — de natureza privada no mundo inteiro e, embora sob supervisão governamental, também de natureza privada no país.

O Decreto 4.829 de 03/04/2003, ato de competência presidencial, veio ratificar — independentemente de lei — os atos normativos anteriores, nos exatos termos do permitido pelo art. 84, VI, *a*, da CF, reproduzindo, de rigor, nos arts. 1º e 2º, as mesmas disposições da primeira portaria interministerial²³.

A promulgação do Decreto 4.829/2003 levou o Comitê Gestor a transferir a delegação transitória à FAPESP e depois para o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR-NIC.br, conforme definido na Resolução 1/2005, arts. 1º e 2º assim redigidos:

Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, que terá as seguintes atribuições:

I – estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet no Brasil;

II – estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD – country code Top Level Domain), “.br”, no interesse do desenvolvimento da Internet no País;

III – propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando

²²Newton de Lucca lembra que: “Oportuno, porque os dados a respeito da Internet impressionam pela extrema velocidade com que crescem. Quantos navegam por ela hoje no mundo? Falava-se, no ano de 1998, algo em torno de 140 milhões. Já em 2001 estima-se que os usuários possam ultrapassar 700 milhões e que os negócios estejam girando entre 50 e 300 bilhões de dólares. Ao contrário do que alguns pensam, a internet não é singelamente um assunto da moda, como corriqueira e enganosamente tem sido apregoado por todos aqueles que vivem e se deliciam com a superficialidade cosmética das coisas... Antes, deve ser considerada um problema absolutamente novo para a Ciência Jurídica, podendo se asseverar que a Revolução Digital trará para esta última impactos tão ou mais consideráveis do que aqueles que foram ocasionados pela Revolução Industrial” (Tributação na Internet, Pesquisas Tributárias Nova Série 7, coordenador Ives Gandra Martins e Marco Aurélio Greco, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 131).

²³Como a EC 32 retirou a exigência de o decreto ser editado “nos termos da lei” é a própria Constituição que autoriza o presidente a editá-lo. Leia-se neste sentido Plácido e Silva, ao escrever: “Decreto. Derivado do latim *decretum* (decisão, determinação, resolução, julgamento), revela toda decisão ou resolução, tomada por uma pessoa ou por uma instituição, a que se conferem poderes especiais e próprios para decidir ou julgar, resolver ou determinar.

Em sentido técnico, pois, o decreto, em qualquer conceito em que seja tido, implica necessariamente na existência de autoridade da pessoa ou instituição que o formulou, em virtude de que possui o mesmo força para impor a decisão, solução, resolução, ordem, ou determinação, que nele, decreto, se contém” (Vocabulário Jurídico, 18ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 244).

oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV – promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V – articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à internet;

VI – ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à internet;

VII – adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII – deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de internet no País; e

IX – aprovar o seu regimento interno.”

A composição do Comitê Gestor da Internet no Brasil também foi alterada pelo Decreto 4.829/2003, visando à participação de membros da sociedade civil neste Comitê:

“Art. 2º O CGI.br será integrado pelos seguintes membros titulares e pelos respectivos suplentes:

I – um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados:

- a) Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;
- b) Casa Civil da Presidência da República;
- e) Ministério das Comunicações;
- d) Ministério da Defesa;
- e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- f) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- g) Agência Nacional de Telecomunicações; e
- h) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

II – um representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia;

III – um representante de notório saber em assuntos de internet;

IV – quatro representantes do setor empresarial;

V – quatro representantes do terceiro setor; e

VI – três representantes da comunidade científica e tecnológica”.

Desta análise perfunctória da evolução histórica e jurídica do registro das normas de domínio e atribuição dos endereços IP, pode-se concluir que:

- 1) A atuação da FAPESP, inicialmente, e do Comitê Gestor Interministerial e da NIC, no presente, nada obstante a regulamentação federal, reveste-se de característica de relação jurídico-privada, razão pela qual, fora dos controles do Tribunal de Contas e demais órgãos fiscalizatórios de aplicação de recursos públicos, que não há ²⁴;
- 2) Não há exclusividade para outorga no Brasil de “cc-TLD”, visto que outras “ccTLD” podem ter usuários

²⁴O Ministro do TCU, Lincoln Magalhães da Rocha, assim se manifestou, no RE 273.674-RS/2000/0084577-9 (*site* TCU) para demonstrar estar a OAB fora dos controles do TCU: “45. Justificando, ainda, a solidez da decisão judicial levada a termo, permito-me incorporar neste voto trechos de manifestação do jurista Ives Gandra da Silva Martins, em prol da elucidação da matéria, *verbum ad verbum*:

“Cheguei, há muitos anos atrás, a vislumbrar na contribuição para a OAB natureza jurídica de tributo no interesse de categorias sociais, sem, entretanto, ter-me pronunciado de forma definitiva. Hoje, já não tenho dúvidas que não tem natureza tributária, nem mesmo devendo ser imposta por lei, o que ocorreria se fosse uma contribuição, nos termos do art. 149 da CF.

O elemento que me levou a firmar posição neste sentido reside no aspecto de que se a entidade que exerce o controle da advocacia estivesse sujeita à definição do *quantum* dos recursos fundamentais à sua manutenção por parte do próprio Estado (lei produzida pela Casa Legislativa e sancionada pelo Executivo), à nitidez sua autonomia deixaria de existir e ficaria atrelada à boa vontade do Poder que lhe cabe muitas vezes controlar.

(...)

Hoje, não mais tenho dúvidas que tal contribuição não tem natureza tributária, não estando entre as que o art. 149 se refere, ao cuidar das contribuições no interesse das categorias, como ocorre, por exemplo, com os Sindicatos patronais e dos trabalhadores, beneficiados pelas contribuições do ‘Sistema S’ nitidamente de natureza tributária, como já demonstrei em publicações diversas.”

46. Dessa forma, entendo que não merecem qualquer reparo as lições trazidas à colação, sendo lícito concluir pela desobrigação de o Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil apresentarem prestações de contas a este Tribunal.

47. Consoante decisão de 14/04/2002, ao negar provimento a Recurso Especial, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que a doutrina e jurisprudência entendem terem natureza tributária as contribuições para os conselhos *profissionais, excepcionando-se somente a OAB, “por força de sua finalidade constitucional”*.

48. Em seu voto, acolhido por unanimidade, reproduziu a Ministra Eliana Calmon o entendimento do professor Marco Aurélio Greco, no sentido de que “a OAB tem uma posição diferenciada dentro do Sistema Constitucional (CF - art. 133), *além de, em razão de sua autonomia e função, não ser um instrumento de atuação da União*” (grifos meus) (Recurso Especial 273.674-RS/2000/0084577-9).

no país, com registro de nomes, domínios e endereços IPs, oriundos de entidades situadas no exterior, como ocorreu com “ccTLD”.com” ou “org”.

- 3) O que, todavia, é regulamentado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, criado por decreto do Presidente da República no exercício da competência que lhe foi outorgada pela EC 32/1999, é apenas “o registro de nome de domínio” e “atribuições do ccTLD.br”, vale dizer, exclusivamente e tão-somente aqueles nomes de domínio e registros *que se farão no Brasil*;
- 4) À evidência, toda a atividade de regulamentação — e sem necessidade de legislação prévia, por força do não envolvimento de recursos públicos e a não exclusividade deste tipo de atuação —, não só pode ser exercida pelo Comitê Gestor da Internet, como por delegação, lastreada em atos administrativos. A gestão que era inicialmente realizada pela FAPESP e depois foi transferida a uma organização sem fins lucrativos, que é a NIC.br., é rigorosamente legal.

Parece-me, pois, seja do ponto de vista dos atos normativos federais que autorizaram o Estado a participar juntamente com a iniciativa privada do Comitê Gestor, assim como dos atos de delegação e de atuação do próprio órgão — repito, em área não exclusiva e de iniciativa privada em todo o mundo, inclusive como órgãos do controle internacional (IANA e ICANN)—, a regulação da internet, no Brasil, para os ccTLD.br, não fere nem a Constituição, nem a ordem jurídica pré-estabelecida que rege a atuação do poder público, inclusive em nível de normas emanadas por órgãos fiscalizatórios das despesas públicas²⁵.

Feitas as considerações preambulares, passo a responder, de forma perfunctória, às questões formuladas:

- a) A competência de atribuições e normativa do Presidente da República encontra-se disciplinada no art. 84, II, da CF, que comentei em obra conjunta com Celso Bastos nos seguintes termos:

O Presidente da República é o servidor público da Administração Federal de mais alto nível.

²⁵ José Cretella Jr. lembra que: “A regra é a não-delegação. A exceção é a delegação, possível quando fixada em lei. Várias leis brasileiras falam em “delegação de poder público”, “delegados de poder público” (cf. Decreto-Lei 3.365, de 21/06/1941, art. 3.º, e leis sobre o mandado de segurança). Nesses casos, o ato de todo aquele que desempenha função delegada de poder público é considerado “ato de autoridade” e, pois, passível de exame pelo Judiciário, nessa qualidade” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 23, Ed. Saraiva, 1977, p. 138).

Todos estão subordinados à sua direção, desde que dentro da lei.

Sozinho, todavia, não poderia fazer coisa alguma. Juan Mente Alfonso refere-se às organizações primitivas, no fim do período paleolítico e no início do neolítico, em que o chefe limitava o número dos componentes do grupo, pois o grupo menor era mais eficiente na caça, pesca e rapidez de seus deslocamentos do que os grandes grupos. Tal perfil dos primeiros grupos humanos ofertava ao chefe a possibilidade de decidir e comandar seu grupo sem auxílio de ninguém.

No momento, todavia, em que o homem começa a se tornar sedentário e em que a mulher começa a plantar, colher e viver com animais domésticos, os grupos crescem necessariamente, prevalecendo sobre os nômades e dando início à formação das aldeias, vilas e cidades da história moderna.

Com o tempo, o serviço da mulher é complementado pelo dos escravos, surgindo a “classe ociosa”, no dizer de Veblen, isto é, aquela dos homens preocupados com seu esporte preferido, que era lutar pelo poder e fazer guerra.

A partir dessa evolução da humanidade, já não é mais possível ao chefe tudo fazer e tudo decidir sem auxiliares.

À evidência, no Estado moderno o nível de complexidade do comando é consideravelmente maior do que aquele exercido até mesmo nos grandes impérios que a humanidade conheceu.

Nada mais lógico, portanto, que o chefe supremo de uma Nação tenha auxiliares de confiança por ele nomeados, no sistema presidencial de governo, que colaborarão na direção superior da Administração Federal.

O constituinte, ciente dessa complexidade, utilizou os dois vocábulos corretos, ou seja, “direção”, de um lado, e “superior”, do outro, da “administração federal”, que compõe a conformação do governo da União no Estado brasileiro.

Nem o Presidente nem os Ministros administram, mas apenas dirigem. E não dirigem tudo: apenas conformam as linhas mestras da Administração com as leis e os atos administrativos permitidos pela Constituição brasileira.

A direção inferior e a Administração em geral são exercidas por servidores públicos, que, pela nova Constituição, devem ser requisitados por concurso público, afastando-se o favorecimento próprio das ditaduras ou das monarquias absolutas.

Ao Presidente da República, portanto, compete o exercício da direção superior da Administração Federal, nomeando para cada setor um especia-

lista de sua confiança, que lhe permitirá, em tese, governar bem o País em benefício da sociedade (grifos não constantes do original) ²⁶.

No que diz respeito ao inciso VI, *a*, valem as considerações preambulares retro-transcritas neste parecer, lembrando que a EC 32/1999 dispõe sobre o poder normativo do presidente, de editar decretos para organizar e promover o funcionamento da administração federal, *sem necessidade de lei autorizativa* — obviamente, desde que não conflitando com o texto constitucional ou a ordem jurídica vigente — e sem criar ou incorrer em aumento de despesa pública.

Os decretos, portanto, poderão ser de duas naturezas, a saber:

- 1) explicitadores da lei (inciso IV) e
- 2) regulamentadores da organização e funcionamento da administração (inciso VI, *a e b*).

b) A resposta é positiva, por força das considerações retro traçadas. Na competência que lhe foi outorgada pela Constituição, por força do poder regulamentador não só da lei (inciso IV), mas principalmente de medidas que organizem e implementem o funcionamento da administração (inc. VI, *a*), pode o Presidente da República editar decretos nos moldes daquele de número 4.829 de 03/09/2003.

c) Reveste-se de plena legalidade, como demonstrado no corpo do presente parecer, visto que emanado, por força dos poderes outorgados pelo constituinte, no inciso VI, *a*, do art. 84 da Lei Maior, ao Presidente da República, de regular atividade que não é de exclusiva gestão governamental e que permite ao Estado atuar em área, que, no Brasil e no mundo, está no campo das relações privadas.

Decreto, pois, rigorosamente constitucional e de inequívoca legalidade.

d) Quem pode o mais, pode o menos. Se pode o Presidente da República editar decreto para atuação da administração pública em Comitê Gestor de atividade que não é eminentemente pública, para fins de controle e regulação, com muito mais razão, ao ser criado, tal comitê poderá estabelecer diretrizes para os fins apontados na pergunta. De outra forma, sua atua-

ção de “gerir” a internet não teria efetividade. A prática de tais atos não só é permitida, como absolutamente necessária.

Pode, pois, o Comitê, nas funções que lhe foram outorgadas pelo Decreto 4.829/2003, editar resoluções regulatórias.

O Comitê Gestor, sem dúvida alguma, poderá estar no pólo passivo de uma relação processual, como, por exemplo, em mandado de segurança, na qualidade de autoridade coatora. Quanto à legitimidade processual para figurar no pólo ativo, depende de o objeto da lide estar ou não entre as atividades delegadas, que foram, início atribuídas à FAPESP, e, depois, à NIC.br, especificamente, entidade com personalidade jurídica revestida de finalidade não lucrativa e registrada nos registros públicos pertinentes. Em se tratando de lide cujo pedido envolva, por exemplo, registro de domínio — atividade objeto de delegação — quem deve atuar em juízo, no pólo ativo, é a entidade delegada, que possui personalidade jurídica e capacidade de representação, à semelhança do que ocorre no âmbito dos serviços públicos, que é quem atua e responde pelos serviços concedidos permitidos, autorizados ou delegados. No caso, todavia, ao contrário dos serviços públicos concedidos, permitidos, autorizados ou delegados, a transferência de atribuições fez-se, no campo privado, pois todas as funções exercidas por NIC.br, no Brasil e no mundo, são de natureza privada.

Já no tocante à de legitimidade ativa relativamente a atividades que se encontram fora da delegação, sendo, portanto, típicas do Comitê Gestor, esse órgão, embora não possua personalidade jurídica, possui personalidade judiciária, isto é, possibilidade de ser parte para defender o seu direito subjetivo público de exercer das funções de regulamentação que lhe foram atribuídas, nos moldes do que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido em relação a outros órgãos coletivos²⁷. Aliás, elementos que me foram encaminhados para a elaboração deste parecer, dão conta de que o Comitê Gestor já vem protagonizando ações, no pólo ativo, sem notícias de que tenha sido decretada ilegitimidade de parte.

É o parecer.

²⁶ *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º v., tomo II, Ed. Saraiva, 2002, p. 270/2.

²⁷ Vide RE 74.836 RTJ 69/475; RDA 15146; RJTJRS 73/239.