

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Francisco das Chagas Barros de Sousa

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Carlos Nina Everton Cutrim

OUIDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

CONSELHEIRO

Regina Lúcia de Almeida Rocha

CONSELHEIRA

Regina Maria da Costa Leite

CONSELHEIRA

Suvamy Vivekananda Meireles

CONSELHEIRO

Selene Coelho de Lacerda

CONSELHEIRA

SUPLENTE

José Antonio Oliveira Bents

Rosa Maria Pinheiro Gomes

José Henrique Marques Moreira

Eliza Brito Neves dos Santos

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Néa Bello de Sá

João Raymundo Leitão

Reinaldo Campos Castro

Nilde Cardoso Macedo Sandes

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia de Almeida Rocha

Maria dos Remédios Figueiredo Serra

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

José Argôlo Ferrão Coelho

Daniel Ribeiro da Silva

Eliza Brito Neves dos Santos

Rosa Maria Pinheiro Gomes

Iracly Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes

Lígia Maria da Silva Cavalcanti

Suvamy Vivekananda Meireles

Krishnamurti Lopes Mendes França

Francisca Pereira Teive

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Carlos Nina Everton Cutrim

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Froz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

César Queiroz Ribeiro

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Teresa de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 12, jan./dez. 2005

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Francisco das Chagas Barros de Sousa
PROCURADOR DE JUSTIÇA

José Henrique Marques Moreira
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Maria de Fátima de Santana Borges
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Lena Cláudia Ripardo Pauxis
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Ana Teresa Silva de Freitas
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Waldenice Oliveira Almeida Castro
COORDENADORA DE COMUNICAÇÃO

Maria dos Remédios R. dos Santos
COORDENADORA DA BIBLIOTECA

Editoração

Biblioteca - PGJ

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro
São Luís-MA CEP: 65.010-120.
Fone: (0xx98) 219-1600
Fax: (0xx98) 231-2890
E-mail: procuradoria@pgj.ma.gov.br
Home page: www.pgj.ma.gov.br

As idéias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera / Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2005.
n. 12

Anual

1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do Maranhão.

CDU 340 (05)

ISSN 1677 - 1060

Solicita-se permuta We ask for exchange On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

Cada edição da **Revista *Juris Itinera***, lançada para a comunidade jurídica, proporciona-me uma satisfação absolutamente renovada. A razão maior deste sentimento, aliás, é explicável. É que, ainda restando alguns poucos meses para o término do meu mandato à frente da Instituição, com esta nova edição, vejo cumprido, integralmente, mais um dos compromissos assumidos perante a classe ministerial que muito me honra dirigir.

Mas, além disso, não posso me permitir olvidar que a **Revista *Juris Itinera***, como repertório de idéias e de experiências de valorosos operadores do direito, já se tornou uma tradição no meio jurídico daqui e de alhures.

Com efeito, cada artigo que a compõe, dada a diversidade de temáticas e procedência dos seus autores, bem demonstra o acerto do que LENNON apregoava: “*pense globalmente e atue localmente*”.

Assim, por expressar não só o pensamento dos membros do Ministério Público do Estado do Maranhão, mas, também, o de juristas de outras plagas, é importante reafirmar que a publicação, ininterrupta, da **Revista *Juris Itinera*** muito tem contribuído com aqueles que cultuam a ciência do Direito.

Enfim, cômico de que, apesar do esforço de vários colaboradores – Procuradores, Promotores, Servidores e tantos Articulistas –, muito há, ainda, a ser feito, continuamente, com o fito de alcançar o nível de excelência idealizado, desde a sua concepção, para a Revista Jurídica do Ministério Público Maranhense, é aprazível, ao menos, ver pulsar em suas páginas o ideal de Justiça almejado por todos, capaz, sim, de transformar mentalidades e, conseqüentemente, tornar o mundo um pouco melhor.

RAIMUNDO NONATO DE CARVALHO FILHO

Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

LEI 11.106/2005: NOVAS MODIFICAÇÕES AO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO <i>Renato Marcão</i>	9
O CASO MINAS GERAIS: DA ATROFIA DO ESTADO SOCIAL À MAXIMIZAÇÃO DO ESTADO PENAL <i>Cláudio Alberto Gabriel Guimarães</i>	35
A IMPORTÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO DAS POLÍTICAS SOCIAIS <i>Justino da Silva Guimarães</i>	49
OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE DO CONTROLE SOCIAL COERCITIVO <i>Frederik Bacellar Ribeiro</i>	87
MINISTÉRIO PÚBLICO: REFLEXÕES SOBRE OS CONTORNOS INSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL <i>Luciano França da Silveira Junior</i>	103
O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA EM TEMPOS DE CRISE <i>Cláudio Luiz Frazão Ribeiro</i>	135
DEFESA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO A PARTIR DE UMA FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA <i>Maria Fernanda Salcedo Repolês</i>	147

**TRIBUNAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
A INDISFARÇÁVEL TENDÊNCIA BRASILEIRA AO CONTROLE
ABSTRATO DE NORMAS**

Rômulo Lago e Cruz 157

**DA COMPETÊNCIA E DOS LIMITES
REGULAMENTADORES E DE FISCALIZAÇÃO DO TCE**

Cássius Guimarães Chai 177

LEI 11.106/2005: NOVAS MODIFICAÇÕES AO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

*Renato Marcão**

1 INTRODUÇÃO

Entrou em vigor no dia 29 de março de 2005, data de sua publicação, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou o Código Penal brasileiro em relação ao disposto nos arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231, e acrescentou o art. 231-A.

Por força do disposto no art. 3º da referida lei, o Capítulo V (Do lenocínio e do tráfico de mulheres) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), da Parte Especial do Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”.

Além das modificações acima indicadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, o novo diploma legal revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do *caput* do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Em sentido amplo, as modificações foram sensíveis e as novas regras reclamam, desde logo, apreciação reflexiva para uma melhor compreensão de todos os temas abordados.

2 SOBRE AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS

Para uma melhor compreensão, passaremos a analisar cada uma das *modificações introduzidas* no Código Penal, na exata mesma ordem de

* Mestre em Direito Penal, Político e Econômico e Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal, Presidente da AREJ – Academia Rio-pretense de Estudos Jurídicos, Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP), do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP) e do Instituto de Estudos de Direito Penal e Processual Penal (IEDPP). Autor dos livros: *Lei de Execução Penal Anotada* (Saraiva); *Tóxicos – Leis 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas* (Saraiva), e, *Curso de Execução Penal* (Saraiva).

disposição constante da Lei 11.106/2005, e depois, em tópico distinto, cuidaremos de tecer considerações a respeito das *regras revogadas*, tudo conforme segue.

2.1 Art. 148 do Código Penal

No *caput* do 148 do Código Penal estão descritas as condutas que tipificam o seqüestro e o cárcere privado. Ao narrá-las o legislador assim dispôs: “privar alguém, de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado”.

A pena prevista para as hipóteses do *caput* é de reclusão, de um a três anos.

Na precisa visão de NÉLSON HUNGRIA:

“Entende ROMEIRO (Dicionário de direito penal), que o cárcere privado é um *genus*, de que o seqüestro é uma *species*: ‘O crime de cárcere privado pode tomar a forma de detenção ou de seqüestro; dá-se a detenção quando a violência exercida sobre a pessoa consiste no impedimento ou obstáculo de sair de um certo e determinado lugar; no seqüestro compreende-se o fato de conservar a pessoa em lugar solitário e ignorado, de modo que difícil seria a vítima obter socorro de outro’. Parece-nos, entretanto, mais acertado dizer que o seqüestro é o que é o *gênero* e o cárcere privado a *espécie*, ou, por outras palavras, o seqüestro (arbitrária privação ou compressão da liberdade de movimento no espaço) toma o nome tradicional de *cárcere privado* quando exercido *in domo privata* ou em qualquer recinto *fechado*, não destinado à prisão pública. Tanto no seqüestro quanto no cárcere privado, é detida ou retida a pessoa em determinado lugar; mas, no cárcere privado, há a circunstância de *clausura* ou *encerramento*. Abstraída esta acidentalidade, não há que distinguir entre as duas modalidades criminais, de modo que não se justificaria uma diferença de tratamento penal”¹.

¹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 6, p. 183-184.

Evidencia-se como *objeto jurídico da tutela penal* a liberdade individual, a liberdade de ir e vir, ficar, permanecer; a liberdade de locomoção, em última análise.

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como qualquer pessoa está em condição de ser *sujeito passivo*.

O elemento subjetivo é o *dolo*. Basta o *dolo genérico* para a configuração, e não há forma culposa.

Admite-se a *tentativa*.

Conforme CELSO DELMANTO e outros: “É delito material, que se consuma no momento em que ocorre a privação; é permanente, sendo possível a prisão em flagrante do agente, enquanto durar a detenção ou retenção da vítima”².

Seus §§ estabelecem figuras qualificadas, e as modificações feitas pela nova lei estão dispostas no §1º.

2.1.1 Sobre o § 1º, inc. I

O § 1º estabelece formas qualificadas em que a pena é de reclusão, de dois a cinco anos, e quanto à pena nada mudou.

Em sua antiga redação o inc. I do §1º do art. 148 do Código Penal assim dispunha: “Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge do agente ou maior de 60 (sessenta) anos”.

A nova redação tem o seguinte texto: “Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos”.

A proteção penal agora foi estendida ao *companheiro do agente*.

2.1.1.1 Crime praticado contra companheiro

Entenda-se: companheiro ou companheira.

Aqui a redação ampliou o rol das formas qualificadas tendo em vista a necessidade de tratamento igualitário entre “cônjuge e companheiro” como decorrência do novo perfil jurídico-constitucional desta última situação reguladora de relacionamentos, que não está amparada nas mesmas formalidades que protegem os cônjuges.

² DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 318.

Antes da previsão expressa não era possível estender a forma qualificada aos autores de tais crimes praticados contra companheiros em razão de estar vedada em Direito Penal a interpretação ampliada do alcance da norma de maneira a ensejar resultado gravoso ao réu.

O sistema de proteção encontrava-se falho, omissivo, e isso ao menos desde a Constituição Federal de 1988, tendo em vista a nova disciplina indicada para o tratamento das relações entre companheiros ou concubinos, conviventes em união estável.

Questão interessante a ensejar debate nas instâncias judiciais refere-se à possibilidade da forma qualificada estender-se aos autores de crimes contra “companheiro ou companheira” em se tratando de relação homoafetiva.

Considerando que o ordenamento jurídico não dá proteção a tais relações; que não há por parte do Estado qualquer reconhecimento expresso para efeito de salvaguarda de direitos, o princípio da reserva legal impede que tais situações sejam reconhecidas para o efeito de permitir o elastério da norma agora prevista no inc. I, §1º, do art. 148 do Código Penal. Eventual ampliação do conceito de “companheiro” no sentido apontado ensejaria punição mais severa ao réu (ou à ré), vedada em razão da ausência de expressa cominação legal. Incabível falar, aqui, em aplicação de analogia, interpretação extensiva etc.

Por outro lado, caso sobrevenha alguma lei regulando a união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-as às relações estáveis entre homem e mulher para efeito de reconhecimento estatal e salvaguarda de direitos, a regra agora em comento passará a ser aplicada em relação a tais situações hoje desprotegidas em face à legislação penal vigente.

Anotese, por oportuno, que para ter maior coerência sistêmica é preciso que o legislador, entre outras coisas, atualize o art. 61, inc. II, “e”, do Código Penal, que apenas se refere ao ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

2.1.2 Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos

A nova lei acrescentou ao § 1º o inc. IV com a seguinte redação: “se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos”.

Em razão da nova disposição também será qualificado o crime quando a vítima não contar com 18 (dezoito) anos completos, e a pena será de reclusão, de dois a cinco anos.

Se a privação da liberdade ocorrer no dia do aniversário a qualificadora não incidirá, pois, em tal caso, a vítima não poderá ser considerada *menor de dezoito anos*.

A modificação é bem vinda, pois, com ela, fica estabelecida a harmonia no sistema de proteção ao menor de 18 (dezoito) anos, em coerência com o disposto na segunda figura do §1º do art. 159 do Código Penal, onde está estabelecido que o crime de *extorsão mediante seqüestro* será qualificado “se o seqüestrado for menor de dezoito anos”.

Em relação a tal forma qualificada no crime do art. 159, ao seu tempo escreveu NÉLSON HUNGRIA: “A circunstância de ser a vítima menor de 18 anos (isto é, que ainda *não completou* tal idade) também justifica a agravação especial, porque torna mínima, quando não nenhuma, a possibilidade de eximir-se ao seqüestrado, ao mesmo tempo que é infringida a incolumidade especialmente assegurada à criança e ao adolescente”³.

Considerando que o crime de seqüestro ou cárcere privado é de natureza permanente, em algumas situações a privação da liberdade poderá iniciar quando a vítima for menor de dezoito anos e terminar após ela ter completado tal idade. Ainda será possível, em outra situação, que a privação da liberdade tenha se iniciado antes da nova lei e perdurado para além de seu ingresso no ordenamento.

Em ambas as hipóteses a qualificadora incidirá.

Analisando os efeitos do art. 4º do Código Penal em relação ao crime permanente, DAMÁSIO DE JESUS assim leciona:

“Nele, em que o momento consumativo se alonga no tempo sob a dependência da vontade do sujeito ativo, se iniciado sob a influência de uma lei e prolongado sob outra, aplica-se esta, mesmo que mais severa. O fundamento de tal solução está em que a cada instante da permanência ocorre a intenção de o agente continuar a prática delituosa. Assim, é irrelevante tenha a conduta seu início sob o império da lei antiga, ou esta não incriminasse o fato, pois o dolo ocorre durante a eficácia da lei nova: presente está a intenção de o agente infringir a nova norma durante a vigência de seu comando”⁴.

³ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 7, p. 73.

⁴ JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

A tentadora compreensão inversa levaria à conclusão no seguinte sentido: se a privação da liberdade iniciar quando a vítima ainda contar com menos de 18 (dezoito) anos, porém, se estender para além da data em que atingida tal idade, a qualificadora estará afastada.

Se verificada a hipótese exatamente como acima aventada; com o prolongamento da privação da liberdade o réu estaria a se beneficiar, deixando de incidir em pena de dois a cinco anos, acabando por ser “agraciado” com a adequação típica de sua conduta no preceito primário, com pena cominada entre um e três anos, de reclusão.

Aqui, a prolongação do sofrimento da vítima seria benéfica ao réu, o que não se pode admitir eticamente, tampouco à luz do disposto no art. 4º do Código Penal, conforme anotado.

Na outra situação indicada, onde a privação da liberdade do menor de dezoito anos teve início antes da lei e se alongou para depois de sua vigência, a natureza permanente do crime impede, por absoluto, o não-reconhecimento da qualificadora, hipótese claramente incogitável.

2.1.3 Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosos

A última alteração feita no art. 148 decorre do inciso V, que também foi acrescido ao § 1º.

Pela nova previsão, se o seqüestro ou o cárcere privado for praticado *para fins libidinosos* o crime também será qualificado e contará, obviamente, com pena mais elevada (reclusão, de dois a cinco anos).

Atos libidinosos são aqueles praticados com a finalidade de satisfazer a lascívia, o prazer sexual.

Se o crime for cometido *para o fim de manter relação sexual* (cópula vagínica) ou para a prática de qualquer *ato libidinoso diverso da conjunção carnal* (coito anal ou felação, por exemplo), a forma qualificada estará presente.

Se além da privação da liberdade, configuradora de seqüestro ou cárcere privado, o réu (ou a ré) efetivamente praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, contra a vontade da vítima (art. 214 do CP), ocorrerá concurso material de crimes (art. 69 do CP). Também haverá concurso material de crimes se além do seqüestro ou cárcere privado o agente submeter a vítima à relação sexual não consentida (art. 213 do CP).

Na hipótese do inc. V, por certo haverá muita discussão a respeito do posicionamento acima adotado, pois não serão poucos os que entenderão que o crime de seqüestro ou cárcere privado deverá ser considerado crime meio para a prática do crime fim – atentado violento ao pudor ou estupro, dependendo do caso.

A melhor exegese, entretanto, não autoriza tal compreensão, inclusive porque tais crimes prescindem, para sua configuração, das práticas tratadas no art. 148 do Código Penal.

2.2 Considerações gerais

Como visto, em relação ao art. 148 do Código Penal foram feitas alterações que implicaram em novas formas de adequação típica qualificada.

Em razão do princípio da anterioridade da lei penal; da irretroatividade da lei penal mais severa, somente os crimes praticados nos moldes descritos nas novas qualificadoras *após a vigência da lei* é que estarão sujeitos à forma qualificada que impõe punição mais severa. Não há qualquer possibilidade de agravamento de pena em razão das novas disposições no que tange aos fatos passados, consumados antes do ingresso das novas disposições no universo jurídico.

De ver-se, entretanto, que o seqüestro e o cárcere privado são crimes permanentes, e mesmo que a inicial privação da liberdade tenha ocorrido antes da vigência da lei, ocorrendo, por exemplo, prisão em flagrante depois da data em que o regramento novo passou a ser aplicável, a tipificação se amoldará à forma qualificada em razão dos efeitos da permanência, conforme as observações acima apontadas, pois em tais situações, enquanto durar a permanência o crime estará em seu processo consumativo.

2.3 Art. 215 do Código Penal

Com o *nomem criminis* de posse sexual mediante fraude, na redação antiga o art. 215 do Código Penal punia a conduta de: “Ter conjunção carnal com mulher *honestas*, mediante fraude”. (grifo nosso)

Agora, conforme a Lei 11.106/2005, a redação do art. 215 passou a ser a seguinte: “Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”.

Conjunção carnal, para os termos da lei, quer dizer cópula vagínica, relação sexual.

O crime em questão consome-se com a efetiva conjunção carnal e somente é punido a título de dolo, podendo ser praticado mediante concurso de pessoas, com possibilidade de verificação da forma tentada.

O objeto jurídico da tutela penal é a liberdade sexual da mulher.

Sujeito ativo do crime só pode ser o homem, e somente a mulher *honest* estava sujeita a ser vítima de tal ilícito penal, o que agora foi corrigido, pois a partir da “nova lei” *qualquer mulher* poderá ser vítima, sujeito passivo, portanto.

A expressão “*mulher honest*” constituía elemento normativo do tipo, e a exigência de honestidade impunha tratamento de natureza nitidamente discriminatória.

A mudança agora introduzida ampliou a esfera de alcance da norma penal incriminadora, pois, se antes da mudança somente mulher que fosse considerada honesta estava protegida em sua liberdade sexual pela norma em comento, agora a proteção penal tem abrangência indistinta e não discriminatória em relação ao sexo feminino.

Merece aplauso o reparo legislativo, pois se a figura do crime de estupro (art. 213 do CP) também visa à proteção da liberdade sexual da mulher, seja ela *sexualmente honest* ou não (prostituta pode ser vítima do crime de estupro, RT 700/355), era sem sentido lógico deixar desprotegida penalmente, para os fins do crime de posse sexual mediante fraude, a liberdade sexual da mulher que optou por adotar conduta sexual de contornos mais frouxos.

A ausência de *honestidade sexual* da mulher devassa não pode constituir motivo para a ausência de proteção penal, na exata medida em que aquelas dotadas de menor recato também podem ser submetidas à ação de “ter conjunção carnal, mediante fraude”.

A ausência de *honestidade sexual* nunca constituiu imunidade à fraude que pode ser empregada para fins sexuais, e não é ético deixar sem proteção, como forma de “punição” ou “patrulhamento” da liberdade, aquela que se colocou a usar de seu erotismo de forma avolumada, com pouco ou nenhum critério.

A proteção agora é plena e, de certa forma, confirma a liberdade de cada um no sentido de poder conduzir sua vida sexual como bem lhe aprouver.

Em termos práticos é preciso anotar que inquéritos policiais arquivados no passado, exclusivamente em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima, não poderão ser agora reabertos apenas em razão da mudança legislativa.

Não há como se justificar a aplicação do art. 18 do Código de Processo Penal na hipótese em testilha, e eventual tentativa nesse sentido irá configurar flagrante constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

Absolvições impostas em Primeira Instância em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima (antes da nova lei) não poderão ser modificadas em grau de recurso com fundamento exclusivo na mudança legislativa.

Com efeito. A nova regra é mais gravosa na medida em que amplia o alcance da descrição típica para situações que antes não estavam nos limites da tipificação, e os princípios da anterioridade da lei⁵ e da irretroatividade da lei penal mais severa⁶ impedem a aplicação do texto novo em relação aos crimes já consumados no passado, sob a égide do antigo regramento.

2.4 Art. 216 do Código Penal

Encerrando o rol de proteção à liberdade sexual quanto aos crimes praticados mediante fraude, o art. 216 do Código Penal regula a figura do “atentado ao pudor mediante fraude”.

Enquanto o art. 215 do Código Penal se refere à prática de conjunção carnal, assim compreendida a relação sexual entre homem e mulher, nos termos em que acabamos de expor no tópico acima, o artigo sob análise se refere à prática de *qualquer ato libidinoso* diverso da conjunção carnal.

Na precisa e oportuna lição de NELSON HUNGRIA, “ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência”⁷. E o mesmo autor ainda ensinou: “O ato libidinoso a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência, nem ser reconhecido numa atitude ambígua”⁸.

O que distingue o atentado *fraudulento* ao pudor (art. 216 do CP) do atentado *violento* ao pudor (art. 214 do CP) é o meio empregado para a prática dos atos libidinosos.

⁵ Art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal; art. 1º do Código Penal.

⁶ Art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal; art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

⁷ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 8, p. 131.

⁸ *Ibid.*, p. 133.

A mudança na redação do art. 216 foi tão severa e radical quanto acertada.

Enquanto a forma fundamental punia como crime a conduta de “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, com a Lei 11.106/2005 a tipificação básica passou a ser muito mais ampla.

Com a nova redação, constitui crime de atentado ao pudor mediante fraude: “Induzir *alguém*, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. (grifo nosso)

Houve profunda alteração quanto à possibilidade de sujeição passiva.

2.4.1 Sujeito passivo

Antes, o crime do art. 216 do Código Penal só podia ser praticado contra mulher, e não bastava a condição de mulher pura e simplesmente; não era toda e qualquer mulher que podia ser vítima; era preciso tratar-se de *mulher honesta*.

Com a retirada do elemento normativo do tipo: *mulher honesta*, e a inclusão da expressão “alguém”, a sujeição passiva ficou ampliada consideravelmente, conforme já é possível antever.

No que pertine ao tema “mulher honesta” remetemos o leitor àquilo que já foi expandido nas reflexões ligadas ao art. 215 do Código Penal (*item 2.3, supra*), no que for pertinente.

Quanto ao mais, cumpre anotar que agora o *homem* também pode ser vítima de crime de atentado ao pudor mediante fraude. A expressão *alguém* é indeterminada quanto ao sexo, permitindo que tanto o homem quanto a mulher, seja ela honesta ou não, figurem como vítima.

E era assim que devia ser mesmo. Não havia razão lógica ou jurídica para as restrições quanto à possibilidade de sujeição passiva no tocante ao crime em comento.

Não se justificava a proteção jurídico-penal tão-só à *mulher honesta*.

Homens e mulheres, indistintamente, podem ser vítima do crime sob análise.

A restrição à mulher honesta tinha ranço discriminatório, razão maior da mudança imposta em boa hora, senão tardiamente.

Inclusive por coerência, era preciso alinhar o art. 216 do Código Penal ao art. 214 do mesmo “Codex”, que não contém restrições quanto a sujeição passiva, de maneira a permitir que homens e mulheres sejam considerados vítimas do crime de atentado violento ao pudor, nos termos de sua regulamentação.

A *lacuna* está preenchida.

A discriminação condenável foi banida e o sistema de proteção foi aperfeiçoado.

2.4.2 Parágrafo único do art. 216 do Código Penal

Para ser coerente com as disposições contidas no *caput* do art. 216 foi preciso mudar a redação de seu parágrafo único.

A antiga redação era nos seguintes termos: “se a ofendida é menor de dezoito e maior de catorze anos”⁹.

Ampliada a sujeição passiva, que agora não alcança apenas vítima do sexo feminino, não era correto manter na redação do parágrafo único a expressão “*ofendida*”.

Se a regra não fosse modificada iria proporcionar odioso tratamento discriminatório, com previsão de pena qualificada apenas quando a vítima fosse do sexo feminino, excluindo a possibilidade de qualificadora quando “*o ofendido*” fosse menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos de idade.

Substituído o vocábulo “*ofendida*” por “*vítima*”, ampliou-se a forma qualificada para alcançar vítimas de ambos os sexos, como deve ser.

A pena prevista para a forma qualificada foi mantida: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

2.5 Causas de aumento de pena

O art. 226 do Código Penal está no Capítulo IV do Título VI, onde estão as “Disposições gerais”, e estabelece causas de aumento de pena para os crimes previstos nos capítulos anteriores, assim entendidos aqueles que se encontram no mesmo Título VI (Dos crimes contra os costumes), a saber: Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual); Capítulo II (Da sedução e da corrupção de menores); Capítulo III (Do rapto), este, agora com todos os seus artigos revogados, conforme o art. 5º da “nova lei”.

⁹ Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

Suas disposições elencam agravantes especiais das quais decorre cota fixa de aumento de pena.

O texto antigo era expresso nos seguintes termos: “A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III - se o agente é casado”.

A nova redação está posta nos seguintes termos: “A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da “nova lei”, e sobre tal matéria trataremos em tópico distinto.

Antes da mudança imposta com a Lei 11.106/2005 a quota fixa de aumento de pena era comum a todas as modalidades previstas (quarta parte), agora, o aumento será de *quarta parte* apenas na hipótese do inciso I, e de *metade* nas situações do inciso II.

2.5.1 Sobre o inciso I

No que tange ao inciso I cumpre observar que não houve mudança de redação no sentido de ampliar ou restringir o alcance da norma. A mesma previsão que antes justificava o aumento de pena ainda persiste.

Ainda em relação ao inciso I é importante destacar que “o dispositivo não se refere, indistintamente, a *concurso* de duas ou mais pessoas *para o crime*, mas ao fato de ter sido o crime *cometido*, isto é, *executado* com pluralidade de agentes”¹⁰.

2.5.2 Sobre o inciso II

Em relação ao inciso II as mudanças foram consideráveis e buscaram uniformizar o tratamento jurídico-penal dentro de uma acertada visão sistêmica e atualizada do Direito.

¹⁰ HUNGRIA, op. cit., v. 8, p. 247.

No texto legal *foram mantidas* as seguintes causas de aumento: se o agente é ascendente, irmão (ou irmã, entenda-se), tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

2.5.2.1 *Texto suprimido*

Foi suprimida do texto a figura do “pai adotivo”.

Obviamente, com tal providência não quis o legislador beneficiar o “pai adotivo” que praticar os crimes a que se refere o art. 226. E efetivamente não beneficiou.

É que desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), e também em razão do “Novo Código Civil” (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), não mais se justifica, juridicamente, a utilização da expressão “pai adotivo”, isso em razão do tratamento jurídico desde então dispensado à adoção, e notadamente em razão dos efeitos que dela decorrem.

Em razão do novo tratamento jurídico dispensado à adoção, e dos efeitos que dela resultam, a figura do antigo “pai adotivo” agora se enquadra na figura do ascendente, já expressa na antiga redação do inciso II, que nesse ponto não sofreu alteração.

Está mantida, pois, a proteção jurídico-penal, e agora ajustada com a nova realidade jurídica na sempre necessária visão sistêmica.

2.5.2.2 *Texto acrescido*

Além do que foi mantido e retirado do inciso II, conforme analisamos acima, a mudança legislativa acrescentou que a pena também será aumentada *de metade* se o agente for: *madrasta, tio, cônjuge* ou *companheiro*.

Como o texto antigo já previa como causa de aumento de pena o fato do delito ter sido praticado por *padrasto*; visando acabar com as discussões sobre a possibilidade de se estender ou não a causa de aumento para a *madrasta* autora de delito de igual natureza, isso em razão de princípios como o da taxatividade, da reserva legal etc., a Lei 11.106/2005 ajustou a redação do inciso II de forma a não permitir a continuidade da discussão.

Aliás, o reparo era mesmo necessário também em razão das demais mudanças instituídas com a própria Lei 11.106/2005.

Se o agente for *tio* da vítima a pena também será aumentada a partir da vigência da “nova lei”. Entenda-se: *tio* ou *tia*.

Tal compreensão não está proibida em razão da ausência de previsão expressa. Diga-se o mesmo em relação ao *companheiro* ou *companheira*.

É certo que o inciso refere-se apenas e tão-somente ao *tio* (no masculino) e ao *companheiro* (no masculino), e isso poderia levar à conclusão no sentido de que o legislador quis excluir da incidência da causa de aumento de pena regulada no inciso II do art. 226 a *tia* e a *companheira*, até porque em relação ao *padrasto* cuidou de acrescentar a figura feminina correspondente (*madrasta*), cautela não adotada em relação aos outros dois (*tio* e *companheiro*).

Ocorre, entretanto, que buscando o espírito da lei; o espírito das mudanças impostas, a conclusão não pode ser outra. O que se pretendeu, mesmo, foi a ampliação para o *tio*, de sexo masculino ou feminino, e ao *companheiro* do sexo masculino ou feminino.

Ainda que assim não se entenda, uma outra possibilidade de enquadramento da *tia* e da *companheira* será possível, se identificada a hipótese estabelecida na parte final do inc. II.

Se por um lado é até possível dizer que o texto legal se afigura imperfeito quanto ao seu alcance de proteção jurídico-penal, e isso em razão da ausência de expressa menção a tais figuras (*tia* e *companheira*), é certo que estamos diante de um típico caso de interpretação analógica, onde as cláusulas específicas estão seguidas de cláusula genérica, e isso em razão da parte final do inciso II onde se lê: "... preceptor ou empregador da vítima *ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela*".

Sendo assim, se a agente for *tia* ou *companheira*, exercendo, *a qualquer título, autoridade sobre a vítima*, estará justificada a causa de aumento (embora com outro fundamento).

Maior discussão, entretanto, ficará para a hipótese de *companheiro* ou *companheira*, isso em razão da questionável *autoridade* que um possa exercer sobre o outro.

No que tange aos conviventes em relação homoafetiva reiteramos o que já ficou anotado por ocasião das observações ao art. 148 do Código Penal (item 2.1.1.1. *Crime praticado contra companheiro*), para onde remetemos o leitor.

Quanto à figura do *cônjuge* não há qualquer questionamento. A previsão refere-se ao *cônjuge* do sexo masculino e também ao *cônjuge* do sexo feminino.

2.5.2.3 Aumento de pena nas hipóteses do inciso II

As causas descritas no inciso II agora ensejam aumento de *metade* da pena (antes o aumento era de quarta parte).

No que pertine a incidência da nova regulamentação sobre fatos já consumados antes de sua vigência é preciso ter em vista as disposições dos arts. 1º e 4º do Código Penal, que estão amparados no art. 5º, incs. XXXIX e XL da Constituição Federal.

2.6 Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas

Conforme o art. 3º da Lei 11.106/2005, o Capítulo V do Título VI (*Dos crimes contra os costumes*), da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: “*Do lenocínio e do tráfico de pessoas*”.

O título passou de: “Do lenocínio e do tráfico de *mulheres*” para: “Do lenocínio e do tráfico de *pessoas*”. (grifo nosso)

A mudança foi necessária em razão das modificações introduzidas nos arts. 227 e 231 do Código Penal, conforme veremos abaixo.

2.7 Mediação para servir a lascívia de outrem

Sob o *nomem criminis* de “mediação para servir a lascívia de outrem” o art.227 do Código Penal tipifica a conduta de “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, estabelecendo pena de reclusão, de um a três anos para a forma simples.

As formas qualificadas estão elencadas nos §§ 1º e 2º.

Em conformidade com o disposto no § 3º, “se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A nova lei deu maior abrangência ao § 1º do art. 227, que na redação antiga tinha o seguinte texto: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, *marido*, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”. (grifo nosso)

A nova redação está nos seguintes termos: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente,

cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”. (grifo nosso)

Como se vê, a expressão “marido” foi substituída por “cônjuge ou companheiro”. De melhor rigor técnico e em sintonia com as regras que integram o sistema jurídico vigente, a mudança merece aplauso.

Enquanto a previsão antiga se referia apenas ao *marido*, cônjuge do sexo masculino, portanto, agora fala em *cônjuge* ou *companheiro*. Leia-se: cônjuge do sexo masculino ou feminino; companheiro ou companheira.

No que tange aos reflexos incidentes sobre os fatos praticados sob a égide do regramento antigo é preciso destacar que não houve qualquer abrandamento em relação ao “marido” que cometeu tal crime, visto que a forma qualificada quanto a este permaneceu intacta, somente com nova linguagem técnica, qual seja: cônjuge.

Por outro vértice, se a conduta fora praticada antes da nova lei por cônjuge do sexo feminino, por companheiro ou companheira, não estará submetida ao novo tratamento penal. Quanto a estes, somente a partir da vigência da “nova lei” é que se submeterão a seus efeitos penais severos.

Quanto ao mais, para evitar o enfado da repetição remetemos o leitor ao que foi dito por ocasião das considerações ao art. 148 do Código Penal (2.1.1.1. *Crime praticado contra companheiro*), no que for pertinente.

2.8 Tráfico internacional de pessoas

Outra mudança trazida pela Lei 11.106/2005 está no art. 231 do Código Penal, antes denominado crime de “tráfico de mulheres”.

Agora o *nomem criminis* passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, e isso em razão da nova redação do art. 231 e também para destacar sua diferença com o novo tipo penal trazido com a “lei nova”, denominado “tráfico interno de pessoas”, expresso no art. 231-A, objeto de apreciação no tópico seguinte.

A redação antiga do art. 231 tinha o seguinte teor: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída *de mulher* que vá exercê-la no estrangeiro”. (grifo nosso)

Para a forma fundamental a pena era de reclusão, de três a oito anos.

Com a nova redação o sistema repressivo passou a punir como crime de “tráfico internacional *de pessoas*” as seguintes condutas: “Promover, *intermediar*

ou facilitar a entrada, no território nacional, *de pessoa* que venha exercer a prostituição ou a saída *de pessoa* para exercê-la no estrangeiro”. (grifo nosso)

Foi mantida a pena de reclusão no mesmo patamar, contudo, agora ela deverá ser aplicada cumulativamente com pena de multa. Antes da nova lei a imposição de pena de multa só se verificava se o crime fosse cometido com o fim de lucro, conforme a redação do § 3º que acabou revogado. Para o legislador, agora, tal crime sempre será praticado com o fim de lucro, conclusão que não é de todo desacertada.

A mudança introduzida no *caput* atualizou o tipo penal com a realidade dos dias hodiernos.

O verbo *intermediar*, incluído no *caput*, tem considerável alcance e por certo proporcionará o enquadramento de muitas condutas convergentes à prática do crime em questão, antes de difícil conformação e ajustamento às hipóteses típicas.

Enquanto as condutas de *promover* ou *facilitar* têm alcance mais restrito, a *intermediação* completa o rol das condutas típicas que normalmente estão ligadas às infrações de tal natureza e permite não deixar a descoberto; fora da esfera de proteção penal, razoável número de comportamentos se ajustam ao verbo.

Enquanto qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime em questão, na antiga redação somente a mulher é que poderia ser *sujeito passivo*.

A nova redação deu ao crime uma redefinição e também maior alcance, pois, com a retirada do monopólio do sexo feminino em relação ao pólo passivo, agora *qualquer pessoa* poderá nele figurar: homem ou mulher.

A restrição foi derrubada.

Sensível à realidade dos dias atuais e conhecendo as práticas que envolvem a exploração sexual em sentido amplo, o legislador reconheceu a necessidade de ampliar, e por isso ampliou, a proteção penal também ao sexo masculino, pois já não é novidade a comercialização e exploração sexual do homem, o que era quase inimaginável no tempo em que se redigiu o Código Penal brasileiro.

Foram mantidas as redações dos §§ 1º 2º e as penas reclusivas exatamente como antes. Acrescentou-se apenas a pena de multa, agora cumulativamente aplicada.

A revogação do § 3º, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que *antes era*

condicionada ao “fim de lucro” *agora é obrigatoriamente cumulativa* e está expressa nos §§ precedentes.

Haveria, pois, flagrante impertinência em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

2.9 Tráfico interno de pessoas

Além da nova tipificação ampliada em relação ao art. 231 a Lei 11.106/2005 também criou novo tipo penal.

Para o aperfeiçoamento do sistema punitivo, além de punir o tráfico *internacional* de pessoas agora com maior amplitude, o legislador cuidou de tipificar o crime de “tráfico *interno* de pessoas”, estabelecendo como crime previsto no art. 231-A do Código Penal as condutas de: “Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição”. A pena abstratamente prevista é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, exatamente como a pena prevista para o art. 231, *caput*, e por força do disposto em seu parágrafo único, ao crime de tráfico interno de pessoas também são aplicáveis as regras dos §§ 1º e 2º do art. 231.

O objeto jurídico da tutela penal é a honra sexual; a lei também visa proteger os bons costumes.

Qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito ativo*, independentemente do sexo, ocorrendo o mesmo em relação ao *sujeito passivo*.

O *elemento subjetivo* do tipo é o dolo. Basta o dolo genérico.

A *consumação* ocorre com a prática efetiva de pelo menos uma das condutas descritas no tipo penal, sendo admissível a forma tentada (art. 14, II, co CP).

A figura do art. 231-A é tipo alternativo, de conduta variada.

Promover significa *dar impulso, colocar em execução* (de qualquer forma); *intermediar* quer dizer *servir de intermediário* ou *mediador*; *facilitar*, aqui, tem o sentido de *desembaraçar, tornar mais simples, dar maior agilidade*.

Recrutamento é a reunião; agrupamento ou alistamento de pessoas. Não é preciso que o recrutamento envolva várias pessoas; basta *uma* para a configuração do ilícito.

Transporte é o deslocamento de um lugar a outro. Enquanto o agente estiver promovendo o transporte o crime será de natureza permanente, assim considerado aquele cuja conduta delituosa se mantém no tempo e no espaço.

Transferência significa mudança de um lugar a outro. Há uma sutil diferença entre esta conduta e a anterior (transporte). Enquanto *transporte* tem o sentido de levar alguém para local em que se pratica a prostituição (para os fins do tipo legal), a *transferência* pressupõe a mudança de um lugar onde se pratica a prostituição para outro de igual destinação.

Alojamento é local específico destinado ao abrigo de pessoas.

Acolhimento, para os termos do tipo penal, significa receber alguém em local não destinado ao alojamento. Acolher é dar amparo, guarida; dar refúgio, proteção ou conforto físico.

É preciso que as práticas acima analisadas tenham por alvo “pessoa que venha a exercer a prostituição”. Exercer a prostituição é prostituir-se; dedicar-se ao comércio sexual; à satisfação voluntária da lascívia de outrem em troca de vantagem.

Para a adequação típica é preciso, ainda, que tais condutas tenham ocorrido no território nacional, pois se uma das práticas tocar território estrangeiro a figura penal será a do art. 231 (observados os parâmetros da tipificação), e não a do art. 231-A.

A pena abstratamente prevista afasta a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), e eventual condenação até 4 (quatro) anos não impedirá a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que presentes os demais requisitos exigidos em lei. Se fixada a privativa de liberdade até o limite acima indicado, seu cumprimento poderá iniciar-se no regime aberto, observadas as disposições do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2.10 Irretroatividade da lei mais severa

2.10.1 Reflexo sobre as novas figuras típicas

As inovações acrescidas ao § 1º do art. 227 e ao *caput* do art. 231, e bem assim a nova figura penal do art. 231-A, obviamente não se aplicam aos casos consumados antes da vigência da Lei 11.106/2005.

Princípios de contornos constitucionais como o da anterioridade da lei (princípio da legalidade ou reserva legal) e da irretroatividade da lei penal mais

severa (art. 5º, incs. XXXIX e XL, da CF), também previstos no art. 1º do Código Penal, impedem a retroação do alcance do texto novo para atingir situações consumadas ao tempo em que a regulamentação normativa era outra, mais benéfica.

De tal sorte, para os termos do novo art. 227 do Código Penal, somente os crimes praticados por cônjuge do sexo feminino; companheiro ou companheira, após a vigência da nova regulamentação penal é que se submeterão à forma qualificada do § 1º.

Nessa mesma linha argumentativa, as inovações dos arts. 231 e 231-A só incidirão sobre fatos praticados sob a égide da nova ordem penal. Observe-se, contudo, que em relação à prática do verbo “transporte”, previsto no art. 231-A, onde a conduta é de natureza permanente, poderá ocorrer hipótese em que ele venha a perdurar vários dias. Sendo assim, se iniciado antes da vigência da lei nova, o transporte se estender para além do início da exigência do texto novo, poderá ocorrer prisão em flagrante, por exemplo, e regular processo com a nova definição típica.

2.10.2 Reflexo sobre a pena de multa cumulada

A experiência da vida contemporânea, pautada pela febre do enriquecimento, indica que muitas vezes a pena de multa poderá surtir efeitos econômicos e psicológicos no réu, bem mais severos que a ameaça ou imposição de pena privativa de liberdade.

É forçoso reconhecer, entretanto, que para tal realidade seria necessário um sistema de execução mais eficaz do que o determinado com a redefinição da pena de multa como dívida de valor, nos termos da Lei 9.268/96.

Pelas mesmas razões expostas no item anterior, a pena de multa agora *cumulativamente imposta* não obriga o aplicador da lei em relação aos fatos passados, consumados antes da vigência do texto novo.

Para os *casos consumados antes da Lei 11.106/2005*, com ou sem investigação ou processo de conhecimento iniciado antes de 29 de março de 2005 (data em que a lei entrou em vigor), já não subsiste qualquer possibilidade de aplicação de pena de multa, ainda que o crime tenha sido cometido com o fim de lucro, e isso em razão da *revogação expressa* do §3º do art. 231 (cf. art. 5º da nova lei).

Aqui é forçoso reconhecer que a pena de multa deixou de existir para os casos passados. Não há como se restabelecer a vigência do § 3º. A revogação expressa é causa intransponível e obstativa de tal possibilidade.

3 DISPOSITIVOS REVOGADOS

Além das modificações anteriormente apontadas e analisadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, a Lei 11.106/2005 revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do *caput* do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Passaremos, a seguir, à análise dos dispositivos revogados, seguindo a mesma ordem de disposição acima indicada.

3.1 Sobre os incisos VII e VIII do art. 107

O art. 107 do Código Penal estabelece de forma exemplificativa algumas causas de extinção da punibilidade, não sendo demais lembrar que *punibilidade* “é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção”, conforme a objetiva lição de Damásio de Jesus¹¹.

Os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal estabeleciam como causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, respectivamente.

Conforme o texto revogado do inc. VII do art. 107 do Código Penal, a punibilidade seria extinta: “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código”.

Nos termos do revogado inc. VIII do art. 107 do Código Penal, também seria extinta a punibilidade: “pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação pena no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

As disposições acima transcritas abrangiam os crimes de estupro, atentado violento ao pudor; posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (arts. 213 a 221 do CP), sendo imprescindível observar as ressalvas legais que determinavam limitações ao alcance das regras.

¹¹ JESUS, op. cit., p. 280.

Impunha-se a extinção da punibilidade em razão da *reparação pelo casamento*. Entendia-se que o matrimônio *limpava* a honra da vítima *manchada* pelo crime, constituindo, em tese, razão suficiente para a terminação dos questionamentos judiciais acerca dos fatos.

Segundo parece ser o entendimento do legislador, o novo tratamento penal apresentado com a Lei 11.106/2005 não permitia a continuidade dos dispositivos antigos.

Agora, o casamento não mais constitui causa de extinção da punibilidade, e bem por isso algumas vezes a vítima poderá unir-se em matrimônio com o réu, livre e espontaneamente; formar família, e depois ver o cônjuge condenado pela prática da conduta precedente, ensejadora de procedimento na esfera criminal.

Haverá discrepância de conseqüências, pois em se tratando de crimes de ação penal privada a vítima poderá optar pelo não ajuizamento da ação; pela renúncia ao direito de queixa; pelo perdão; e ainda após o ajuizamento da queixa-crime provocar a extinção da punibilidade pela preempção (art. 60 do CPP), caso seja seu desejo, por exemplo, após casar-se com o réu.

De outro vértice, em se tratando de crime de ação penal pública tais institutos são inaplicáveis, e sem a possibilidade de extinção da punibilidade em razão do casamento poderá ocorrer a situação acima aventada, danosa à estabilidade da união familiar.

O tempo dirá se a mudança foi acertada, entretanto, desde já é possível antever situações onde haverá sério problema sócio-familiar que poderia ser evitado com a permanência das regras extirpadas do art. 107 do Código Penal.

3.2 Sobre o art. 217

O polêmico crime de sedução estava previsto no art. 217 do Código Penal, e segundo a redação típica assim se aperfeiçoava o ilícito: “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Nos dias atuais o crime em questão era de difícil configuração em razão da necessária conjugação das elementares que o integravam. Era preciso que a vítima fosse virgem; menor de dezoito e maior de catorze (se for menor de catorze o crime cogitável será o de estupro); inexperiente e ingênua, ou que depositasse justificável confiança em seu sedutor.

De longa data a melhor doutrina reclamava a revogação do tipo penal em comento. A jurisprudência também demonstrava a mesma tendência.

Não era difícil perceber que a previsão legal não estava ajustada aos dias atuais.

A perda da virgindade pela mulher, nas condições do art. 217, já não precisava da proteção penal.

Há mais. Qualquer proteção que se pretendesse estabelecer sobre o objeto jurídico da tutela penal em questão (a integridade ou virgindade da menor) prescindia de tipificação conforme o art. 217, haja vista o teor das disposições contidas nos arts. 213 e 214, protetoras da *liberdade sexual* contra violência ou grave ameaça, e as regras dos arts. 215 e 216 que cuidam das hipóteses em que são empregados meios fraudulentos. Acrescente-se, por derradeiro, que o art. 218 se presta à proteção da moral sexual dos adolescentes de ambos os sexos, já que o tipo penal se refere a “... pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos...”.

Como se vê, não havia justificação lógica ou jurídica para a permanência do crime de sedução no ordenamento jurídico, e bem por isso a revogação do tipo penal é bem vinda.

Em relação ao antigo crime de sedução ocorreu *abolitio criminis*, sendo aplicável a regra do art. 2º do Código Penal.

3.3 Sobre o art. 219

O art. 219 do Código Penal cuidava do crime de “raptor violento ou mediante fraude”.

Conforme a narração típica, configurava referido crime: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”. A pena era de reclusão, de dois a quatro anos.

A nova lei aboliu a expressão “mulher *honest*a” do Código Penal e também cuidou de acrescentar, entre outras regras já analisadas, o inciso V ao §1º do art. 148, com a seguinte redação: “Se o crime é praticado com fins libidinosos”.

O art. 148 tipifica o crime de seqüestro ou cárcere privado, contendo formas qualificadas no § 1º, sendo estas punidas com reclusão, de dois a cinco anos.

Em razão do disposto no inc. V acrescentado ao § 1º do art. 148 deixou de ser necessária a previsão contida no art. 219 do Código Penal, visto que a conduta deste último artigo passou a ser tratada naqueles dispositivos (art. 148, § 1º, inc. V).

A partir da Lei 11.106/2005, privar alguém (homem ou mulher) de sua liberdade, para fins libidinosos, constitui crime de seqüestro ou cárcere privado qualificado, e não rapto.

3.4 Sobre o art. 220

Com o nome de “rapto consensual” o art. 220 do Código Penal estabelecia pena de detenção, de um a três anos, se a raptada fosse maior de catorze e menor de vinte e um anos, e o rapto fosse praticado *com seu consentimento*”. (grifo nosso)

Em relação a tal ilícito ocorreu *abolitio criminis* (art. 2º do CP).

Muito embora alguns possam sustentar que referida tipificação agora se encontra no inc. IV do §1º do art. 148, acrescido com a Lei 11.106/2005, tal conclusão não é acertada, pois nas hipóteses de seqüestro ou cárcere privado *o consentimento válido da vítima impede a tipificação*.

3.5 Sobre os arts. 221 e 222

O art. 221 do Código Penal trazia “causas de diminuição de pena” aplicáveis aos crimes dos arts. 219 e 220.

O art. 222, também se referindo aos arts. 219 e 220; tratava do concurso de crimes envolvendo rapto.

Em razão da revogação dos arts. 219 e 220, não havia qualquer razão justificadora para a permanência dos dois artigos subseqüentes no ordenamento jurídico.

Todo o conteúdo do Capítulo III (Do rapto) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), arts. 219, 220, 221 e 222, foi revogado expressamente.

3.6 Sobre o inciso III do caput do art. 226

Em sua antiga redação o artigo 226, III, do Código Penal, determinava o aumento de *quarta parte* da pena, em relação aos delitos a que está vinculado, se o agente era casado ao tempo do ilícito.

A nova redação do art. 226 está nos seguintes termos: “A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da “nova lei”.

A regra mais benéfica alcança não só os fatos praticados após a vigência da nova lei, mas também aqueles consumados antes, e isso por força do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, *verbis*: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

3.7 Sobre o § 3º do art. 231

Referindo-se ao que antes era denominado crime de “tráfico de mulheres”, e que agora passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, o § 3º do art. 231 do Código Penal tinha a seguinte redação: “Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A revogação do § 3º do art. 231 do Código Penal, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que *antes era condicionada* ao “fim de lucro” *agora é obrigatoriamente cumulativa* e está expressa nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Haveria, pois, flagrante impertinência e descompasso em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

É revogação era mesmo de rigor, diante da modificação imposta.

3.8 Sobre o art. 240

O crime de adultério estava previsto no art. 240 do Código Penal, e tinha por objeto jurídico da tutela penal “a organização jurídica da família e do casamento”¹².

Mesmo reconhecendo a importância da proteção jurídica da família e do casamento, é de se concluir que hoje não mais se justifica a *proteção penal* outorgada pelo legislador de 1940.

Não se trata de render homenagens ao adultério. O que é forçoso reconhecer é que o casamento e a família encontram outras formas de proteção no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no art. 1.566, inc. I, do Código Civil, que determina o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.

¹² DELMANTO, op cit., p. 505.

Conforme assevera Claus Roxin¹³, o direito penal é de natureza subsidiária. “Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”.

O direito penal deve ser considerado a *ultima ratio* da política social, o que demonstra a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Só deve interessar ao direito penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito.

As regras previstas na legislação civil são apropriadas e suficientes, e sendo assim, a revogação do tipo penal em que se encontra o crime de adultério é medida juridicamente saudável e condizente com a realidade jurídico-social em que vivemos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, as modificações introduzidas no Código Penal foram significativas e tendentes à atualização do sistema penal repressivo no que pertine aos delitos alcançados.

Embora sujeita a críticas pontuais, é força convir que, em sentido amplo a nova lei contém mais acertos do que erros, contrariando a sofrível realidade da produção legislativa no campo penal nos últimos tempos, o que se espera seja o primeiro passo na escolha de um novo caminho.

REFERÊNCIAS

- DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 6.
- _____. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 7.
- _____. **Comentários ao código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 8.
- JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

¹³ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986. p. 28.

O CASO MINAS GERAIS: DA ATROFIA DO ESTADO SOCIAL À MAXIMIZAÇÃO DO ESTADO PENAL

*Cláudio Alberto Gabriel Guimarães**

Resumo: O presente artigo objetiva demonstrar que o Brasil, na esteira das Políticas Públicas desenvolvidas nos Estados Unidos da América, já se encontra deslocando seus gastos, até então empregados na área social, ou seja, cortando recursos empregados no desenvolvimento de políticas públicas sociais voltadas para os hipossuficientes, e aplicando tais recursos na área de segurança pública, cujo ápice é a privatização/terceirização de presídios.

Palavras-chave: Políticas públicas. Privatização/terceirização de presídios. Estado Social. Estado Penal.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente foi anunciada pelo Governo do Estado de Minas Gerais e alardeada em toda a imprensa nacional, a implantação de um sistema de co-gestão do sistema penitenciário mineiro; co-gestão esta compartilhada entre o Estado e a iniciativa privada.

Assim, todos os vinte e dois presídios do Estado de Minas Gerais, seguindo a linha já adotada nos Estados Unidos da América, serão geridos por empresas privadas, cujo maior objetivo, como é sabido por todos, é o lucro.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorando em Criminologia pela Universidade Federal de Santa Catarina. *calguimaraes@yahoo.com.br*

Salvo melhor juízo, é mais um passo dado no sentido de adotar as políticas que interessam à ideologia neoliberal que, de forma simples, podem ser assim resumidas: quem não se adequar à ideologia do mercado pela incapacidade de gerar lucros através do consumo, ou seja, quem não puder comer o famoso sanduíche Big Mac da rede internacional Mac Donald's, nem beber Coca-Cola ou, ainda, usar tênis Nike – entre outras tantas imposições midiáticas que alimentam o consumismo desenfreado –, necessariamente produzirá lucro como matéria prima da indústria do controle do delito.

Em tal contexto, várias questões ficam no ar ante as políticas de repressão máxima capitaneadas pelas políticas neoliberais. É inadiável que se discuta, nessa sociedade globalizada, como equacionar os custos que advêm da implementação de tais políticas, tanto na esfera financeira, como também e, principalmente, na esfera social.

Quais as estratégias que o Estado adotará para arcar com toda a despesa decorrente da construção e manutenção de presídios, do aumento dos efetivos de pessoal ligado ao sistema penal, enfim, como sustentar financeiramente todo o aparato repressivo de contenção da maioria excluída pelo novo modelo de gestão política?

No âmbito social, como o Estado poderá enfrentar o crescente processo de desestabilização das estruturas de relações comunitárias, onde impera o medo e a insegurança, e a palavra de ordem é a segregação espacial, onde público e privado se confundem, havendo, inclusive, uma preponderância deste sobre aquele, enfim, como impedir o desenvolvimento do processo de ampla desestabilização das relações intersubjetivas na sociedade?

2 POLÍTICAS PÚBLICAS NEOLIBERAIS

Como forma de legitimar a decisão tomada, o Estado de Minas Gerais elenca vários fatores que, em última instância, foram decisivos para a adoção da medida, sendo dois os preponderantes: diminuição do custo *per capita* dos detentos de R\$ 1.623,00 mensais para R\$ 1.300,00; agilização do processo de aquisição de equipamentos e realização de obras.

Em um dos mais sérios e elaborados trabalhos acadêmicos realizados sobre o tema no Brasil, o pesquisador Minhoto (2000, p. 92; 170) chama atenção para o fato de que:

Se, de um lado, há evidências fundadas de que a operação privada de estabelecimentos correccionais não tem executado um serviço mais eficiente nem tampouco mais barato, como também não tem conseguido fazer frente aos objetivos internos do sistema de justiça criminal, notadamente, o alívio da superpopulação e a reabilitação dos detentos, além de despertar forte polêmica, é certo que paradoxalmente as prisões privadas vêm se expandindo e as companhias ampliando largamente suas margens de lucratividade”. Em relação ao Brasil, adverte que “Em grande medida, essa proposta resulta de um intenso lobby realizado por uma empresa brasileira de segurança privada, a Pires Segurança Ltda., destinado a transpor as prisões privadas para o contexto brasileiro, a partir da manipulação seletiva da ‘experiência estrangeira’ – sobretudo da experiência norte-americana –, invocada como argumento de autoridade.

Não sendo objeto do presente trabalho a abordagem de tal polêmica, opta-se por fazer uma análise mais ampla do problema e, para tanto, toma-se como ponto de partida a contextualização política e econômica, adotando-se o entendimento fundamental segundo o qual a globalização, fundada nos pressupostos da ideologia econômica neoliberal – traduzida como enfraquecimento da capacidade de intervenção social dos Estados e da perda de soberania política –, está a produzir um alarmante quadro de exclusão social. (BARATTA, 2001, p. 14-15).

Somando-se o retro exposto ao fato de que a exclusão social se origina da concentração de riqueza nas mãos de uns poucos privilegiados, sobrando para a maioria da população mundial um grave quadro de desemprego, fome, doença, ignorância, em resumo, de ampla negação do mínimo que se pode definir como cidadania, chega-se a iniludível conclusão de que está a se concretizar um quadro sem precedentes em toda a história da humanidade: a triste constatação de que a miséria, traduzida em exclusão social, está mais visível do que nunca, e que a visibilidade dos pobres e miseráveis acaba por influenciar negativamente o bem-estar dos incluídos.

No Brasil, a pobreza é um problema que pode ser adjetivado de gravíssimo. A pobreza absoluta – aquela que se caracteriza pelo não atendimento das necessidades vinculadas ao mínimo vital – e a pobreza relativa – aquela em que apenas o mínimo para a sobrevivência física é alcançado – são verificadas

em larga escala no país, sem que se possa precisar, com algum alcance de certeza, qual das duas formas predomina. (ROCHA, 2003, p. 11-12).

A única certeza que se tem em tal seara é a de que a pobreza brasileira¹ está diretamente ligada à desigual distribuição de renda; ao inaccessível à educação; à desnutrição; à completa falta de acesso a mínimas oportunidades de inclusão social. A pobreza brasileira é um retrato vivo da impossibilidade do exercício da cidadania.

Os sem-teto, os sem-terra, os sem-comida, os sem-saúde, os desempregados estão nas ruas, em todas as partes, sujos, ofensivos, provocantes em sua inutilidade, o que traz a reboque as inevitáveis exigências sociais dos com-terra, com-teto, com-comida, com-saúde, com-conforto, com-lazer, dos que têm emprego, de que eles sejam afastados da vista e se possível, também, dos pensamentos.

Não é à toa que novas prisões são construídas diariamente como fábricas de exclusão das pessoas habituadas a sua condição de excluídas, em que, como verdadeiros laboratórios, são testadas técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugo social produzidos pelo ideal neoliberal².

Nesses tempos de globalização, em que, cada vez mais, menos ganham e muitos perdem, os gastos orçamentários do Estado com as despesas ligadas à manutenção da 'lei e da ordem' – como os efetivos policiais e os serviços penitenciários e, principalmente, os gastos com equipamentos ligados à tecnologia de segurança nas prisões – crescem em todo o planeta. Os malefícios infligidos através da pena de prisão atingiram o nível de comercialização como de qualquer outro produto.

Percebe-se nitidamente que todo o processo globalizador é alimentado pela autopropulsão do medo. E isso se transforma em capital político,

¹ Segundo a pesquisadora Rocha (2003, p. 9), "Pobreza é um fenômeno complexo, podendo ser definido de forma genérica como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada. Para operacionalizar essa noção ampla e vaga, é essencial especificar que necessidades são essas e qual nível de atendimento pode ser considerado adequado. A definição relevante depende basicamente do padrão de vida e da forma como as diferentes necessidades são atendidas em determinado contexto socioeconômico. Em última instância, ser pobre significa não dispor dos meios para operar adequadamente no grupo social em que se vive".

² Na visão de Batista (2000, p. 107), "Uma das características dos novos sistemas penais do empreendimento neoliberal consiste numa radical transformação nas finalidades da privação de liberdade, que passam daquilo que Zaffaroni chamou de 'ideologias re' (reinserção social, recuperação laborativa, readaptação, etc.) a uma assumida técnica de neutralização do condenado".

pois “o que se possa fazer a respeito da segurança é incomparavelmente mais espetacular, mais visível, ‘televisível’, que qualquer gesto voltado para as causas mais profundas do mal-estar, mas – pela mesma razão – menos palpáveis e aparentemente mais abstratas”. (BAUMAN, 1999, p. 126).

Todo o medo e insegurança gerados pela crescente parcela de excluídos da sociedade é então somatizado pela população ainda incluída, que vê como única saída para combater esse mal, que assola a humanidade, as instituições carcerárias.

Tal constatação acaba por acarretar uma inexorável consequência: o alívio dos governos, já que ninguém, ou muito poucos, tendem a pressionar politicamente para que se realize algo acerca de coisas que são frágeis demais para que se perceba e controle. Ao contrário, a construção de novas prisões, a hipertrofia da legislação punitiva, a disseminação das infrações punidas com pena de prisão tendem a aumentar a popularidade dos governos, conferindo-lhes a imagem da austeridade, da seriedade, da severidade, de quem faz algo severo, palpável, concreto, visível e convincente, em prol da segurança individual dos governados. (BAUMAN, 1999, p. 126-127).

As punições são, portanto, um ato político, haja vista que demonstram o poder do Estado soberano e, em última instância, trazem ao conhecimento dos súditos qual o órgão que detém o poder absoluto³.

Quanto mais firme for o Estado em relação à dureza das punições, daquelas poucas que o Poder Judiciário pode impor aos infelizes que caíram em suas malhas, mais se afirma perante a incauta opinião pública como órgão apto a controlar o crime, suscitando vasto apoio popular, mas, na verdade, tais atos de barbárie punitiva objetivam escamotear a realidade da completa falência em prover segurança à população como um todo. (GARLAND, 2002, p. 83).

Na concepção de Wacquant (2002a, p. 8),

O desequilíbrio do social para o penal é evidente nas inflexões recentes do discurso público sobre o crime, nas desordens urbanas e nas incivildades, que se multiplicam à medida que a ordem estabelecida perde sua legitimidade para quem é condenado à marginalidade pelas mutações econômicas e políticas vigentes.

³ Segundo Christie (2002, p. 93), “São as decisões político-culturais que determinam a estatística carcerária e não o nível ou evolução da criminalidade. Essas decisões exprimem e definem ao mesmo tempo a que sociedade escolhemos pertencer”.

Como forma de escamotear tal quadro desolador⁴, a ideologia em voga aponta todas as mazelas para causas individuais e responde com a mais poderosa arma de que dispõe o poder estabelecido, que é o Direito Penal. Quanto maior o caos, maior a necessidade de repressão penal, o que acaba por confirmar uma equação há muito conhecida, ou seja, mais exclusão social, mais pobres, mais incômodos para as classes privilegiadas, mais repressão penal, mais presos e, agora, um novo dado: mais lucros para a indústria do controle do crime.

A supremacia do mercado sobre todos os outros valores e instituições ligados à gestão política e econômica do Estado acaba por limitar em larga escala o poder outrora imanente à soberania, restando pouco a ser feito nessa área.

Ao Estado, antes soberano, nada mais resta, ou quase nada⁵. A economia e a política, antes símbolos de sua soberania, não mais pertencem a sua esfera de atribuições. Restou apenas a função policial, o policiamento do território e da população, os poderes de repressão, já que

No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e qualidade dos policiais, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de ‘confiança dos investidores’. (BAUMAN, 1999, p. 128).

Os Estados Unidos da América⁶, como matriz desse novo tipo de gestão dos problemas sociais, exportam para todo o planeta o lucrativo modelo

⁴ Western, Beckett e Harding (2002, p. 41) chamam atenção para outro grave fato que se origina do proposital encarceramento em massa dos miseráveis, a saber: “O encarceramento em massa mascara uma forte tendência ao desemprego, subtraindo das estatísticas uma grande massa de adultos em idade de trabalhar. Assim, o baixo índice de desemprego americano dos anos 90 é, em parte, um resultado e um artifício do elevado índice de encarceramento. Longe de ser exemplo de regulamentação, como se procura demonstrar, o mercado americano é de fato modelado, através de seu sistema penal, por uma forte e coercitiva intervenção penal”.

⁵ Sobre o Estado social residual, cf. Wacquant (2001b, p. 23).

⁶ Garland (2002, p. 88) adverte que “Em sociedades como as do Reino Unido e dos Estados Unidos, onde se manifestam divisões sociais e raciais profundas, que ensejam a experiência de taxas de criminalidade e de níveis de insegurança elevados, onde as soluções sociais foram politicamente desacreditadas, onde há poucas perspectivas de reinserção dos antigos delinquentes pelo trabalho ou pela família e onde, para completar esse quadro deprimente, um setor comercial em expansão encoraja e favorece o aumento do encarceramento, essa cultura punitiva está provocando um encarceramento em massa, a uma escala jamais alcançada nos países democráticos e raramente encontrada na maioria dos países totalitários”.

de controle das massas miserabilizadas pelo neoliberalismo, como bem coloca Christie (1998, p. 122):

A população potencialmente perigosa é afastada e colocada sob completo controle, como matéria-prima para uma parte do próprio complexo industrial que os tornou supérfluos e ociosos fora dos muros da prisão. Matéria-prima para o controle do crime ou, se quiserem, consumidores cativos dos serviços da indústria do controle.

Nunca é demais lembrar que toda indústria para se estabelecer, previamente, estuda os limites da potencialidade de oferta da matéria prima a ser utilizada, para garantir seus lucros a curto, médio e longo prazos, visto que sabe da imprescindibilidade da oferta desta para continuação de suas atividades, que no caso presente são seres humanos criminalizáveis e/ou criminalizados.

Assim sendo, todo o movimento que hodiernamente permeia o Direito Penal objetivando criminalizar condutas através de uma hiperinflação da edição de leis, aumentar penas, diminuir garantias e benefícios em sede de execução, entre outras medidas que possibilitam uma expansão da tipificação de condutas, assim como, o aumento do tempo de cumprimento de pena, com toda certeza atendem aos interesses da indústria do controle do delito.

Queiramos ou não o ser humano foi transformado em mercadoria!

3 A INDÚSTRIA DO CONTROLE DO DELITO

A princípio, a indústria do controle do delito estava voltada para a produção de equipamentos de segurança, para o recrutamento, seleção e treinamento de agentes de segurança privados, fabricação de equipamentos pessoais de segurança voltados principalmente para a proteção do patrimônio, entre outros tantos itens.

Posteriormente, em razão do novo contexto social originado com as políticas neoliberais, perceberam os proprietários de tais indústrias um novo filão, com matéria prima inesgotável e lucro certo e garantido pelo próprio Estado.

Um verdadeiro golpe de mestre: o que fazer com as pessoas que não produzem nenhum tipo de lucro – fim maior do capitalismo –, já que totalmente excluídas da possibilidade de consumo? Excluí-las mais ainda, só

que agora com uma direção predeterminada, ou seja, em direção à lucrativa indústria dos presídios, privados ou não, pois os que não são privados são amplamente terceirizados, gerando lucro da mesma maneira⁷.

Entretanto, é bom que fique claro, os lucros da indústria do controle do crime não se originam tão-somente da administração e construção dos presídios. Outras importantes fontes de lucro se verificam na automação dos acessos às unidades carcerárias, na instalação dos controles de segurança, com alarmes, câmeras de vídeo, sensores, entre outros dispositivos e, até mesmo, com o controle dos que estão em sursis ou livramento condicional, através de braceletes que monitoram seu deslocamento.

Parece haver ares de irreversibilidade neste novo filão a ser explorado pelo capitalismo, haja vista que a matéria prima, caso se utilize a estratégia certa – crescente exclusão social – é inesgotável.

Para arcar com os elevados custos de implementação e manutenção da repressão intensiva e ostensiva, o Estado tem que deslocar seus gastos, suprimindo grande parte das despesas inerentes à assistência social e deslocando essa verba para o sistema de justiça criminal⁸. Ademais, a verba que era direcionada para programas de ressocialização e reinserção dos detentos, agora é utilizada para o aumento da capacidade de encarceramento do sistema.

Concisamente pode-se resumir a atual situação em uma frase: “a guerra contra a pobreza, nos idos do Estado de bem-estar, transformou-se agora em guerra contra os pobres”. (WACQUANT, 2001b, p. 24).

Esse estado de beligerância, que se reflete na guerra declarada pelo sistema repressivo penal – principal política social do Estado neoliberal – contra a pobreza, pode ser analisado sob vários aspectos.

Inicialmente, essa é a única forma de se lidar com os grandes contingentes populacionais excluídos pela retração do emprego e que precisam

⁷ Sobre o orçamento para cobrir os custos da indústria do controle do crime, cf. Wacquant (2001b, p. 77).

⁸ Segundo a visão de Farias (2000, p. 13), “Nesse contexto de reestruturação econômica, portanto, em cujo âmbito o mercado é quem passa a comandar o jogo, o acesso aos serviços essenciais não depende mais de políticas governamentais, mas de contratos privados de compra e venda firmados com base no que os consumidores podem ou estão dispostos a pagar numa troca livre. Desse modo, o que era basicamente um tema de direitos humanos ou de direitos sociais é convertido numa questão de caráter meramente mercantil. Aprofundando o argumento: tudo – trabalho, terra e até seres humanos – acaba sendo reduzido ao conceito geral de mercadoria. Inclusive aqueles que, por terem transgredido as leis penais, foram condenados pela justiça”.

ser eficazmente controlados. A característica marcante das políticas neoliberais é exatamente o corte de empregos para maximização dos lucros, sem que com essa medida a economia perca a capacidade de crescimento e as empresas o constante aumento na auferição dos mesmos.

Portanto, à massa excluída do consumo pela falta de trabalho resta a opção de obtenção de lucros com o encarceramento desta, em outras palavras, o dinheiro público ao invés de ir para programas sociais, inclusive de criação de empregos, vai para o sistema de justiça penal pagar pelo custo de seus detentos e, assim, fazer com que a economia continue aquecida.

Outro importante fator é que as políticas de repressão, em razão do trabalho realizado pela mídia, são mais bem aceitas pela opinião pública que quaisquer políticas sociais, que hoje carregam o estigma de estímulo à desocupação, vez que tais políticas solapam a vontade de trabalhar, alimentando uma cultura de dependência para com o Estado.

O princípio do *less eligibility* – segundo o qual as condições de vida no cárcere deveriam ser sempre menos favoráveis que as condições de vida das categorias mais baixas dos trabalhadores livres –, apesar de ter sido inventado há mais de duzentos anos, também está presente e em pleno vigor. Assim, é melhor aceitar a péssima remuneração que é oferecida no exíguo mercado de trabalho do que ficar desempregado arriscando-se a entrar para as estatísticas do sistema penal.

Encarcerando em massa os miseráveis, via de regra por pequenos delitos contra o patrimônio ou por condutas ligadas ao uso de estupefacientes, que em nada afetam a harmonia da convivência social, desvia-se a atenção dos grandes crimes e criminosos, estes últimos responsáveis pela criminalidade econômica, delitos estes que abalam as estruturas do Estado e, conseqüentemente, da sociedade⁹.

Por fim, a característica mais execrável da substituição do Estado de bem-estar pelo Estado policial ou penal, é o lucro fácil que os grandes grupos

⁹ Segundo Wacquant (2001b, p. 37), “A gestão policial e carcerária da insegurança social tem certamente como efeito o controle dos membros da ‘gentalha’ infamante, mas tem também o efeito de ‘confirmar seu status e recompor suas fileiras’. [...] a campanha de mortificação penal da miséria nos espaços públicos contribui para agravar o sentimento de insegurança e de impunidade ao ‘embaralhar a distinção entre o verdadeiro crime e os comportamentos que são apenas incômodos e chocantes’. Ela é feita realmente para desviar a atenção pública da criminalidade organizada, cujos estragos humanos e custos econômicos são bem mais importantes e mais insidiosos que os da delinqüência de rua”.

empresariais auferem com a administração do medo imposto à sociedade na forma de insegurança total. As empresas de segurança privada, de prestação de serviços para o sistema penitenciário, de pretensão combate ao crime de uma forma geral, nunca lucraram tanto como nos dias atuais¹⁰.

Explicitando, os próprios grupos responsáveis pelas políticas de exclusão social de grande parte da população são, via de regra, os que lucram com a situação deletéria por si próprios criada, encarcerando o “lixo social” produzido ou vendendo segurança contra os possíveis incômodos que possam vir a ser provocados por tal tipo de gente.

4 A INDÚSTRIA DO CONTROLE DO DELITO NO BRASIL

No Brasil, já não se pode taxar de novidade a intensificação do uso do cárcere como forma privilegiada de controle social de uma determinada camada da população. Os espaços proibidos também já se fazem notar em toda sua pujança. O que surgiu de novo, por clara influência norte-americana, no âmbito do controle social punitivo, é tão-somente o fato da implementação em terras tupiniquins da incipiente, mas promissora, indústria do controle do crime.

Já existem por aqui empresas privadas lucrando com o fornecimento de alimentação, serviços de saúde, trabalho e educação para os detentos, além da própria administração e manutenção dos presídios. Há toda uma política sendo desenvolvida, inclusive com apoio da mídia, para expansão do gerenciamento privado das penitenciárias brasileiras¹¹.

Portanto, a iniciativa mineira somente é pioneira na questão quantitativa, pois houve a terceirização de todas as unidades prisionais do Estado, ao contrário de Paraná, Ceará, São Paulo, entre outros Estados que somente terceirizaram algumas unidades.

¹⁰ Sobre a próspera indústria do controle do crime, cf. Christie (1998), Wacquant (2001a), Wacquant (2001b).

¹¹ O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) elaborou as diretrizes em 1992, para adoção das prisões privadas no Brasil as quais, em resumo, propunham que “A admissão das empresas seria feita por concorrência pública e os direitos e obrigações das partes seriam regulados por contrato. O setor privado passaria a prover serviços penitenciários tais como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, além de poder construir e administrar os estabelecimentos”. Sobre a incipiente privatização/terceirização dos presídios brasileiros, cf. Minhoto (2000, p. 161-192), Oliveira (1997, p. 195-224), G. Rodrigues (1995, p. 30-32), Freire (1995, p. 106-110).

A conjugação dos esforços para terceirização dos presídios parece refletir os indicativos políticos neoliberais que frente à desagregação social, à separação espacial urbana, à intolerância face à diferença, à constante suspeita em relação ao outro, à fragmentação do espaço público e sua transformação imposta em espaços privados, almejam que tudo isso seja resolvido através de medidas coercitivas.

Criam-se a todo vapor espaços proibidos, destinados a separar o joio – excluídos – do trigo – incluídos –, e para isso se paga muito bem. Mais uma vez o lucro se sobrepõe a qualquer valor ligado a essência do ser humano¹².

Há uma preocupante e crescente desumanização de vastas parcelas da população. Determinados estratos sociais são vistos e tratados abertamente como inimigos, como ofensores/infratores em estado de latência, que ao menor descuido desencadeariam uma verdadeira pilhagem contra o patrimônio daqueles que se acham – ainda – em condições de consumir. Logo, é premente e inadiável que se promova o total isolamento entre as classes sociais, hoje limitadas a incluídos e excluídos.

Desse modo confunde-se pobreza com delinquência, violência estrutural com violência criminal. Não há mais classes sociais; as possibilidades de divergências políticas também estão sendo criminalizadas; reprime-se para manutenção do caos e dos lucros .

Bauman (1999, p. 28), sobre o tema, afirma que

Esses e outros ‘espaços proibidos’ não servem a outro propósito senão transformar a extraterritorialidade da nova elite supralocal no isolamento corpóreo, material, em relação à localidade. Eles também dão um toque final na desintegração das formas localmente baseadas de comunhão, de vida comunitária. A extraterritorialidade das

¹² Sobre a nova forma de administrar a insegurança, Bauman (1999, p. 29) entende que “As elites escolheram o isolamento e pagam por ele prodigamente e de boa vontade. O resto da população se vê afastado e forçado a pagar o pesado preço cultural, psicológico e político do seu novo isolamento. Aqueles incapazes de fazer de sua vida separada uma questão de opção e de pagar os custos de sua segurança estão na ponta receptora do equivalente contemporâneo dos guetos do início dos tempos modernos; são pura e simplesmente postos para ‘fora da cerca’ sem que se pergunte a sua opinião, têm o acesso barrado aos ‘comuns’ de ontem, são presos, desviados e levam um choque curto e grosso quando perambulam às tontas fora de seus limites, sem notar os sinais indicadores de ‘propriedade privada’ ou sem perceber o significado de indicações não verbalizadas mas nem por isso menos decididas ‘não ultrapasse’”.

elites é garantida da forma mais material – o fato de serem fisicamente inacessíveis a qualquer um que não disponha de uma senha de entrada.

Em seu último livro publicado no Brasil, Bauman (2003b, p. 100-111) avança na questão da desagregação social e cunha o termo “guetos voluntários” para definir o isolamento forçado a que se estão auto-impondo as elites, com seus guardas, cães amestrados, alarmes, cercas elétricas, enfim, enclaves defensáveis com acesso seletivo em contraposição aos guetos de exclusão – no Brasil favelas – em que grande parte da população é isolada, para que fique confinada longe do território das elites.

Wacquant (2001c, p. 163-182), na mesma linha de raciocínio acima desenvolvida por Bauman, aponta para o fenômeno da marginalidade avançada, que está a surgir e se desenvolver exatamente nos territórios onde as classes excluídas são confinadas, como consequência da extrema pobreza e da destituição social. Assim, a marginalidade avançada é mais um fator de desagregação social, tendo em vista que se concentra em territórios bem-identificados, bem-demarcados e cada vez mais isolados, espaços estes vistos interna e externamente como purgatórios sociais, como infernos urbanos, onde somente o refugio da sociedade aceita habitar¹³.

Para os excluídos, portanto, existem dois caminhos a serem trilhados no atual contexto social, político e econômico, pautado pelas políticas neoliberais do livre mercado: assentirem em ocupar os espaços que lhes restam ou engrossarem as estatísticas dos sensos penitenciários. Favelas e prisões são os dois tipos de estratégias usadas para confinar e imobilizar os indesejáveis.

5 CONCLUSÃO

O que inicialmente parecia uma tímida experiência no âmbito da gestão terceirizada de penitenciárias, com alguns poucos casos isolados, com o advento da total terceirização do sistema penitenciário do Estado de Minas Gerais, solidifica-se tal tipo de postura dos gestores públicos, ao mesmo tempo em que se mostra como um forte indicativo das políticas penitenciárias que doravante serão adotadas pelos outros Estados brasileiros.

¹³ Há mais de quinze anos Pavarini (1985, p. 641-661) já chamava atenção para o fenômeno da “ghetização” nas políticas de controle social. Para um melhor entendimento do processo, necessária a leitura de Bentham (2000).

Definitivamente, o Brasil já se filiou ao rol de países que optaram por gerir a sociedade sob a égide da repressão. Ao responder com repressão e punição a problemas cujo formato evidencia uma natureza explicitamente social, ao desrespeitar os mais básicos direitos humanos com o encarceramento massivo dos excluídos por suas próprias políticas públicas, está configurada e consumada a passagem do Estado social para o Estado penal.

Como ponto culminante da gestão adotada, tem-se o início de um amplo processo de terceirização e, muito provavelmente em um curto espaço de tempo, de privatização total das penitenciárias brasileiras, evidenciando a importação e adoção das políticas americanas cujo principal instrumento utilizado no combate as injustiças sociais, principalmente o grave quadro de desemprego e, conseqüentemente, de exclusão social, é o encarceramento massivo e lucrativo dos indesejados pobres, na semântica dos neoliberais, não-cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Seguridad. Capítulo Criminológico. **Revista de las disciplinas del control social**. Maracaibo, Venezuela, v. 29, n. 2, p. 3-24, jun. 2001.

BATISTA, Nilo. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 103-110, 1. e 2. semest. 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. As conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Trabajo, consumismo e nuevos pobres**. Traducción por Victoria de los Angeles Boschioroli. Barcelona: Gedisa, 2003a. 155 p.

_____. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003b. 141 p.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do delito**. A caminho dos gulags em estilo ocidental. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 227 p.

_____. Elementos de geografia penal. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 93-100, 1. semest. 2002.

FARIAS, José Eduardo. Prefácio ao livro de MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000. 214 p.

FREIRE, Marcelo de Figueiredo. Privatização de presídios: uma análise comparada. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo. **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 89-116.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 69-92, 1. semest. 2002.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 214 p.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 330p.

PAVARINI, Massimo. “Dentro” y “fuera” de la justicia penal (apuntes y reflexiones sobre las estrategias emergentes en las políticas criminales). **Doctrina Penal**, Buenos Aires, ano 8, p. 641-661, 1985.

ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil**. Afinal de que se trata? Rio de Janeiro: FGV, 2003. 244 p.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Privatização de prisões: um debate necessário. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo. **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 23-34.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001a, 174 p.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Freitas Bastos, 2001b. 157 p.

_____. **Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada**. Tradução de José Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001c. 198 p.

_____. A tentação penal na Europa. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 7-12, 1. semest. 2002.

WESTERN, Bruce et al. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 41-52, 1. semest. 2002.

A IMPORTÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO DAS POLÍTICAS SOCIAIS

*Justino da Silva Guimarães**

“Atualmente, as constituições não servem apenas como instrumentos de defesa dos integrantes de uma sociedade perante o Poder Público, baseado no constitucionalismo moderno que consagra a ideologia liberal, mas também, e principalmente, visam a trazer soluções para enfrentar a imprevisibilidade das situações. Os princípios jurídicos, ao contrário de outras normas jurídicas, vêm atender a esta expectativa social” (Arianna Stagni Guimarães).

Resumo: Os direitos fundamentais sociais ainda não foram efetivados a ponto de se afirmar que o Estado cumpre satisfatoriamente o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo no primeiro artigo da Constituição Federal, o que tem levado o Poder Judiciário a ponderar pelo princípio da proporcionalidade, demandas que envolvem políticas públicas, sem que isso implique na violação do princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Princípio da Proporcionalidade. Controle Judicial de Políticas Públicas.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os direitos fundamentais surgem como os “herdeiros históricos dos direitos humanos” (BORNHOLDT, 2005, p. 53). Defini-lo não é tarefa das

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela UFSC. Especializando em Direito Constitucional pelo UNICEUMA.

mais fáceis, considerando que variam no tempo e no espaço e também por apresentarem resultados diversos sob a perspectiva de como são estudados, não olvidando que não se encontraram taxativamente prescritos no corpo da Constituição Federal, como se vê do próprio §2º do art. 5º, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para Luño (1988, p. 46) direitos fundamentais significa o “conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional. Já os direitos fundamentais serão aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.

Miranda (1998a) conceitua os direitos fundamentais “como sendo os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.

Em que pese a Teoria do Status de Jellinek, intitulada “teoria dos direitos subjetivos públicos” sofrer críticas pelo fato de ser incompatível com o hodierno Direito Constitucional positivo, ainda apresenta sua importância na compreensão dos direitos fundamentais. Nesse sentido os direitos fundamentais são classificados em *direitos de defesa*, *direitos a prestações* e *direitos a participação*, correspondendo a ações negativas, positivas e ativas, respectivamente. Os direitos fundamentais à prestação são divididos em *direitos a prestações jurídicas*, correspondentes aos direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de elaborar normas ou praticar atos jurídicos e *direitos a prestações materiais*, direitos frente ao Estado no sentido de que prestem prestações materiais. Os direitos sociais são direitos a prestações no sentido material. (FARIAS, 2000, p. 102).

Os direitos sociais, tidos como de segunda geração ou dimensão, aqueles em que o sujeito é visto enquanto inserido no contexto social, estão catalogados no Título II, art. 6º da Carta Política Federal como lídimos direitos fundamentais, *verbis*: art. 6º – “São direitos sociais a educação, a saúde o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança pública, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta

Constituição”, assim como os previstos no art. 7º a 11 e Título VIII (Ordem Social) da mesma Carta.

Conceituam-se os direitos sociais como fundamentais do homem, como liberdades positivas, de observância de um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hiposuficientes, visando à concretização da igualdade social e são consagrados como fundamentais do Estado Democrático pelo art. 1º, IV da *Lex Mater*, no desiderato de “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (MORAES, 2002, p. 202).

Silva (1998, p. 289), na mesma trilha de doutrinação, pontifica que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem,

São as prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos as prestações se encontram positivados na Constituição Federal, tanto no capítulo II do Título II quanto em outros dispositivos espalhados no Texto Constitucional, a exemplo da norma prevista no art. 17, §3º (direitos dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), necessitam de uma atuação positiva do Estado a partir do momento em que são normas programáticas, carecendo, dessarte, da interposição do legislador para que determinado direito tenha eficácia e aplicabilidade.

Humenhuk (2005, p. 2), reportando-se sobre a discussão da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, em face do disposto no art. 5º, §1º da CF, cita os ensinamentos de Canotilho, “na seara dos direitos fundamentais a prestações, a Constituição dirigente se consubstancia a um máximo de ‘desejabilidade constitucional’ de direitos prestacionais sociais, que passa a relacionar-se genericamente, com a interposição do legislador necessária, derivada da subordinação de uma efetividade constitucional para a sua

consecução”. E são satisfeitos segundo as estruturas econômicas do momento de sua efetivação, daí porque são submetidos ao que se denomina de *reserva do possível*.

O Estado, encarado como um conjunto de atividades humanas com a função de promover o bem comum ou de realizar as condições sociais com um dirigismo, razão porque a Constituição Federal é concebida como uma Constituição dirigente, deveria assumir o compromisso com a sociedade como um todo, com o fim precípua de conjuntamente traçarem políticas públicas visando garantir as necessidades básicas fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Todavia, a asserção supra dista da realidade, considerando que a carência de direitos sociais atinge primeiramente a consciência cívica do cidadão. É dizer que, dentro da política colonialista constituída pelo Estado, o pensar, principalmente o pensar crítico, não é e nunca foi uma meta dentro da política educacional da história do Brasil, uma vez que este estado de estagnação mantém o povo sob o controle do poder dominante, por isso é que Foucault assevera que o Estado não está ausente do saber e, sim, tramando contra ele.

Extrai-se desse contexto que, em que pese os direitos sociais estarem erigidos a *status* constitucional, ainda não se implementaram políticas públicas sociais capazes de garantir uma vida digna ao povo brasileiro. Por consectário, o Estado é o primeiro agente a violar o consagrado princípio da dignidade da pessoa humana.

Um exemplo dessa indignidade social é a Emenda Constitucional intitulada “Reforma da Previdência”, que no afã de buscar o equilíbrio financeiro desta pasta ministerial, restringiu direito fundamental e violou cláusula pétrea com a implantação da cobrança de contribuição previdenciária à classe dos aposentados, a famigerada “taxação dos inativos” e, diga-se de passagem, com a contribuição do Poder Judiciário através de sua instância máxima, ao sobrepor o interesse financeiro do Estado sobre o consagrado direito adquirido dessa classe.

Ora, não é por este viés que se resolverá o gravíssimo problema do sistema previdenciário brasileiro, pois antes de tudo é imprescindível combater a chaga da corrupção, que se institucionalizou, inclusive nos programas sociais, exemplo do escândalo do desvio de verba pública do programa do governo federal intitulado “bolsa escola” em alguns Estados da Federação, incluindo-se o município de Pedreiras-MA.

A propósito, o constitucionalista Lôpo Saraiva, numa conferência proferida na cidade de Coimbra, propôs a criação de um remédio jurídico-processual intitulado *mandado de garantia social*, visando afiançar, segundo

Bonavides (2001, p. 217), “o respeito às cláusulas declaratórias daqueles direitos fundamentais na estrutura do Estado social contemporâneo nos limites de razoabilidade das prestações materiais impetradas ao Estado”.

Esse almejado instituto processual seria uma forma legítima de cobrar do Estado a implementação de direitos sociais básicos. Na hipótese de justificar a falta de condições materiais para tal implementação, acrescenta o constitucionalista cearense que padeceria, frente à “vinculação de razoabilidade”. (2001, p. 217). Aqui reside o grau de importância do princípio da proporcionalidade nas políticas sociais na medida em que determinado direito social estaria garantido dentro das limitações materiais do Estado para o momento.

Torna-se até paradoxal afirmar que o Brasil, escalonado entre as dez maiores economias do mundo, apresenta um índice de desenvolvimento humano vergonhoso, basta dizer que a maioria da população vive abaixo da linha da pobreza, notadamente nas regiões norte e nordeste.

Ora, um país que concentra a riqueza nas mãos de uma minoria; que adota uma política de arrecadação tributária galopante destinada a massa popular, enquanto reina a sonegação e a renúncia fiscal aos grandes empresários; que se queda inerte à endêmica corrupção em seus órgãos e que adota uma política de ajuste de acordo com as regras do Banco Mundial e FMI na ilusória busca do equilíbrio financeiro, culminando na redução da já reduzida verba destinada ao social, não se pode afirmar ser um país justo socialmente.

Faz-se imprescindível vigorar a consciência cívica do povo brasileiro; revigorar os movimentos sociais como uma forma legítima de cobrar do poder público políticas públicas, movimentos estes rechaçados pela política neoliberal; criar novas ONGs com a finalidade de valorar a construção democrática e os espaços de participação e negociação de políticas públicas; efetivar os conselhos de gestores de políticas públicas sem clientelismo e capacitados tecnicamente, entre outros.

Essa consciência de cidadania facilitaria, por exemplo, a participação popular na discussão do orçamento público, o tão falado “orçamento participativo” previsto no Estatuto da Cidade e por consectário o exercício do direito de cobrar do Poder Público políticas sociais de acordo com as necessidades da comunidade e da população em geral; a participação popular nas licitações públicas e o direito do cidadão de conhecer e fiscalizar as contas públicas, conforme preceituam as Leis nº 8.666/93 (lei que estabelece as normas

de licitação e contratos administrativos) e a Lei Complementar nº101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) respectivamente e a participação da comunidade como uma das diretrizes nas ações e serviços públicos de saúde (art.198, III da CR), formas legítimas de combater a corrupção.

É dizer que a democracia só existirá se efetivamente houver a participação popular na discussão de políticas públicas, substituindo-se definitivamente a democracia representativa pela democracia participativa, pois “sem justiça social não há Estado de Direito nem democracia que sobreviva nos países da periferia”. (BONAVIDES, 2001, p. 218).

Bonavides (2001, p. 219) textualiza a importância da democracia participativa frente ao modelo de Estado em vigor, asseverando que

A democracia participativa configura uma nova forma de Estado: o estado democrático participativo que, na essência, para os países da periferia é a versão mais acabada e insubstituível do Estado social, este que a globalização e o neoliberalismo tanto detestam e combatem, argumentando.

Enquanto não se tem criado o almejado *mandado de garantia social*, vai-se estudando a proporcionalidade como princípio das políticas sociais de acordo com a hodierna doutrina e jurisprudência pátrias, trazendo-se a lume as limitações a direitos sociais projetadas pelo próprio legislador constituinte, pelo legislador ordinário e pelo Poder Judiciário, utilizando-se, para tanto, de exemplos extraídos da lei, da doutrina e do Direito Pretoriano.

Sobreleva ressaltar que a questão tratada não é tida como pronta e acabada, face ao grau de dificuldade no abalçamento da colisão entre um direito social pleiteado pelo cidadão e o interesse da coletividade, razão pela qual não se pretende esgotar o tema.

Ad primum será tratado, de forma globalizada, de noções gerais acerca do princípio da proporcionalidade, seus subprincípios e o método da ponderação como forma de dirimir conflitos entre direitos fundamentais ou dirimir colisões entre princípios constitucionais no desiderato de facilitar o tema central deste articulado.

Conseqüentemente os princípios constitucionais inerentes às políticas sociais para se iniciar um estudo mais aprofundado sobre o princípio da proporcionalidade na mesma área e à luz de decisões judiciais.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

“O princípio da proporcionalidade é direito positivo em nosso ordenamento constitucional. (...) decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”. (Jairo Gilberto Schäfer).

No sentido jurídico, princípios são aquelas idéias fundamentais que orientam a atuação de todas as outras normas jurídicas presentes no sistema, constituindo-se a base do Direito. (GUIMARÃES, 2003, p. 85).

Para Carvalho (1998, p. 106), “os princípios aparecem como linha diretiva que ilumina a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.

Para Bonavides (1994 apud ESPÍNDOLA, 2002, p. 72), os princípios cumprem três funções relevantes na ordem jurídica: *função fundamentadora da ordem jurídica* – ostenta uma eficácia derogatória e diretiva; *função interpretativa* – orienta as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete e *função supletiva* – consiste na integração do Direito suplementando as lacunas das normas.

Encontram-se na doutrina nacional e estrangeira várias diferenças entre *princípios*, *regras* e *valores*. Alexy (1993, p. 88), reportando-se sobre a diferença entre regras e princípios, assevera que se mostra clara quando se está diante de colisão entre princípios e nos conflitos de regras, que têm em comum o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis. O conflito entre regras só pode ser resolvido declarando inválida uma delas. Não se fala em invalidade de um princípio quando em rota de colisão com outro, haja vista que o conflito é dirimido utilizando-se o *método da ponderação de bens*, a partir do momento em que ocorre a superação momentânea de um sobre o outro naquele caso concreto.

Valores, por sua vez, são conceitos inerentes à humanidade colocada por uma determinada sociedade, servindo como parâmetro para uma convivência mais harmoniosa e equilibrada. (GUIMARÃES, 2003, p. 92).

Princípios, segundo Alexy (apud GRAU, 2005, p. 201), “são mandamentos de otimização, pertencendo ao âmbito deontológico, ao passo que os valores estão incluídos no nível axiológico. O que no modelo dos valores é o *melhor* é o modelo dos princípios o *devido*”.

Vários são os princípios espalhados pelo ordenamento jurídico pátrio. Os *explícitos ou positivados* são definidos como aqueles que expressam as decisões políticas fundamentais do constituinte quanto à estrutura básica do Estado e as idéias e valores triunfantes na Assembléia Constituinte, e os *implícitos ou princípios gerais do direito* aqueles que se encontram implicitamente no interior da ordem jurídica de onde são recolhidos através da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas. (FARIAS, 1996, p. 27).

Na Constituição Federal os princípios aparecem de forma explícita e implícita. O primeiro quando a própria norma constitucional o preceitua de forma expressa, a exemplo do princípio da igualdade que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º *caput* da CR); os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como regentes da administração pública direta ou indireta de todas as esferas de poder; o princípio da função social da propriedade (art. 70, III); o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º) e o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL).

Os princípios consagrados na Carta Política Federal de forma implícita, embora não estejam literalmente expressos, possuem a mesma importância dentro do sistema jurídico, a exemplo do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme a constituição e da motivação dos atos administrativos.

O princípio da proporcionalidade, ao contrário de alguns documentos internacionais de declarações de direitos que o prevê de forma expressa - a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. A Constituição Portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos” – está previsto na Constituição Federal Pátria de forma implícita, inserido no texto normativo dos direitos fundamentais e de seus mecanismos de proteção, notadamente pelo fato do Brasil ter optado politicamente pelo Estado Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais são o centro de todo ordenamento constitucional.

Nesse contexto Bonavides (1998, p. 396) aduz que

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento jurídico constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui no espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da assistência imposterável do Estado de Direito e dos princípios que se consagram e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Aparece, entre outros dispositivos, no inciso X do art. 5º “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, no inciso V do art. 7º “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” e no inciso IV do art. 175 “a obrigação de manter serviço adequado”.

O princípio da proporcionalidade, de origem germânica, vem sendo confundido com o princípio da razoabilidade. Este, de origem anglo-saxônica, surgiu a partir da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, objetivando conter desvio do Poder Legislativo na consecução de sua função típica (fazer leis), ampliando-se depois para o chamado *substantive due process*, o remédio contra as restrições a direitos e liberdades na via administrativa e legislativa. Aquele é decorrente do princípio da legalidade e ligado ao princípio da constitucionalidade, segundo o qual são os direitos fundamentais descritos na Constituição que regem todo o ordenamento jurídico, razão pela qual torna-se compatível com o sistema constitucional brasileiro. (SHÄFER, 2001, p. 104).

Enquanto na proporcionalidade a análise funda-se na relação meio-fim entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, indagando-se se a medida é adequada, necessária e menos restritiva ao bem jurídico envolvido, na razoabilidade, segundo Grau (2005, p.186), a análise funda-se na situação pessoal do sujeito envolvido, indagando-se: “A concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato para determinado sujeito?”

Acrescenta o jurista que “trata-se de um *exame concreto individual* dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da *particularidade* ou *excepcionalidade* do caso

individual. (...). A razoabilidade (...) determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão”.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apreciando apelação cível em matéria tributária, tocando no nó górdio da questão:

Portanto, ainda que tratados indistintamente, os dois princípios são diversos. O da proporcionalidade, de origem alemã, é ativo, fixa limites, estabelece formas em que os meios e os fins são proporcionais. Quando desproporcional o fim, a irrisignação deverá achar apoio no art. 5º, XLVI, da Carta Magna, e não no inciso LIV. Já o da razoabilidade, de origem anglo-saxã, importa em algo negativo, em rejeição de uma forma de agir que é repelida pelo senso comum das pessoas.

O que o princípio da razoabilidade permite, em última análise, é que os juízes examinem as normas jurídicas e os atos administrativos, verificando se são razoáveis, se atentam ao justo anseio da comunidade. Se irrazoáveis, irracionais, sem sentido mesmo, caberá ao juiz, diante do caso concreto, afastar a aplicação da norma sob a invocação do preceito constitucional do devido processo legal. (Ac nº 95.04.37993-1/RS. Rel. Des. Fladimir Freitas).

Esta e outras distinções não são aceitas com parcimônia por uma corrente doutrinária, sob a sustentação de que precitados princípios equivalem a um só. O certo é que ambos funcionam “como meios de controle dos atos estatais, através da contenção destes dentro dos limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos”. (CANOTILHO, 1992, p. 45).

Impende consignar, por fim, que em um país regido pelo Estado Democrático de Direito, onde o direito à livre manifestação do pensamento é assegurado a nível constitucional, o princípio da proporcionalidade não poderia estar imune às críticas.

A primeira crítica decorre do fato de que sua aplicação viola o princípio da separação dos poderes pelo fato da lei ser substituída pela vontade do juiz. Em embargo de respeitáveis opiniões em contrário, afigura-se que essa crítica não procede, sob o fundamento de que a partir do momento em que a Lei Magna delimita o campo de atuação do legislador, este não poderá prever todas as situações possíveis, socorrendo-se o juiz de tal princípio para solucionar o caso concreto. Na verdade, o que o juiz faz ao aplicá-lo é uma adequação da própria vontade do legislador aos princípios constitucionais por ele mesmo previstos.

A segunda decorre do fato de que a sua aplicação enseja resultados diversos, afetando a segurança jurídica. Ora, se o resultado fosse absoluto,

obviamente todas as situações possíveis deveriam estar previstas em lei. Como não estão, vale rechaçar esta crítica sob a ótica de Robert Alexy, ao afirmar que o princípio da proporcionalidade possui uma lógica razoável ou uma racionalidade possível (racionalidade daquele caso), exigindo-se apenas que o resultado esteja amparado na Constituição Federal¹.

2.1 Os subprincípios do princípio da proporcionalidade e o método da ponderação como forma de dirimir conflitos entre direitos fundamentais em colisão

O postulado da proporcionalidade é aplicado nas situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder a três exames fundamentais: *adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

O subprincípio da *adequação* trata-se de uma relação entre os meios e os fins, na medida em que deve haver um equilíbrio entre os fins determinados e os meios empregados para se chegar àquele fim. Exemplo: O prefeito de um determinado município sanciona uma lei proibindo a distribuição de merenda escolar nas escolas públicas com o fim precípua de evitar a contaminação do vírus da gripe. Pergunta-se: Há uma relação entre o meio utilizado (lei proibitória) e o fim visado (evitar a contaminação do vírus da gripe?) Afigura-se que não, pois o ato de alimentar-se não provoca e tampouco dissemina esse vírus. Portanto, o meio utilizado não levou a uma relação adequada à sua finalidade, devendo a lei ser banida do ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o conteúdo de uma lei estadual que exigia a comprovação de condições de capacidade para o exercício da profissão de corretor, declarou-a inconstitucional sob o fundamento de que o meio (atestado de condições de capacidade) não promovia o fim (controle do exercício profissional), violando o exercício livre de qualquer trabalho ou profissão. (Tribunal Pleno, Repr. 930-DF, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 2.9.1977).

¹ Extraído das aulas da disciplina “Políticas Sociais no Estado Brasileiro” ministradas pela Professora-Doutora Cláudia Maria da Costa Gonçalves, no Curso de Especialização em Direito Constitucional pelo UNICEUMA, maio de 2005.

O subprincípio da *necessidade ou de alternativa menos gravosa*, por seu turno, está ligado à idéia de vedação do excesso, pois dentre as medidas possíveis utilizadas para dirimir determinado conflito de interesses, exige-se a análise não apenas da natureza da medida, como também a sua extensão temporal, espacial e objetiva, com o propósito de sobrepor o que menos afeta os direitos fundamentais em colisão. Canotilho (apud SARMENTO, 2002, p. 89) explicita que:

a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar às pessoas ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

O exemplo que se traz à colação refere-se à decisão do STF que declarou inconstitucional a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, sob a fundamentação de que impor um ônus excessivo às companhias de gás, que teriam que dispor de balança para cada veículo e também sob a fundamentação de que a proteção aos consumidores poderia ser preservada de outra forma, menos restritiva. Ou seja, existiriam outras medidas menos restritivas aos direitos fundamentais atingidos, como, por exemplo, a fiscalização por amostragem. (ADIn 855-2, Rel. Min. Octávio Galotti, DJU 1.10.1993).

Alexy (1993, p.112-113) leciona que enquanto o subprincípio da necessidade representa uma otimização das possibilidades fáticas, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito importa na otimização das possibilidades jurídicas.

Destarte, o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, denominado também de *mandado de ponderação* envolve uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada, ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela criada.

Para Canotilho (apud BARROSO, 1998, p. 208-209), “trata-se de uma questão de medida ou desmedida para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins”. Ou seja, com a medida tomada deve-se ganhar mais do que perder. Um exemplo conhecido de

todos é a adoção do rodízio de automóvel na capital paulista, no qual estava em jogo a restrição ao direito de propriedade e o interesse coletivo, prevalecendo este na escala de proporcionalidade.

Sarmento (2002, p. 90) relaciona o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação. Nesse desiderato “o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o interprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade”.

Acrescenta o autor que essa ponderação não é tão fácil de ser equilibrada quanto à metáfora da balança, pois o que está em jogo são interesses díspares de difícil comparação de “pesos”, razão pela qual reveste de alta dose de subjetivismo, exigindo-se do julgador uma especial prudência no exercício do controle de constitucionalidade.

Na verdade, a ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade estão interligados entre si, já que o primeiro consiste no método para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, enquanto que o segundo necessita que essa dosagem de ponderação estabeleça uma medida na qual prevaleça apenas um bem naquele caso concreto, porém maximizando o respeito entre os envolvidos na medida em que o que pesou menos não seja nulificado.

Enfim, diz-se que “uma medida é *adequada*, se atinge ao fim almejado, *exigível*, por causa do menor prejuízo e finalmente *proporcional em sentido estrito* se as vantagens superarem as desvantagens”. (GUERRA FILHO, 1989, p.75).

3 OS PRINCÍPIOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

Paula (2001, p. 189) conceitua *política pública* como sendo “uma linha de ação ou omissão, escolhidas pelas autoridades públicas, para enfrentar um dado problema ou um conjunto de problemas inter-relacionados”.

Constitui, portanto, programas planejados e desenvolvidos pelo Estado, por intermédio dos Poderes Executivo e Legislativo que, por sua natureza, poderão dar tratamento diferenciado a certas situações, objetivando promover

o combate às desigualdades sociais e suprir as necessidades essenciais da população brasileira carente.

Os princípios da descentralização política, proibição do retrocesso, da reserva do possível e da proporcionalidade regem as políticas públicas sociais, sendo que este último será estudado com mais profundidade no item seguinte.

O *princípio da descentralização política* ficou marcado pelos movimentos de debates pela democracia ocorridos na década de 80, cujos movimentos contribuíram decisivamente para a ampliação dos direitos sociais assegurados na Carta Política Federal em vigor e pela necessidade de descentralização política-administrativa de tais políticas, culminando em conferir aos municípios *status* de Ente Constitutivo da República Federativa, nos termos do art. 1º.

É cediço que o Estado é o titular dos serviços públicos e tem por escopo prestá-los de forma a atender a população da melhor forma possível, porém, face ao precitado art. 1º em combinação com o art. 18 que concede autonomia aos Estados e aos Municípios, a descentralização de políticas sociais tornou-se uma realidade, notadamente pelo fato de que cada Ente Federativo conhece de perto suas carências sociais e a forma mais eficaz de resolvê-las.

A descentralização da saúde, por exemplo, através do Sistema Único de Saúde – SUS, é resultante de um expressivo movimento de reforma sanitária, movimento de redemocratização surgido por ocasião da VII Conferência Nacional da Saúde no ano de 1986, cujos integrantes participaram ativamente da Assembléia Nacional Constituinte, contribuindo sobremaneira para a reorganização da saúde no Brasil e para a inserção da Seguridade Social no Texto da Constituição Federal vigente, cujo referencial se encontra presente no art. 196, haja vista que a saúde passou a ser um direito de todos e dever do Estado.

A descentralização da educação é outro exemplário. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece a competência do município como Ente Federativo autônomo arrimado no precitado art. 18 e no art. 221 da CR que assim prescreve: Art. 211 - “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”.

O princípio em comento é conhecido como o *princípio da democratização do acesso*, por permitir a participação do cidadão nas decisões do governo por meio de instalação de conselhos da educação, daí é que se diz que o mesmo decorre do princípio da solidariedade, porque o cidadão deixa seus afazeres para se dedicar à política educacional como membro de tal conselho.

É consabido que, concretizado um direito fundamental social pelo legislador ordinário, o Estado deixa de ter uma obrigação positiva e passa a ter uma obrigação negativa na medida em que protege esse direito prestacional, evitando retroceder ao *status quo ante*. Presente o *princípio da proibição do retrocesso*.

Isto não quer dizer que o legislador ordinário não possa modificar alguma regra de direito social, a exemplo do direito à seguridade social quando diminuído o montante de alguma prestação já concebida em face das condições econômicas, políticas e sociais que o país atravessa momentaneamente. O que não pode retroagir é o núcleo essencial desse direito.

Canotilho (apud DAVID, 2005, p. 3) aduz que o princípio da proibição do retrocesso social limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, a exemplo do subsídio do desemprego e das prestações de saúde, em clara violação ao *princípio da confiança* e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana.

Um exemplo atual que se pode colacionar ao presente estudo diz respeito ao voto do Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a taxaço dos inativos. O ministro sustentou que a Emenda Constitucional nº 41/03 violou o §4º do art. 60 da CF, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, “porque cobra-se a seriedade dos representantes do povo”. Acrescentou que “a esta altura, considerados servidores que estão aposentados há 15 anos ou mais, introduzir quanto a eles, a título de contribuição, um ônus, diminuindo-se os proventos é algo que conflita frontalmente com a Constituição Federal e implica até mesmo a maltrato à dignidade da pessoa humana”.

Por fim, o ministro avocou o princípio da proibição do retrocesso de direitos fundamentais sociais já sedimentados, afirmando que “a cláusula proíbe o retrocesso em matéria social, exceto quando há implementação de políticas compensatórias pelas instâncias governamentais”.

O conceito do *princípio da reserva do possível* é oriundo da Alemanha, baseado na paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento do caso BverfGE nº 33, S. 333, em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior, embora não existisse vaga suficiente, com arrimo na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. O tribunal firmou entendimento de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites razoáveis, ou seja, que o requerente atenda aos

requisitos objetivos para sua fruição. Assim, de acordo com a jurisprudência daquela corte, “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. (LIMA, 2005, p. 4).

É certo que não se pode comparar a aplicação efetiva desse princípio entre o Brasil e a Alemanha, tamanha a desproporção de direitos fundamentais sociais concretizados nesse país europeu. Em vários países do continente europeu tais direitos são assegurados nos limites mais do que razoáveis para dignificar a pessoa humana, enquanto que no Brasil e no continente sul-americano como um todo, ainda não se chegou sequer a concretizá-los de forma a merecer aplausos do cidadão.

Nesse diapasão o judiciário brasileiro, em que pese ainda não se encontrar em um estágio desejável quando de decisões que envolvem políticas públicas, vem proferindo sentenças que asseguram ao cidadão o direito social reclamado ao rechaçar a doutrina da “reserva do possível”. Nesse sentido, vale trazer à colação excertos da decisão liminar proferida pelo Juiz Federal Flávio Dino (PRAZERES; MACEDO, 2004, p. 153-154) quando da apreciação do caso de uma estudante que se enquadrava em requisitos estatuídos em Resolução Administrativa da UnB para fruição de direito à residência estudantil, porém sem existência de vaga. A decisão foi amparada nos artigos 205, 206, I e 208, V, todos da Carta Cidadão, *verbis*:

1 - Determina a nossa Constituição que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205). A “igualdade de condições para o acesso e permanência da escola” é princípio que rege o ensino (art. 206, inciso I). Ademais deve o Estado garantir o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, inciso V). Tais preceitos, longe de veicularem enunciações puramente formais, impõem a condição de medidas que reduzam as barreiras econômicas que impedem o acesso e a permanência citadas. O poder Executivo reconhece que os deveres constitucionais em foco exigem determinadas políticas públicas, a exemplo do FIES e do programa “Universidade para todos” (instituído recentemente pela MP nº 213, de 10/09/2004). No caso das universidades públicas, as obrigações constitucionais enfocadas devem concretizar-

se com a adoção de programas assistenciais dirigidos aos mais carentes, a fim de que estes possam efetivamente exercer os seus direitos formalmente enunciados. Assim não fosse, gerar-se-ia a perversa situação de toda a sociedade financiar o ensino público superior exclusivamente em benefício dos segmentos mais ricos da população.

2 – Analisando a presente lide com base nessas premissas, verifico que o demandante reside em um local muito distante do Plano Piloto e da UnB – acarretando oneroso deslocamento – e tem sua hipossuficiência expressamente reconhecida pela instituição, inclusive participando do Programa Bolsa Alimentação (fls.16). Por outro lado, afirma a UnB que “semestralmente deixamos de atender vários alunos que se enquadram neste perfil”, estando assim caracterizada situação claramente inconstitucional. Destaco que não há obstáculo a esta declaração por este Juízo, pois – em se tratando de programa administrativo de custo evidentemente suportável pelo erário – não incide a doutrina da “reserva do possível” (que em tese impede o judiciário de influir demasiadamente na definição de políticas públicas prioritárias, em homenagem ao princípio da separação de poderes).

3 – Há “periculum in mora” na presente controvérsia, uma vez que o próprio fluir do semestre eletivo, sem frequência regular do aluno, gera danos de difícil reparação.

4 – Com esses fundamentos, DEFIRO A LIMINAR pleiteada, determinando que a UnB ofereça ao autor vaga em residência universitária ou custeie a sua moradia em local próximo à UnB, em padrões equivalentes aos oferecidos aos demais estudantes carentes e consoante as mesmas regras regimentais de uso. Na última hipótese, o custeio não poderá ultrapassar o valor de R\$15.600,00 por ano, limite máximo de competência desse juizado.

Esse magistrado, ciente de sua função social perante a sociedade, soube abalizar o binômio “padrão mínimo social” versus “impacto da decisão sobre o orçamento público” (da universidade) para o deferimento da liminar.

4 A IMPORTÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO DAS POLÍTICAS SOCIAIS

A proporcionalidade como princípio das políticas sociais está ligada às restrições a direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, notadamente aos sociais, e são catalogados da seguinte forma: a) restrições que decorrem diretamente da Constituição, os chamados limites internos ou restrições diretamente constitucionais; b) restrições efetuadas pelo legislador ordinário devidamente autorizado pela Constituição Federal, os chamados limites externos ou restrições indiretamente constitucionais e c) a proporcionalidade efetuada pelo Poder Judiciário.

4.1 Restrições diretamente constitucionais

A vida é o direito fundamental mais precioso do ser humano, mas não é um direito absoluto por excelência, posto que poderá perecer quando o agente tira a vida de seu semelhante sob o pálio claro e inequívoco da legítima defesa. Partindo dessa premissa, conclui-se não existir direito fundamental absoluto.

Desta asserção vê-se que a própria Carta Política Federal contempla vários dispositivos de natureza de direitos fundamentais sujeitos à restrição, independentemente da atuação do legislador ordinário e do Poder Judiciário: são as chamadas limitações internas ou restrições diretamente constitucionais.

No Título II da CF, que trata dos direitos e garantias fundamentais, encontram-se vários dispositivos em que o próprio legislador constituinte originário previu restrições a direitos dessa envergadura. Assim, por exemplo, nos termos do art. 5º, XVI, “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas e em locais abertos ao público (...)”. A restrição consiste no fato de que para que as pessoas se reúnam, necessário que estejam desarmadas e para fins pacíficos. É dizer que o direito de reunião deixa de ser absoluto pelas condições impostas expressamente pela Constituição, não podendo o Poder Judiciário interpretar esta norma de forma a restringi-la ainda mais.

Outra restrição que dimana diretamente do texto da Constituição advém do regime excepcional do *estado de necessidade* (estado de defesa e estado de sítio) como bem lembrado por Mendes (2002, p. 228), segundo o qual

A Constituição prevê que, na vigência do estado de defesa, poderão ser estabelecidas restrições especiais aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e da comunicação telegráfica e telefônica (CF, art. 136, § 1º, a-c). Mais ampla ainda são as restrições previstas durante o estado de sítio, que envolvem a liberdade de locomoção, o sigilo das comunicações, a liberdade de comunicação em geral (prestação de informação, imprensa, radiodifusão e *televisão*), o direito de reunião, a inviolabilidade de domicílio e o direito de propriedade (CF, art. 139).

Os direitos fundamentais sociais, de igual parte, sofrem limitações dessa natureza, a exemplo do disposto no inciso VI do art. 7º que evidencia que o direito de irredutibilidade do salário do trabalhador não é absoluto, a partir do momento em que possibilita a redutibilidade quando deliberado em convenção ou em acordo coletivo de trabalho.

O direito do trabalhador de ter garantido constitucionalmente a jornada de trabalho de 06 (seis) horas em turnos ininterruptos de revezamento, de igual forma, sofre restrição direta a partir do momento em que poderá ter sua jornada de trabalho aumentada quando houver deliberação em negociação coletiva.

Na área da educação a Constituição Federal restringiu o direito a atendimento em creche e em pré-escola, assegurando-o somente para crianças entre zero a seis anos de idade (art. 208, IV).

Na área da saúde o legislador constituinte vetou a destinação de recursos como forma de auxílio ou subvenção às instituições privadas com fins lucrativos.

4.2 Limitações indiretamente constitucionais

As limitações a direitos fundamentais também decorrem do legislador ordinário quando expressamente autorizado pela Lei Maior. Tais direitos são submetidos à reserva de lei restritiva (restrições legais), por isso diz-se que se trata de limitações externas ou restrições indiretamente constitucionais.

Para Canotilho (1998, p. 1144),

“quando o preceito constitucional prevê expressamente a possibilidade de limitações aos direitos fundamentais através de lei (reserva de lei restritiva), quer isso significar dois fenômenos distintos: de um lado cuida-se de uma *norma garantia*, por reconhecer e garantir um direito fundamental (âmbito de proteção); de outro lado, trata-se de uma *norma de autorização de restrições*, por conter um comando autorizativo ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições ao direito protegido”.

Vale dizer que a Carta Magna faz remissão expressa à lei infraconstitucional, competindo ao legislador ordinário fazer a ponderação, respeitando os requisitos do núcleo essencial dos direitos envolvidos e a regra da proporcionalidade. Na concepção de Schäfer (2001, p. 98) o legislador terá a função de: a) limitar o âmbito concreto de exercício do direito, estabelecendo pressupostos e requisitos a serem cumpridos para seu exercício e b) efetuar mediação legislativa entre o texto constitucional e o exercício do direito pelo seu titular.

Ilustra-se essas assertivas trazendo como exemplo o art. 273 da Lei Instrumental Civil que disciplina o instituto da tutela antecipada. Há dois direitos em conflito: de um lado o *direito do autor* que possui o direito à tutela tempestiva, adequada e específica (princípio ao acesso ao direito) e do outro o *direito do réu* que possui o direito a uma cognição exauriente (ampla defesa e contraditório, decorrente do princípio do devido processo legal). O legislador ordinário fez a ponderação de bens para especificar os requisitos que possibilitam a concessão da tutela antecipada. Desse exemplário observa-se o grau de importância do princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais sociais, por certo, também sofrem restrições indiretas. Nesse sentido, vale trazer à baila o exemplo colacionado por Barros (2000, p.175) extraído do Tribunal Constitucional Alemão, **verbis**:

Em um famoso acórdão no qual se discutia a possibilidade de se imporem condições legais à abertura de farmácias, em razão da liberdade fundamental do exercício profissional, o Tribunal Constitucional Alemão asseverou que a proteção da comunidade seria necessária na medida em que o exercício inteiramente livre da profissão pudesse

impor-lhe perigo, ou seja, que o bem **saúde pública** pudesse estar afetado. No exame das razões que levaram o legislador a impor certas condições à abertura das farmácias – que se constituíram em restrições indiretas ao exercício de profissão de farmacêutico – foi, afinal, comprovado que o legislador de houvera com excessivo zelo, e, assim, repelida a inconstitucionalidade.

Desume-se dessa decisão que o direito fundamental do livre exercício da profissão sofre restrições autorizadas pela Constituição Alemã ao legislador ordinário, razão que o fez aplicar o método da ponderação e, por consectário, o princípio da proporcionalidade.

A propósito, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é direito fundamental, consoante art. 5º XIII da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. As restrições possíveis foram remetidas ao legislador ordinário.

Outro exemplo é a que decorre do Estatuto dos Advogados (Lei nº 8.906/94) que obriga o bacharel em direito submeter-se ao exame de ordem como requisito para a profissão de advogado. O direito ao livre exercício da profissão, no caso, a de advogado, está restringido àqueles que se submetem ao exame de ordem e logram êxito.

A lei que disciplina o regime jurídico dos funcionários públicos federais traz em seu bojo a limitação feita pelo legislador, autorizada pela Constituição Federal, concernente ao horário especial de trabalho do estudante. É o legislador ordinário que faz a ponderação entre o interesse público e o direito fundamental à educação do servidor-estudante.

O direito fundamental social de greve também sofre o mesmo tipo de restrição sujeito à reserva da lei. É que o constituinte faz remissão ao legislador ordinário de definir os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º da CF).

O conflito entre o direito de greve do funcionalismo público e as necessidades inadiáveis da comunidade, travestidas no princípio da continuidade do serviço público é dirimido pelo legislador ordinário pelo método da ponderação ao definir os serviços essenciais que não podem parar, a exemplo dos serviços básicos de água e luz. Até a greve de motoristas de ônibus coletivo também sobre a ponderação entre referidos bens em conflito, na medida em que não

pode parar toda a frota de ônibus no sentido de evitar total prejuízo à coletividade usuária desse meio de transporte.

Na área da saúde destaca-se o art. 197 da CR, como um dispositivo em que o legislador constituinte originário taxou as ações e serviços de saúde como de relevância pública e autorizou expressamente o poder público a regulamentar, fiscalizar e controlar através de lei a política pública.

Ainda na esfera das normas restritivas aos direitos fundamentais com permissão constitucional, identifica-se duas situações distintas, levando-se em consideração o grau de liberdade atribuído pela Constituição ao legislador ordinário.

A primeira reside nas cláusulas de direitos fundamentais que utilizam a expressão “nos termos da lei”. Em que pese o legislador ordinário estar sempre limitado pelo núcleo essencial do direito em análise, não resta dúvida que nesta situação o seu grau de poder de regulamentação e o grau de restrição são visivelmente acentuados. Um exemplário que se coloca é o direito fundamental social de licença paternidade, onde o constituinte deixou ao talante do legislador ordinário disciplinar quantos dias de licença poderá gozar o funcionário público em função do nascimento do filho. Abalizou o legislador ordinário que 05 (cinco) dias atenderia a necessidade do pai permanecer com o filho por tempo integral, tempo que não afetaria o princípio da continuidade do serviço público (art. 5º, XIX da CF).

Nota-se que o constituinte não deu esse grau de liberdade quanto ao direito de licença à gestante, pois ele mesmo fixou o prazo de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, não remeteu ao legislador ordinário fixá-lo através de lei ou “nos termos da lei” (art. 5º XVIII da CR).

A segunda situação reside no fato de que a própria Constituição delimita a margem de autorização atribuída ao legislador infraconstitucional para fins de restringir direito fundamental, a exemplo do inciso XII do art. 5º da CF: “É inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer **para fins de investigação criminal**” (grifo nosso). Afigura-se que a margem restritiva da lei somente poderá ocorrer para fins criminais e a limitação autorizativa fica adstrita exclusivamente para o fim imposto pela Constituição.

Por derradeiro vale registrar que quando se depara com as expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei” e “conforme definido em lei” não significa que as normas deverão sofrer restrição por parte do legislador ordinário quando devidamente autorizado. Estas, muitas vezes, indicam a

necessidade de conformação com o direito positivo, cujas leis ordinárias complementam a norma constitucional, definindo o conteúdo de proteção do direito fundamental. (BARROS, 2000, p. 163). Assim, por exemplo, o disposto no inciso XXXII do art. 5º da CF, “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

4.3 A proporcionalidade aplicada pelo Poder Judiciário a direitos fundamentais sociais

A solução a direitos fundamentais em conflito fica a cargo do Poder Judiciário, constituindo uma das tarefas centrais de hermenêutica constitucional contemporânea. Para dirimir o conflito, os juízes *ad quem* e *a quo* aplicam o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, ponderando-os.

Para o exame de uma lei restritiva de direito fundamental pelo princípio da proporcionalidade, Barros (2000, p. 180) elaborou um roteiro que deve ser perseguido pelo operador do direito: 1ª) é a etapa onde os magistrados farão a constatação de que efetivamente se trata de uma autêntica restrição; 2ª) verificação dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição, ou seja, se a restrição autorizativa está contida nos limites dessa autorização expressa. Estando de acordo, identifica-se o conflito ou colisão de direitos a justificar o estabelecimento de uma restrição. Cuida-se, enfim, de verificar se se tratam de limites imanescentes; e 3ª) a última etapa consiste na comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade através de seus subprincípios: *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a legitimidade das disposições reguladoras do preço das mensalidades escolares, procurando conciliar os *princípios da livre iniciativa* e da *livre concorrência* e os da *defesa do consumidor* e da *redução das desigualdades sociais* em conformidade com os ditames da justiça social, decidiu que “*pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário dos lucros*” (MENDES, 2002, p. 299). No conflito entre os princípios ventilados, prevalece aquele que protege o consumidor dos preços abusivos perpetrados por proprietários de escolas particulares.

O Plenário do Excelso Pretório, apreciando a ADIN nº 1.158-8, em que se impugnava a norma do Estado da Amazônia que havia concedido a

vantagem pecuniária de 1/3 da remuneração a ser paga nas férias a servidores inativos, assim decidiu:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores inativos – vantagem pecuniária irrazoável e destituída de causa – Liminar deferida. A norma legal que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do substantive due process of law, como insuperável limitação do poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.

Noutro exemplo, uma aluna da Universidade de Marília – UNIMAR, impetrou Mandado de Segurança contra ato da Pró-Reitoria daquela Universidade, pelo fato de ter sido cancelada sua matrícula sob a alegação do não pagamento das mensalidades por três vezes consecutivas, sendo deferida a liminar e o mérito. A autoridade coatora apelou da decisão sob o fundamento de que a universidade possui autonomia administrativa e financeira nos termos do art. 207 da Constituição Federal. A 6ª Turma do TFR da 3ª Região negou por unanimidade o provimento do recurso sob a seguinte fundamentação:

ENSINO SUPERIOR. Mandado de Segurança. Cancelamento de matrícula por inadimplência no pagamento de mensalidades.

EMENTA; I – Violação ao princípio da universalidade da jurisdição, pois não pode a instituição de ensino, a despeito de inadimplência no pagamento das mensalidades, obstar acesso à Educação, vez que realiza serviço delegado pelo Poder Público.

II – Existência de débitos referentes aos encargos escolares implica em propositura de competente ação judicial para defesa dos interesses da Instituição de Ensino, não cabendo à mesma obstaculizar a vida acadêmica de seus alunos. (MS 95.03.0777760-7 – 6ª Reg. – j. 24.06.96 – Rel. Juiz Américo Lacombe – DJU 21.08.96).

Nesta decisão supradestacada reside a colisão entre o princípio da universalidade de jurisdição baseado no direito ao acesso à educação e o princípio constitucional da autonomia administrativa/financeira das universidades. Os Desembargadores que compõem a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, aplicando o princípio da proporcionalidade, entenderam que havia outros meios menos restritivos para que a universidade buscasse sua pretensão. Vê-se claramente que o subprincípio da necessidade foi bem aplicado, pois os magistrados firmaram entendimento de que a universidade poderia utilizar-se de outros meios menos restritivos ao direito fundamental social chamado “educação”, a exemplo da ação ordinária de cobrança, da ação de execução de título extrajudicial ou da ação monitória.

Encontrou-se, também, decisões monocráticas que se depararam com conflitos envolvendo o direito fundamental social à saúde. Nesse sentido colhe-se a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério do Estado de São Paulo em face do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – HCFMUSP, sustentando, dentre outras situações, que a suplicada vinha adotando uma política discriminatória entre o usuário do sistema único de saúde e aqueles que pagam pelo atendimento, privilegiando este último, ferindo, assim, o princípio da igualdade. O juiz decidiu pela improcedência da ação sob a fundamentação de que o sistema público de saúde é custeado com recursos do contribuinte, cuja carga é mitigada por beneficiários que pagam pelos serviços. Destarte, o pagamento lhe dá o direito de ter atendimento diferenciado. Nesse sentido, vale trazer à colação excertos da decisão, *ad litteram*:

O princípio da universalidade do atendimento, que o hospital público não pode deixar de observar, impõe que ele atenda tanto os que podem quanto os que não podem pagar, incluindo os que podem pagar, mas não queiram e se recusam a fazê-los.

Destarte, como para ser atendido pelo Hospital não é indispensável pagar, só se disporão de fazê-los os que têm condições para tanto, desde que isso lhes assegure alguma vantagem compensatória. Ninguém em sua sã consciência se disporia ao pagamento para ter exatamente o mesmo atendimento dos que não pagam, que é acessível a todos sem pagamento algum.

O sistema público de saúde é custeado com recursos do contribuinte, cuja carga é mitigada por beneficiários que pagam pelos serviços.

Essa fonte de receita pode possibilitar que o hospital amplie a sua capacidade de atendimento, atualize os seus equipamentos, criem novos serviços em benefício dos que não pagam.

A cobrança pelo serviço, dos que podem e se dispõem a pagar, coloca o hospital em situação de concorrência com os serviços privados de saúde em que a relação preço-benefício é essencial para orientar a escolha do consumidor. Se este tivesse que sujeitar a internações exclusivamente em enfermarias, à mesma fila dos que não pagam para consultas, exames, cirurgias etc., poderia até fazê-lo, mas então optaria por não pagar, ou faria a sua opção por um serviço privado. De todo modo, o atendimento pago pelo hospital público ficará absolutamente inviabilizado.

Portanto, a diferenciação de atendimento entre os que pagam e os que não pagam pelo serviço constitui condição indispensável de subsistência do atendimento pago, que não fere o princípio constitucional da isonomia, porque o critério de discriminação esta plenamente justificado. (Proc. nº 2066/99 – 13ª Vara da Fazenda Pública da comarca de São Paulo – J. 14.02.2000).

Afigura-se que o magistrado para chegar a esse entendimento utilizou-se do princípio da razoabilidade a partir do momento em que o princípio da universalidade do atendimento é para todos, mas que seria irrazoável dar tratamento igualitário àquele que paga pelo serviço, contribuindo, assim, para que esse valor pago seja revertido no aperfeiçoamento dos serviços de atendimento, criação de novos serviços e aquisição de novos aparelhos médicos, cujos benefícios atingirão a todos sem discriminação para seu uso.

Às vezes a ponderação torna-se difícil, levando o magistrado a sacrificar parcela de um bem diante da flagrante diferença de pesos dos bens em colisão. O STF deparou-se com uma questão dessa natureza, quando analisou a costumeira “brincadeira” conhecida por “farra do boi”, adotada pelo povo de Santa Catarina. A Associação de Proteção aos Animais ajuizou ação requerendo a proibição dessa prática. Aqui reside o conflito entre a proteção da fauna previsto no art.225, VII da CF e o incentivo à prática cultural insculpido no art. 215, §1º da mesma Constituição. O Ministro Relator Marco Aurélio de Melo ponderou os bens em colisão e votou pela extinção dessa cultura popular,

levando em consideração que tal “brincadeira” superou os limites de uma típica manifestação cultural. Nesse sentido vale trazer à colação excerto de seu voto:

Se, de um lado, como ressaltou o eminente Ministro Maurício Corrêa, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal é um grande todo –, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título “Do meio ambiente”, inciso VII do art. 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

“Art. 225. (...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécie ou submetam os animais a crueldade.”

Senhor Presidente, é justamente a crueldade que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada “farra do boi”, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como se chegar à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em que se encontrava no interior.

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência no disposto no inciso VII do art. 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre as circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal. (RE nº 153531, Rel. Min. Marco Aurélio).

Outro caso difícil enfrentado pelos magistrados é o concernente à reserva de vagas em universidades oficiais, empregos e funções públicas a determinado grupo social, a chamada “política de cotas”, um exemplo de ações afirmativas na qual o Estado busca combater a desigualdade social e amenizar uma dívida social para com as categorias que gozam de tal direito, a exemplo dos negros.

Partindo da premissa de que a igualdade também pressupõe diferenças, afigura-se que o sistema de cotas é constitucional, bastando que possua uma razão valiosa ou suficiente com o objetivo de evitar privilégios odiosos, bem como um prazo para que essa política perdure, sob pena de perder a sua consistência e, por consectário, causar efeito contrário e inconstitucional. Embora seja difícil aquilatar quem é negro ou pardo nesse País, incumbindo ao poder Judiciário, como uma instituição de controle social, dar solução ao conflito de forma a sacrificar, mas não anular um bem em colisão da menor forma possível, por meio do princípio da proporcionalidade.

Sob a ótica do Poder Judiciário na aplicação de políticas sociais, notadamente na seara da saúde, a pesquisadora Ferreira (et al. 2005, p. 1), em parceria com mais 10 profissionais, participou do concurso de monografias em comemoração dos 40 anos do IPEA com o tema “Desafios das políticas de saúde no Brasil”, apresentando o trabalho intitulado “O judiciário e as políticas sociais no Brasil”.

Os pesquisadores, visando investigar como se apresenta o tratamento das políticas públicas na área da saúde pelo Poder Judiciário, especificamente no âmbito do programa DST/AIDS, analisaram 144 (cento e quarenta e quatro) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual decidiu em colegiado sobre o fornecimento de medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV, incluindo os coquetéis para o controle viral e a realização de exames de fenotipagem e genotipagem.

A pesquisa empírica iniciou analisando os acórdãos do ano de 1997, ano propositadamente escolhido pelo fato de ter sido promulgada a Lei nº 9.313/96, que regulamentou a política pública de concessão de medicamentos para portadores do vírus HIV nas três esferas de governo, cuja investigação se estendeu até o ano de 2004.

Para tanto, foram escolhidos vários critérios, entre os quais destacam-se: 1) pedido postulado na ação ordinária; 2) concessão de

antecipação de tutela e fundamento; 3) reconhecimento pelo julgador do direito à saúde como política pública; 4) classificação do direito à saúde como coletivo ou individual; 5) utilização de critérios econômicos para a decisão e 6) consideração de possíveis impactos sociais da decisão.

O item 1 referiu-se à concessão de medicamentos não compreendidos inicialmente na listagem do Ministério da Saúde e a necessidade de exames de genotipagem e fenotipagem. Os pesquisadores elegeram quatro requisitos mais utilizados pelos magistrados quando da decisão: exigência de prescrição médica, inclusão na lista do Ministério da Saúde, regulamentação pela ANVISA e comercialização em território nacional. Nesse sentido, vale trazer à colação alguns desses acórdãos. O primeiro, trata-se da decisão que ignorou a exigência de regulamentação prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, baseando-se apenas em receita médica, *verbis*: “Portanto, a alusão a falta de regulamentação do medicamento ‘tenofovir’, a priori, não denota ser óbice ao exercício do direito, tendo em vista que decorreu de receituário médico do Instituto de Infectologia Emílio Ribas”. (Acórdão nº 334.408-51-00).

Outro acórdão refutou o argumento da Fazenda Pública de que o medicamento não estaria regulamentado pela Secretaria competente, fundamento este considerado irrelevante pelos julgadores, “senão ridículo, pois a vida humana não pode ser avaliada por normas regulamentares. (Acórdão nº 328.026-5/9-00, de 28.08.03, p.6).

Em outra oportunidade, o tribunal julgou uma ação na qual o autor pleiteava a aquisição por parte do Estado de São Paulo de medicação importada e não comercializada em território nacional. Foi voto vencido o entendimento do relator ao interpretar a expressão “medicação necessária” prevista no art. 1º da Lei nº 9.313/96 com sendo “medicação devidamente aprovada pelo órgão público de atribuição legal e comercializada em território nacional” (Acórdão nº 336.153-5/1-00).

Chega-se à nítida conclusão de que nos acórdãos analisados, os magistrados fizeram o juízo de ponderação de bens em conflito, prevalecendo, no caso concreto, a vida com o bem maior, fazendo prova irretorquível da importância da proporcionalidade como princípio das políticas sociais.

Concernente ao item 02, em todos os acórdãos pesquisados foi concedida a tutela antecipada pelo juízo monocrático, sendo que a grande maioria dessas decisões foi confirmada pelo Tribunal de Justiça paulista. O requisito do *dano irreparável* foi fundamentado na possibilidade do requerente-paciente

vier a falecer durante a demanda e o requisito da *verossimilhança da alegação* fundamentou-se na comprovação, por prescrição médica, do estado de saúde do mesmo e a necessidade do remédio.

Vê-se desse item 02 que o ápice da fundamentação continuou sendo a vida como um bem maior em relação à irreversibilidade (remédio consumido que não pode ser devolvido e o custo dificilmente é ressarcido – argumentos da Fazenda Pública Estadual). Acórdão n. 289.059-5/6-00: “O argumento consistente na possibilidade de lesão ao cofre público, decorrente da irreversibilidade da medida, não pode ter o condão de afastar a proteção do bem maior, que é a vida humana”.

Quanto ao item 03 que concerne ao reconhecimento pelo julgador do direito à saúde como política pública, 67% das decisões que não acolheram a pretensão do autor reconheceram que a efetivação do direito à saúde se dá a partir de implementação de políticas públicas e nos casos de concessão da medida, apenas 28,5% levaram em conta esta questão.

Já em relação ao reconhecimento do direito à saúde como questão de ordem coletiva ou individual (item 04), 93% das decisões favoráveis sustentaram tratar-se de direito individual e 5% de direito coletivo. Acrescentaram os pesquisadores que 2% não fizeram considerações dessa ordem. Nas decisões não concessivas, 53% definiram como direito coletivo, a exemplo do acórdão n 248.966-5-00: “Entre o direito individual do agravado e o direito da coletividade, este deveria prevalecer, pois somente assim o Estado conseguiria garantir o acesso igualitário e universal dos cidadãos às ações e serviços da Administração da área de saúde” e apenas 33% reconheceram como direito individual.

Quanto à utilização de critérios econômicos, 76,2% das decisões de indeferimento consideraram que os recursos públicos são insuficientes e que a Administração está vinculada ao orçamento, e apenas 8,9% referentes às decisões concessivas. É o que se extrai do acórdão nº 366.512-5-00: “Por outro lado inexistem quaisquer elementos nos autos a indicar a inexistência de verba para a aquisição de medicamentos necessários para salvar a vida do autor.”

Quanto ao último item eleito pelos pesquisadores, que trata da questão de observância de impacto social da decisão, foi diagnosticado que nos casos de não concessão, os prejuízos para a coletividade, decorrentes da alocação de recursos de forma esporádica, foram argüidos em 66,7% dos casos, enquanto que nos pedidos concedidos, apenas 4,1%.

Em síntese, restam algumas conclusões dos investigadores:

a) Nos casos em que o Estado já empreende uma política pública, o judiciário ignora o *modus operandi* da mesma, não procurando adequar a esse em suas decisões, quando possível; b) o Poder Judiciário, na função de controle de políticas públicas, deve utilizar-se de critérios econômicos em sua *ratio decidendi*; c) inadequação no tratamento dado pelo tribunal à questão da política de fornecimento de medicamentos no âmbito do programa DST/AIDS, pois basta dizer que em menos de 30% das decisões concessivas os julgadores reconheceram que a efetivação do direito à saúde se dá a partir de implementação de políticas públicas; d) a possibilidade de distorção de políticas sociais distributivas em camadas sociais de maior renda, produzindo efeitos regressivos quase nunca desejados pelos juízes; e) a tutela jurisdicional em foco não respeita sua natureza coletiva, tratando o conflito de maneira fragmentada, ainda nos moldes liberais clássicos; f) as ações que concederam ou confirmaram o pedido desprezaram em sua quase totalidade os efeitos que gerariam para além do processo, concluindo que esse tipo de tutela do direito à saúde não é mais adequada, pois despreza sua natureza.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo – IDESP, no ano de 1993, vem ratificar que o Poder Judiciário ainda não atingiu um grau desejável de cidadania quando se deparam com questões que envolvem políticas públicas sociais, na medida em que responderam a dois questionamentos de forma contraditória: a) O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais. b) O compromisso com a Justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei. Enquanto 73% declararam concordar com o item “a”, somente 37,7% concordaram com a proposição “b”. (COSTA, 2005, p. 142-143).

Afigura-se que o Poder Judiciário, enquanto instituição de controle social, aplicador do princípio da proporcionalidade como forma de dirimir conflitos sociais, não pode mais pensar e agir exclusivamente no desiderato de preservar o princípio da segurança jurídica na concepção tripartite de Montesquieu. Deve o magistrado tornar-se um legislador implícito, aplicador negativo ou positivo de políticas públicas dentro dos preceitos constitucionais.

Destarte, não se pode mais interpretar a teoria da separação dos poderes de maneira estanque, “já que a evolução político-social acabou por alterar as estruturas estatais, passando a incumbir as instituições governamentais não só a defesa da liberdade individual, mas também a realização do Estado como um promotor ativo de mudanças sociais”. (FERREIRA et al, 2005, p. 4).

É preciso que o Poder Judiciário avance, acompanhe as transformações sociais, modernize-se e desencastele-se com o escopo de ouvir os reclamos da sociedade a fim de garantir o bem-estar dos cidadãos. Se assim for, não resta dúvida de que quando se deparar com causas sociais complexas envolvendo um direito fundamental social e o interesse da coletividade, haverá de ponderá-los com uma visão mais elástica e democrática e não mais com a visão de que o direito à saúde é questão de ordem individual, como demonstrado na pesquisa.

Latore (1997, p. 102), tocando no nó górdio da questão, pontifica que

Os tribunais não podem e nem devem subtrair-se ao espírito de seu tempo às novas exigências sociais e econômicas, aos novos critérios de valoração, nem assim fazem na prática. Embora a Justiça tenha sido acusada freqüentemente de espírito rotineiro e conservador, o certo é que não lhe pode faltar essa sensibilidade para as necessidades de seu próprio tempo, e muito menos quando tem a missão essencial de aplicar o direito. Um juiz não vive a os com a lei. Pesa nela a sua educação jurídica e a sua formação humana em geral, a doutrina dos autores que criticam ou defendem os preceitos legais e a influência geral da sociedade em que vive, ou seja, a influência dos valores.

Enfim, as Instituições Jurídicas “têm que se comportar como um defensor jurídico do povo brasileiro e essa defesa deve ser a correta aplicação do Texto Constitucional, por meio da atribuição de sentido às palavras da forma que melhor atenda ao Estado Democrático de Direito” (LEITE, 2004, p. 205).

5 CONCLUSÃO

As prestações positivas, notadamente os direitos fundamentais sociais insertos do no art. 6º da Carta Política Federal ainda não foram implementadas a ponto de afirmar que o Estado cumpre satisfatoriamente um dos princípios fundamentais da República Federativa, o da dignidade da pessoa humana.

As políticas sociais, compreendidas como programas governamentais que objetivam suprir as necessidades essenciais de ampla parcela da sociedade brasileira, visando assistir aos necessitados socialmente e com isso combater a desigualdade social, não atendem ao fim almejado por motivos variados, a exemplo da endêmica corrupção, jungida à letargia do Estado para combatê-la e à ausência de participação popular na construção de tais políticas.

Em consequência disso, não se pode afirmar que o Brasil é um país justo socialmente, pois um país que não combate a corrupção, que atribui excessiva carga tributária aos menos favorecidos, enquanto adota uma política de renúncia fiscal aos grandes empresários e que não investe no social a ponto de oferecer ao seu povo as necessidades básicas com dignidade.

Assim, é necessário revigorar os movimentos sociais, os quais contribuiriam insofismavelmente para incluir vários direitos no Texto Constitucional como fundamentais para o homem e, assim, a participação popular nas decisões que envolvem políticas públicas, no sentido do exercício democrático de forma a se alcançar um estágio mais perto do desejável.

Por estas e outras razões, os princípios da *descentralização política, da proibição do retrocesso, da reserva do possível e da proporcionalidade*, considerados princípios das políticas sociais, são fundamentais no sentido de que, quando bem ponderados, cumprem o papel de contribuir para a mudança do quadro social que ora se apresenta, bem como para salvaguardar direitos sociais.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade visa limitar a ação que o Estado impõe a direitos fundamentais e, como um instrumento de interpretação, a conciliação entre direitos fundamentais colidentes, sem que isso signifique usurpação da função do legislador por parte do julgador, notadamente quando em conexão com a chamada “interpretação conforme a Constituição”.

O princípio da proporcionalidade deve ser idéia fundamental para a atividade dos “constructores” do Direito e para a formulação e concretização de políticas sociais.

É necessário que o Poder Judiciário se democratize, que não encare a lei como um dogma e que caminhe junto com o tempo, com os avanços sociais, culturais e econômicos, acompanhando a evolução dos valores da sociedade, para que cumpra o papel de controle social e jurisdicional de forma satisfatória a quem dele se socorre. É necessário que a Justiça Brasileira se legitime.

É preciso ousar, utilizando-se a Constituição Cidadã como um instrumento de mudança social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Método para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais. Novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Disponível em: <http://www.trf1.gov.br>

_____. Tribunal Regional Federal (3. Região). Disponível em: <http://www.trf3.gov.br>

_____. Tribunal Regional Federal (6. Região). Disponível em: <http://www.trf6.gov.br>

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. Estado de direito. **Cadernos democráticos**, Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlim. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: PRAZERES, Maria Alice Bogéa; MACEDO, Miguel (Org.). **O poder, o controle e o orçamento público**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer; Expressão, 2005.

DAVID, Sofia. **Algumas reflexões sobre o direito à seguridade social**. Disponível em: <http://www.vberbojurídico.net/doutrina> Acesso em: 05.05.05.

ESPÍDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Camila Duran et al. **O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil**: o caso aids. Disponível em: <http://www1.jus.com.br> Acesso em: 3 maio 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal. Código de Processo Penal. Constituição Federal.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Wills Santiago. **Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Wilss Santiago. **Ensaio de teoria constitucional.** Fortaleza: UFC, 1989.

GUIMARÃES, Ariana Stagne. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional.** São Paulo: LTr, 2003.

HUMENHUK, Hewerston. **O direito fundamental à saúde e a teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.jus.com.br> Acesso em: 20 abr. 2005

LATORE, Angel. **Introdução do direito.** Coimbra: Almedina, 1997.

LEITE, Marcelo Santos. A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 48, 2004.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais.** Disponível em: <http://www1.jus.com.br> Acesso em: 3 maio 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo.** São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, George Marmeinstein. **O princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 5 maio 2005.

LIMA, M. Madaleine Hutyra de Paula. Corrupção: obstáculo à inadimplência dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 33, 2002.

LUÑO, Antonio Perez. **Los derechos fundamentales**. 3. ed. Madri: Tecnos, 1988.

MARCELO, Regina Maria; FERRARI, Nery. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988a.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firy. **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanela Di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PRAZERES, Maria Alice Bogéa; MACEDO, Miguel (Org.). **O poder, o controle social e o orçamento público**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenaur; Expressão, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE DO CONTROLE SOCIAL COERCITIVO

*Frederik Bacellar Ribeiro**

Resumo: A sociedade dispõe de vários instrumentos de repressão e prevenção das condutas desviadas, gênero do qual o crime é a principal espécie, com o fito de combater sua incidência social, bem como penalizar o indivíduo que ousou praticar tais condutas. Esse controle social pode ser difuso (informal) ou coercitivo (formal), sendo este último exercido pelo Estado, predominantemente, por meio do sistema penal, com aplicação em larga escala das penas de prisão. Sob essa ótica, o sistema penal, uma vez que existe, pelo menos no discurso oficial, para evitar e reprimir as condutas criminosas, deveria se constituir em instrumento de defesa dos direitos humanos e da sociedade como um todo, em respeito aos limites impostos pelas leis, pelas normas constitucionais e pelos próprios direitos humanos. Contudo, o que se constata é um sistema penal direcionado para a classe menos privilegiada, com a evidente missão de manter as desigualdades sociais, apresentando uma perversa eficácia invertida, transformando-se em mais uma via de exclusão social. Assim, apesar da existência do sistema penal ser plenamente justificável, caracterizando-o como instrumento estatal necessário para vida em sociedade, o que se questiona são a abrangência e a forma de atuação desse sistema, principalmente na seara da justiça criminal. Ao final, à guisa de conclusão, o que se pretende é o reconhecimento da natureza subsidiária do direito penal, como último mecanismo de defesa social, e da imprescindibilidade de um sistema penal adstrito às normas vigentes, que impõem um limite ao Estado, sendo esta limitação um reflexo direto da incidência dos direitos fundamentais, visando a construção de um sistema que seja realizador de uma verdadeira justiça distributiva entre as várias classes sociais.

Palavras-chave: Controle social. Direitos humanos. Sistema penal. Limites, visão crítica e sugestões.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Pós-graduado em Ciências Criminais.

1 CONTROLE SOCIAL E O DIREITO PENAL

A sociedade dispõe de vários instrumentos de repressão e prevenção das condutas desviadas, gênero do qual o crime é a principal espécie, objetivando impedir ou extinguir ou, ainda, pelo menos, diminuir sua manifestação social.

Deve-se, logo de início, esclarecer que as condutas desviadas sempre acompanharam a sociedade e, longe de serem exceções em nosso meio, é uma constante na vida social, afastando a idéia de uma natureza teratológica ou algo neste diapasão, sendo fonte, até mesmo, de transformação da sociedade.

É um grande equívoco analisar o fenômeno do desvio de conduta sob o estreito prisma jurídico-legal, haja vista seu inegável elo com a natureza humana e com a vida social, exigindo enfoque das mais variadas ciências, buscando retratar a real situação da criminalidade em nosso país, não olvidando as circunstâncias sociais, econômicas, culturais, estruturais, educacionais e tecnológicas que influenciam a manutenção da criminalidade.

Assim, a sociedade procura inibir a prática de condutas desviadas, em especial o crime, por meio de um sistema de controle social que nada mais é que a regulamentação da forma de viver dos membros da comunidade, através da atuação das instituições sociais (família, igreja, escola, Estado, imprensa, etc.), realizado tanto na forma difusa quanto na forma institucionalizada (sistema penal).

O controle social difuso ou informal é exercido pela sociedade, com base nos princípios morais e na defesa dos interesses coletivos, sendo que sua atuação eficiente diminui ou, até mesmo, dispensa a necessidade de um controle punitivo estatal. Contudo, hoje se observa que o controle difuso não atinge seus objetivos, provavelmente em virtude de uma crescente perda de valores morais por que passa nossa sociedade. Um sintoma desta crise de valores é o preocupante incremento dos atos infracionais praticados pelas crianças e adolescentes, bem como o desumano encârcere destes jovens, não obstante, a irretocável, mas utópica, legislação vigente (Lei n° 8.069/90).

Já o controle social formal ou coercitivo é exercido pela intimidação, força, em um caráter essencialmente retributivo, buscando uma acomodação social por intermédio da ameaça, através do sistema penal patrocinado pelo Estado.

Não há dúvida de que o controle difuso seja o ideal e deve ser sempre estimulado, entretanto, sua eficiência está intrinsecamente ligada ao bom

funcionamento das instituições sociais, que necessitam estar preparadas para acompanhar as modificações por que passa o país e seus cidadãos, adaptando seus mecanismos de atuação, sob pena de um aumento demasiado do controle punitivo e com ele uma proporcional diminuição das liberdades individuais, sob o sedutor argumento da defesa dos interesses e segurança da coletividade.

A pouca eficiência dos meios de controle social difuso tem como consequência direta um aumento nas atribuições do controle coercitivo que, por total ausência de estrutura, mostra-se incapaz de garantir a almejada coesão social, conduzindo o Estado a um endurecimento das leis, impulsionado pelo movimento de “Lei e Ordem”, apregoado por muitos em nosso país, olvidando dos aspectos econômicos, culturais, sociais, que efetivamente dão origem a esta problemática.

Assim, o Estado prevê e reprime as condutas criminosas lançando mão das leis penais e das penas como resposta aos membros da comunidade que infringiram tais preceitos, tidos como moralmente corretos e aptos a garantir a paz social. Os crimes são as condutas desviadas mais graves praticadas pelos cidadãos contra a sociedade e, portanto, merecem resposta estatal igualmente grave, a pena.

Muito já se discutiu sobre a pena e seus fins; não cabe aqui uma análise detida a respeito do tema, basta lembrar, sumariamente, que segundo concepção absolutista (clássica), a pena criminal é um fim em si mesmo, é a retribuição do mal pelo mal. O seu mais destacado defensor é Kant que afirma que caso uma sociedade resolva dissolver-se por deliberação geral de seus membros, ainda assim, deveria executar o último assassino que estivesse encarcerado. Ressaltando um caráter exclusivamente retributivo da pena.

Hegel (1952, p. 37-39) é outro grande doutrinador partidário desta teoria. É dele a célebre frase “a pena é a negação da negação do direito”; afirma ainda que a negação do direito pelo delito não representa a destruição do direito, por ser este inviolável.

Contraopondo a teoria retributiva, foram elaboradas as teorias relativas onde a pena criminal deve voltar-se para o futuro, não para a retribuição do passado, prestando-se para evitar novos delitos, por parte da ressocialização do próprio agente ou por parte de outros indivíduos, pelo efeito intimidador de um mal.

Hodiernamente, vêm ganhando força as doutrinas unificadoras (mistas ou ecléticas), que adotam as contribuições essenciais das correntes

doutrinárias anteriores, ou seja, combinam retribuição da culpabilidade objetivando a reabilitação e a intimidação pela execução da pena.

Encerra-se esta breve digressão, justificada ante a importância da pena. Doravante passa-se à análise do direito penal e sua aplicação pelo sistema criminal, no exercício da função jurisdicional do Estado.

2 SISTEMA PENAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já dito, a sociedade busca uma auto-acomodação, visando à prevenção e composição pacífica de litígios. Quando tais instrumentos não logram o êxito esperado cabe ao Estado, mediante intervenção coercitiva, dirimir as lides e combater as condutas desviadas, já que é o responsável pela defesa dos interesses da sociedade e de seus membros. E dentro desses interesses que devem ser protegidos pelo Estado, os direitos humanos crescem em importância, pois possuem fundamentação tanto positiva quanto natural.

Todo indivíduo possui direitos inalienáveis que decorrem do simples fato de ser humano. A proteção desses direitos cabe tanto à sociedade quanto ao Estado, que deve pautar sua atuação na consecução desse desiderato.

Há uma intrínseca relação entre Estado, direitos humanos e criminalidade, posto que o primeiro tem o dever de tutelar os direitos humanos, salvaguardando-os de todas as formas de vilipêndio; para tanto se utiliza de mecanismos dos quais se destaca o sistema criminal.

Como já visto supra, o crime apresenta-se como a conduta desviada mais grave contra a ordem social, suscitando, como consequência, o direito de punir. O Estado elege as condutas violadoras dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade em um dado tempo (histórico), impondo a etiqueta de criminosas, estipulando penas para os indivíduos que, desrespeitando as normas penais, as praticam em detrimento da comunidade.

Com o fim da autotutela, cabe ao Estado o dever de aplicar a lei ao caso em concreto, exercendo sua função jurisdicional, com o fim de dirimir conflitos. Na esfera penal não é diferente, o Estado, por meio da justiça criminal, é o competente para reprimir as condutas criminosas pela aplicação das leis penais.

O Estado-Juiz, ao exercer a jurisdição, impõe a todos os membros da comunidade e ao próprio poder público a obrigação de respeitar o

ordenamento jurídico, com todos os seus preceitos e princípios, em especial os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, destacados pelo legislador constituinte como direitos inalienáveis de cada cidadão.

Não obstante, não basta impor o respeito às leis, mas também observá-las durante toda a atividade jurisdicional, para que possa garantir a legitimidade de suas penas e decisões. Assim, o sistema criminal deve apurar e punir as condutas delituosas sem, contudo, olvidar dos direitos fundamentais que ele próprio visa resguardar, garantindo com sua atuação dentro da legalidade o respeito tanto dos direitos dos criminosos quanto dos demais membros da sociedade.

Assim, numa visão ideal, o sistema penal poderia constituir-se em um importantíssimo instrumento de defesa dos direitos humanos, desde que respeitasse esses mesmos preceitos e fosse estruturado e concebido como meio de defesa de todos os extratos da sociedade.

Poderia, enfim, ser mola propulsora da redução das desigualdades sociais, que hoje assolam nosso país, realizando efetivamente o que promete o seu discurso oficial.

De qualquer modo, o sistema penal, constituído pelo Ministério Público e pelos aparelhos policiais, judiciais e prisionais, deve ser operacionalizado tendo como limites a lei e os direitos fundamentais do homem, como única forma de legitimar essa grave intervenção do Estado na vida dos cidadãos.

3 SISTEMA PENAL: LIMITES E DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

O sistema penal, pelo menos em tese, deveria ser um poderoso instrumento de defesa da sociedade e, por conseqüência lógica, dos direitos fundamentais do homem, já que tem por fim precípua a manutenção da paz social, da segurança pública e da vida em comum.

No exercício desta função estatal o sistema criminal deve estar atento aos preceitos constitucionais e legais reguladores de sua atuação, observando sempre os direitos fundamentais dos cidadãos e dos acusados em geral, que não podem ser violados sob o pretexto de uma tutela estatal rápida ou em nome de um interesse coletivo na apuração dos delitos.

Assim, as instituições com atuação criminal estão adstritas a uma grande quantidade de princípios e normas que uma vez observados a tornam

legítimas para intervir nas vidas dos administrados. Passa-se, exemplificativamente, a comentar tais limites:

Princípio da reserva de lei. O Estado deve atuar dentro dos limites da lei penal, pois não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal (CF. art. 5º, XXXIV).

Princípio da igualdade. Para a justiça criminal e para o direito penal todos são iguais, não se admitindo tratamento desigual para situações iguais. (art. 5º, *caput*, da CF.).

Princípio da culpabilidade. O nosso ordenamento jurídico consagra a culpa como fundamento e limite da pena, que deve ser aplicada no limite da culpabilidade do agente.

Princípio da humanidade. O direito penal e o instituto das penas devem ser aplicados sempre com o respeito à dignidade humana, repudiando-se as torturas, as penas cruéis, capitais e perpétuas, atos que privem o acusado da livre determinação de suas funções, etc. (CF. Art. 5º, XLVII).

Princípio do direito penal mínimo ou subsidiário. As leis penais devem ser aplicadas de forma subsidiária, ou seja, apenas quando todas as demais formas de controle social tiveram fracassado e para tutelar apenas os bens jurídicos essenciais à vida humana, não incidindo sobre os delitos de bagatela.

Princípio da personalidade. As penas não podem passar da pessoa do condenado (CF. Art. 5º, XLV), atingindo apenas aquele que por comissão ou omissão deu causa ao resultado delituoso (CP. Art.13).

Princípio da proporcionalidade. A pena deve ser sempre proporcional à gravidade do delito; assim, na dosimetria da pena deve o julgador levar em conta às circunstâncias do crime, notadamente as suas conseqüências e a culpabilidade do agente.

Princípio da individualização da pena. Ligado intrinsecamente aos princípios da culpabilidade e da proporcionalidade impõe ao Estado-Juiz a aplicação e execução da pena de acordo com as circunstâncias pessoais do apenado (CF. Art. 5º, XLVI).

Princípio da pena necessária. Defendido por Franz Von Liszt. Adotada pelo Código Penal brasileiro ao incluir, na parte final do art. 59, *caput*. A justiça criminal deve aplicar pena suficiente e necessária para a retribuição e prevenção do fato delituoso.

Neste ponto Claus Roxin (1998, p. 34) assevera: “a aplicação da pena estará justificada se conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade da delinqüente, que o direito tem que garantir”.

Direito à intimidade e à vida privada. A inviolabilidade da casa, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo exceções expressamente previstas (CF. Art. 5º, XI e XII).

Princípio do promotor natural e do juiz natural. “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CF. Art. 5º, LIII).

Princípio do devido processo legal. Adotado pela Constituição Federal (art. 5º, LIV) estabelece que ninguém sofrerá privação estatal na sua liberdade ou nos seus bens sem o devido processo legal com todas as garantias a ele inerentes.

Princípio da presunção de inocência. Determina que os acusados, em geral, serão considerados culpados após o trânsito em julgado da sentença condenatória. (art. 5º, LVII).

Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. (CF. Art. 5º, LVI).

Princípios do contraditório e da ampla defesa. Deve ser assegurado aos litigantes as mais amplas possibilidades de defesa e manifestação sobre as provas e alegações apresentadas pela parte adversa. (CF. Art. 5º, LV).

Direito à liberdade. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente, nem será mantido quando a lei admitir a liberdade provisória. A prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada (CF. Art. 5º, *caput*, LXI, LXV, LXVI).

Tais princípios e normas (rol exemplificativo) possuem aplicação imediata e fundamentação no direito constitucional positivo, bem como no direito natural, cabendo ao interessado valer-se dos remédios constitucionais existentes para defesa de seus direitos.

Portanto, o sistema penal, ao desempenhar o seu papel de apurar crimes e de aplicar a lei penal ao caso concreto, está inevitavelmente adstrito à

observância dos direitos fundamentais do homem, sob pena de tornar-se ilegítima a sanção imposta (pena), assim como qualquer intervenção estatal na esfera privada.

Neste sentido leciona Mario Chiavario (1994, p. 34):

“Há a necessidade de respeitar um princípio de proporção entre os escopos de defesa social e os sacrifícios que sejam impostos aos direitos e às liberdades. E existem precisas especificações destes direitos “mais fundamentais”, que não podem ser derogados ou suspensos nem mesmo em caso de emergência”, e arremata ao afirmar que nas “recomendações de Toledo” colóquio realizado em abril de 1992, elaborou-se o seguinte preâmbulo: “nem mesmo a luta contra o terrorismo e contra o crime organizado poderá restringir os direitos humanos, senão na medida do estritamente necessário”.

Entretanto, o que se vê em nosso país é um total desrespeito aos limites acima expostos, como bem exprime esta síntese: “O sistema penal, em cujo conceito penetram as instituições policial, judicial e penitenciária, apresenta-se à visão teórica como um ordenamento fundamentado no respeito à dignidade humana. No entanto, na vida prática, ele se incumbe de realizar o controle social punitivo mercê de regras legais e ilegais, pouco lhe importando aquele fundamento relativo à pessoa do homem”. (CARVALHO, 1998, p.167).

4 SISTEMA PENAL: VISÃO CRÍTICA

O sistema criminal tem por função coibir e combater a criminalidade por meio da aplicação da lei penal, dentro de limites e respeitando os direitos e princípios fundamentais assegurados a todo cidadão, objetivando garantir a paz social, em respeito aos principais bens jurídicos tutelados pelo Estado, representando o típico controle social formal ou institucionalizado.

Essa atuação deveria ser homogênea, pautada no princípio da isonomia, onde todas as classes sociais tivessem seus delitos potenciais devidamente tipificados. Contudo, não é o que se verifica hoje, pois a classe dominante possui instrumentos para moldar o direito penal de acordo com seus interesses, excluindo da tipificação criminal as condutas que possuam uma probabilidade de ocorrência em seu meio social.

Como bem leciona Vera Regina Pereira Andrade (1999, p. 28-29):

“A equação minoria (dos baixos estratos sociais ou pobres) regularmente criminalizada X maioria (dos estratos sociais médio e alto) regularmente imune ou impune, na qual venho sinteticamente traduzindo a seletividade, evidencia, em derradeiro, que a clientela do sistema penal é construída de pobres (minorias criminais) não porque tenham uma maior tendência a delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos, com graves conseqüências que isto implica. Logo, impunidade e criminalização são realizadas geralmente pelo sistema penal segundo a lógica das desigualdades nas relações de propriedades e poder”.

Pode-se acrescentar que além do direcionamento da atuação do sistema criminal, esta camada social menos prestigiada ainda sofre com uma distribuição econômico-cultural extremamente desigual e cruel que diminui consideravelmente suas perspectivas de escalada social.

No mesmo diapasão, pode-se dizer que a “imunidade dos crimes mais graves é cada vez mais elevada à medida que cresce a violência estrutural e a prepotência das minorias privilegiadas que pretendem satisfazer suas necessidades em detrimento das necessidades dos demais e reprimir com violência física as exigências de progresso e justiça, assim como as pessoas, os grupos sociais e os movimentos que são seus intérpretes”. (BARATTA, 1993, p. 50).

O sistema penal, de acordo com o discurso oficial, foi concebido como forma de controle social apto a assegurar a proteção das liberdades públicas e a tranquilidade dos membros da sociedade, mediante imposição de penas a todos aqueles que ousassem ameaçar a paz, servindo como instrumento de proteção social. Contudo, ante o exposto, depreende-se que esse sistema está sendo utilizado pela classe dominante com uma “eficácia instrumental invertida”, pois além de não cumprir suas promessas e fins, ainda, o que é pior, apresenta-se como mais um agente reprodutor do atual sistema de desigualdades, contribuindo para o agravamento da estratificação social. (ANDRADE, 1999, p. 28-29).

Apresenta-se correta a afirmação “o fundamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a “ilusão de segurança” por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando

suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida”. (ANDRADE, 1999, p. 31).

Portanto, chega-se à conclusão que o atual sistema penal não está estruturado para combater a criminalidade, ao revés, se apresenta como mais uma via de manutenção do lamentável quadro social que assola nosso país. Com o acerto costumeiro Zaffaroni (1991, p. 237) pontifica que o controle social coercitivo está organizado não para garantir, mas para violar os princípios liberais.

Forma-se um preocupante ciclo vicioso, pois quanto maior as desigualdades sociais e a criminalidade, maior é a resposta repressiva das instituições do Estado (movimento de Lei e Ordem). Essa mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente e rigoroso, para disseminar o medo na massa cada vez maior de excluídos, que condenados à marginalidade socioeconômica não mais aparecem como portadores de direitos subjetivos públicos. Com suas normas penais, o Estado os mantém vinculados ao sistema jurídico basicamente em suas feições marginais, isto é, como transgressores de toda natureza.

5 SISTEMA PENAL BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES

Num primeiro momento, buscou-se afirmar o dever do Estado de defender e garantir os direitos imanescentes de cada cidadão, tendo em vista a dupla fundamentação desses direitos, que se encontram sob o pálio tanto do direito constitucional positivo quanto do direito natural, apresentando-se, ainda, como consequência reflexa do dever estatal de defesa dos interesses da sociedade e de seus membros.

Passada essa fase, pôde-se constatar que a sociedade exerce um intenso controle sobre seus membros objetivando sua própria defesa, bem como dos direitos fundamentais, mediante a prevenção e repressão das condutas desviadas. Esse controle pode ser difuso, exercido informalmente, ou institucionalizado, exercido pelo Estado, por meio da intervenção na vida privada dos cidadãos pelo sistema penal.

Não resta dúvida que no mundo ideal a sociedade se utilizaria exclusivamente do controle social difuso, ante os seus inegáveis benefícios em relação à atuação coercitiva. Contudo, no mundo fenomênico, tal forma de controle mostra-se incapaz de garantir a paz da comunidade, tornando imprescindível a intervenção direta do Estado.

Neste ponto, a existência do sistema penal é plenamente justificável, caracterizando-o como instrumento estatal necessário para vida em sociedade; o que se questiona são a abrangência e a forma de atuação desse sistema, principalmente na seara da justiça criminal.

Quanto à abrangência, o direito penal é de natureza subsidiária, deve se posicionar como última via de defesa da sociedade, acionada apenas após o fracasso dos demais mecanismos de controle e repressão estatal, referindo-se à proteção de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade. Neste ponto “o Direito Penal ao invés de proteger realmente os direitos humanos, vem se constituindo numa forma de agressão a esses direitos. Refiro-me à dimensão elefantíaca da legislação penal, que, ao meu entender, é causa primeira da evidente crise do sistema penal”. (LUISI, 1998, p. 79).

Leciona Claus Roxin (1998, p. 28):

“somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou direito público, o direito penal deve retirar-se. Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Conseqüentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar”.

Deve-se adotar um direito penal de intervenção mínima, consagrando a prevenção dos conflitos sociais pelo implemento de políticas voltadas para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade, relegando o controle coercitivo a último plano.

Desta forma, conclui Dias Neto (1997, p. 12):

“A obstrução da via política de solução dos conflitos sociais gera um terreno fértil para soluções simbólicas centradas no sistema penal. (...) Uma grande parte destas situações problemáticas, que não puderam ser administradas em seus campos políticos originários, é incorporada ao campo político vertical das políticas criminais, onde alguns riscos são isolados e traduzidos

como problemas morais. Problemas que requerem enfrentamento multidisciplinar no âmbito da política (econômica, social, habitacional, educacional) são transferidos à instância penal”.

Razão lhe assiste, pois é notória a falência do controle social difuso, estimulada pela diminuta atenção dispensada para as questões sociais, econômicas, educacionais, políticas; em contrapartida a um progressivo alargamento do campo de atuação do direito penal, chegando às raias da banalização (denominada de inflação penal), como se esta fosse solução (milagrosa) de todos os problemas nacionais, o que é uma grandiosa inverdade como se pode facilmente perceber.

Quanto à forma de atuação, o sistema penal está adstrito a um grande número de preceitos constitucionais e legais que impõem um limite ao Estado, sendo esta limitação um reflexo direto da incidência dos direitos fundamentais, reconhecedores do indivíduo como ser autônomo, circundado de prerrogativas que em hipótese nenhuma podem ser afastadas em nome de uma tutela estatal mais rápida e eficiente.

Daí ser impensável admitir o chamado “direito penal do inimigo”, idealizado por Jacobs, que possibilita a flexibilização e a não aplicação de vários direitos fundamentais, de índole penal e processual, representando um retrocesso e uma total desestruturação do Estado democrático de direito.

No entanto, percebe-se hoje que o sistema penal encontra-se desfigurado, não estando apto a combater a criminalidade, pelo contrário, apresenta-se como mais uma via de manutenção do lamentável quadro social que assola nosso país, desempenhando um controle seletivo da criminalidade, que reforça o entendimento segundo o qual “enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades”. (ZAFFARONI, 1991, p. 149).

Neste ponto, diante do contexto apresentado, parece clara a importância e a responsabilidade do Ministério Público, como titular da ação penal e instituição responsável pelo controle externo das polícias, bem como pelo fato de constituir-se defensor primaz dos direitos humanos e do ordenamento jurídico brasileiro.

Conhecedor dessa responsabilidade, mais do que simplesmente criticar, busca-se apontar soluções aos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea, para, de alguma forma, contribuir para alteração dessa preocupante realidade. Condizente a este pensamento, passa-se a delinear algumas sugestões para o melhor funcionamento do sistema penal brasileiro (D'URSO, 2001):

- Desenvolver e efetivamente colocar em prática uma política criminal justa, igualitária e respeitadora dos direitos fundamentais, a ser executada em longo prazo, sem a interferência e “saídas” casuísticas;
- Fortalecimento do Ministério Público, com reconhecimento do poder de investigação criminal de seus membros, bem como com a outorga de uma verdadeira autonomia financeira e orçamentária que possibilite o adequado aparelhamento da instituição, viabilizando condições dignas de trabalho aos promotores de justiça, com o aprimoramento do desempenho das funções de controle externo da polícia e fiscalização do respeito pelo judiciário das leis e dos direitos fundamentais;
- O reconhecimento do caráter subsidiário do direito penal, com uma sensível redução das figuras típicas, evitando a banalização dos tipos penais (crimes de bagatela), tipificando apenas as condutas violadoras de bens jurídicos essenciais à vida do homem em comunidade, reduzindo, assim, o incalculável número de leis penais;
- Maior utilização das chamadas penas alternativas (restritivas de direitos e multas), ante a falência da pena privativa de liberdade;
- Aumento dos institutos despenalizantes, nos moldes da Lei nº 9.099/95;
- Incentivar o aprimoramento do controle social difuso, com o fortalecimento das instituições sociais, em especial do sistema educacional e investimentos no setor social, econômico e cultural;
- Utilizar os meios de comunicação de forma racional e planejada, transformando-os em instrumentos de transmissão dos valores sociais, do conteúdo das leis, bem como utilizar seu alcance para incentivar o respeito às leis e a manutenção da ordem social;
- Deve ser feito um amplo levantamento sobre a realidade do sistema penal brasileiro, para que se possa estabelecer metas e projetos apropriados para nossa situação atual;
- Dar uma melhor e maior assistência a testemunhas, vítimas e seus familiares;

- Investir nas polícias, valorizando esses profissionais, com a melhoria das condições de trabalho, treinamento, aquisição de equipamentos de investigação criminal compatíveis com o atual estágio de avanço tecnológico, aumento da carga horária de cadeiras como ética, direitos humanos, conduta profissional e psicologia;

- Investir e valorizar o defensor público, com a efetiva implantação das Defensorias da União, Estados e Distrito Federal, passando por um respeito a suas prerrogativas funcionais, remuneração digna, realização de concursos públicos, melhoria das condições de trabalho, conscientização da população de sua importância dentro da sociedade e do sistema penal;

- A aplicação da pena respeitados os princípios limitadores do sistema penal expostos supra;

- Ampla reformulação da execução das penas em nosso país, com a transformação das penas em real instrumento ressocializador, consagrando a prevenção geral e especial.

É imprescindível ao nosso país a formulação de uma política criminal abrangente, moderna, atualizada com as novas tendências do direito penal, coerentes com a nossa realidade e com os anseios do povo brasileiro. Não obstante, por mais perfeita que seja, essa política não logrará êxito enquanto não houver um sério, comprometido e amplo programa de atuação estatal na esfera econômico-social, buscando de uma vez por todas erradicar a pobreza, as desigualdades sociais e regionais, conforme expressamente determina a Constituição Federal de 1988. Enquanto isso, deve continuar a luta pelo aprimoramento do sistema penal, pois “se é verdade que o sistema jurídico, mesmo perfeito, por si só não pode garantir nada, não podemos afirmar que o jurista nada possa fazer para otimizar o modelo de garantias”. (BRONSTEIN, 2001, p. 176).

Chega-se ao final na certeza de que o Estado tem o dever de garantir os direitos humanos. Contudo, não é o que se observa hoje em nosso país, pois o sistema penal é moldado pela classe dominante com o único fim de atender seus interesses, mantendo e, o que é pior, agravando ainda mais as desigualdades sociais, levando a uma completa ilegitimidade desse sistema e de suas penas, transformando-o em mais um mecanismo de violação dos direitos fundamentais, de efeito meramente simbólico, levando-nos a concordar com o grande mestre Norberto Bobbio (1992, p. 45-46) ao afirmar “que apesar das antecipações iluministas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é muito longo”,

concluindo “a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

_____. Introdução crítica ao estudo do direito penal. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **A construção social dos conflitos agrários como criminalidade**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la Sociología jurídico-penal**. Tradução de Alvaro Bunster. México: Siglo veintiuno, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRONSTEIN, Alvim J. **O sistema de execução penal e o modelo jurídico de garantias. Pena e garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Pedro Armando Egvdio de. O sistema penal e a dignidade humana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 24, p.167, out./dez., 1998.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 34, jan./mar. 1994.

DIAS NETO, Theodomiro. Segurança pública: um conceito a repensado. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 58, p.12, set. 1997. Edição especial.

D'ÚRSO, Luiz Flávio Borges. **Proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil**. Disponível em: <http://www.prossiga.com.br> Acesso em: 19. set. 2001.

HEGEL. The philosophy of right londres. In: ENCICLOPÉDIA BRITÂNICA. 1952. p.37-39.

LUIZI, Luiz. Direitos humanos – Repercussões penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 79, jan./mar. 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Código penal interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. Lisboa: Vega, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MINISTÉRIO PÚBLICO: REFLEXÕES SOBRE OS CONTORNOS INSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL*

*Luciano França da Silveira Junior***

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988, indigitada de Constituição Cidadã, inaugurou indubitavelmente uma nova ordem jurídica e política no Brasil, focando o disciplinamento normativo na implementação efetiva das balizas do Estado Democrático de Direito.

Nesse azimute, a Constituição tutela, de maneira superlativa, os direitos e garantias individuais e coletivos dotados de indisponibilidade, assim como os instrumentos que visam ao resguardo e à plena fruição das prerrogativas referentes ao aludido *status quo* inaugurado.

O contexto histórico em que foi promulgada a Carta Política fomentou a redefinição do Ministério Público como instituição, outorgando-lhe um perfil vocacionado ao exercício de um labor independente e atrelado aos altos escopos prelecionados no novel arcabouço.

O Ministério Público restou contemplado com uma formação extremamente avançada, pois incumbido de advogar interesses publicistas de altíssima relevância, mormente no que tange aos direitos fundamentais, chamados por Paulo Bonavides de terceira geração¹, diluídos amplamente na sociedade e em seus estamentos.

* Artigo extraído da monografia intitulada “**Ministério Público – o princípio da independência funcional: gênese e limitações**”, apresentada à Coordenação do Curso de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional, Belo Horizonte, 2003.

** Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais.

¹ No tocante aos direitos fundamentais de terceira geração, encerrados no princípio da solidariedade, o eminente Professor obtempera no sentido de que “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, [...] tendem a cristalizar-se neste fim de século [Séc. XX] enquan-

Na verdade, o perfil hodierno da Instituição vai ao encontro das expectativas de antanho. Rui Barbosa qualificava o então embrionário *parquet* nacional, nos prolegômenos da estruturação judiciária pátria, como órgão da Justiça pública que não se convolava em “[...] um patrono de causas, intérprete parcial de conveniências, coloridas com mais ou menos maestria: é rigorosamente a personificação de uma alta magistratura”, pontificando ainda que “A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrário, em todos os feitos onde servisse, dizer de direito, isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça”².

O Ministério Público migrou de um órgão que militava promiscuamente entre a tutela estatal e os interesses intransigíveis da sociedade para o *locus* atual, que o afastou definitivamente de qualquer postura refratária à fluente vigilância diante dos princípios informativos e acooçadores do Estado Democrático de Direito.

Não se olvidando das peculiaridades do desenvolvimento nativo e alienígena do Ministério Público, questão tão debatida nos escorços históricos acadêmicos, deflui acertado que a instrumentalização institucional, no caso brasileiro, decorreu de uma nuance derivada da grande carência do exercício da cidadania, menoscabada em regimes políticos de força, déficit motivador da irrogação de medidas administrativas e judiciais instrumentais, peculiares em face do *parquet*, *munus* imprescindível ao velamento da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis instaurados (art. 127, *caput*, CF).

O Ministério Público fixou-se atualmente como verdadeiro *ombudsman*, pois gerado nas entranhas do Estado com a missão indelegável e intransigível de propor instrumentos variegados que possibilitem a limitação do próprio exercício da gestão estatal, desde que aludido exercício desborde dos parâmetros inculcados na Carta Política.

to direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 517-525).

² MELLO JÚNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder, 2001. (Prefácio).

E, de tal modo as tarefas cominadas ao Ministério Público encerram gravames e perplexidades, dado muita vez o ineditismo de sua organicidade, que algumas páginas ainda estão a ser escritas, mormente no que concerne à defesa do regime democrático, atribuição gigantesca e inovadora, a rigor manejada ainda precariamente³.

O estudo ora desenvolvido objetiva discutir a independência funcional, princípio enfeixado pelo membro ministerial na sua militância finalística, procurando dissecar tal garantia e inseri-la na dicotomia contextual de sua extensão limitativa diante da fixação do *parquet* como instituição, situação que torna os dissensos das atuações individuais o busílis da dinâmica organicista vivenciada.

Contextualizada dita preocupação, motivada a reflexão em elaboração praxista, buscando ofertar contribuição no sentido de realçar a necessidade premente de uma militância corporativa similar - a ser extraída das dicções jurídicas emanadas dos fatos e das suas aferições intelectivas - apesar de inserta no turbilhão do agir multifacetado dos membros Ministeriais, mitigando a independência individualizada em parâmetros visuais inteligíveis para os destinatários das demandas laborativas afetadas ao *parquet*.

2 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

Com efeito, o Ministério Público é o que a Constituição da República define como tal. O caráter, o perfil, a formatação e a natureza institucional repousam nos delineamentos do art. 127 e seguintes da Carta Magna.

Resultante da relevância das incumbências irrogadas, *munus* sobremaneira gravoso, a Constituição destina à Instituição, assim como aos seus membros, múltiplas garantias e prerrogativas⁴, buscando dar ao *parquet* e a seus agentes aptidão para o pleno desempenho de suas funções e atribuições.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Justitia**, São Paulo: n. 59, p. 179-180, jul./dez. 1997.

⁴ As prerrogativas vinculam-se ao cargo, enquanto as garantias atrelam-se à pessoa, ao órgão, ao ofício ou à instituição. Hely Lopes Meirelles as define como “atribuições do órgão ou do agente público, inerentes ao cargo ou à função que desempenha na estrutura do Governo, na organização administrativa ou na carreira a que pertence. São privilégios funcionais, normalmente conferidos aos agentes políticos ou mesmo aos altos funcionários, para a correta execução de suas atribuições legais. As prerrogativas funcionais erigem-se em direito subjetivo de seu titular, passível de proteção por via judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer outra autoridade” (TEMAS Institucionais. **Justitia**, São Paulo, n. 123, p. 188 apud João Cancio de Mello Júnior).

Garantias institucionais⁵ – como autonomia administrativa e financeira, iniciativa de lei, funções privativas – convivem paralelamente com instrumentos de atuação afetos de maneira particular aos Órgãos de Execução, tais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Os nominados princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, assentados no § 1º. do art. 127 da CF, consignam pilares orgânicos intrínsecos e extrínsecos à atuação desenvolvida pelos membros ministeriais.

Doutrinariamente, sabido que os princípios encerram preceitos generalíssimos, de normalização primária, reportando-se a Crisafulli⁶, tem-se, *verbis*:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Ferreira Filho⁷, debruçando-se sobre a gênese principiológica, preconiza:

Os juristas empregam o termo “princípio” em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam “supernormas”, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que, por isso, são ponto de referência, modelo,

⁵ Segundo Mazzilli, “Há garantias administrativas e políticas da *instituição* (autonomia administrativa e funcional; iniciativa do processo legislativo; proposta orçamentária; escolha do procurador-geral dentre integrantes da carreira indicados em lista tríplice formada pela instituição; investidura a termo certo para o procurador-geral; responsabilização do presidente da República por atos que atentem contra a independência da instituição; recebimento de recursos orçamentos etc); há garantia política *dos seus membros* (independência funcional, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, isonomia de vencimentos, vedações etc)” (MAZILLI, **Regime jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 114).

⁶ CRISAFULLI apud BONAVIDES, op. cit., p. 230.

⁷ FERREIRA FILHO apud MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal**: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 189-190.

para regras que as desdobram. No segundo, seriam *standards*, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas – ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra geral. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma “abstração por indução”.

Daí, concludente ressaí que os princípios institucionais preconizados não só conferem corpo ao Ministério Público, como outrossim balizam a dinâmica da atuação individualizada em face do todo orgânico, coexistindo, pois, tais princípios nas hipóteses em que a operância de um não arrefecer a plenitude dos outros. Conseqüentemente, quedam-se como referencial para as cominações legais e administrativas insertas na hierarquia normativa, mormente nos estatutos orgânicos federal e estaduais.

O princípio da unidade indica a circunstância de que os membros do Ministério Público atuam sob a égide de um só corpo orgânico, submetido a uma chefia solteira.

A indivisibilidade, por seu turno, preconiza como viável aos membros serem substituídos uns pelos outros, segundo critérios não discricionários estipulados nos ordenamentos orgânicos. Esclarece Mazzilli⁸ que “Quando um membro da instituição substitui o outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar”, asseverando ainda que “Um pode ser substituído pelo outro, sem qualquer vinculação de opinião e sem que tal fato cause a cindibilidade da instituição”.

Na seara desses dois princípios reportados, emerge o dinamismo da atuação sem solução de continuidade, nada obstante a preservação do princípio (implícito) do Promotor de Justiça natural⁹. Ademais, constitui atecnia

⁸ MAZZILLI, op. cit., p. 320.

⁹ Doutrina Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que o órgão de execução natural “é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do *parquet* e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o Ministério Público atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher o Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 49-50.).

qualificar o Órgão Ministerial como representante do *parquet*, pois, na verdade, quando o Promotor ou Procurador de Justiça atua, o faz **personificando**¹⁰ a instituição.

O princípio da independência funcional respalda o Órgão de Execução - na sua atuação finalística - a uma militância libertária, fulcrada em sua convicção jurídica, sem prejuízo de limitações objetivas e subjetivas que, doravante, serão perfunctoriamente abordadas neste estudo.

3 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL: CONTORNOS E CASUÍSMOS LIMITATIVOS ORDINÁRIOS

Princípio basilar da atuação ministerial, a independência funcional, como antedito, proporciona aos membros do *parquet* liberdade e fluência para externar convicções jurídicas, sem temer nenhuma coarctação no seu obrar. Trata-se de garantia de cunho político.

Sobredita garantia, deriva, por certo, do *status* de agente político, enfeixado pelos órgãos de execução do *parquet*¹¹. Necessário, nesse sítio, externar que a independência vincula-se à atuação finalística. Quanto a isso, João Cancio¹² discorre que:

O princípio da independência funcional significa que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, atua de modo independente, sem qualquer

¹⁰ Paulo Cezar Carneiro, citado por Paulo Calmon Nogueira da Gama, consigna que “quando um membro do *parquet* atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público [...] isto é, não é possível dissociar o órgão da instituição: aquele faz esta atuar. Assim como não se pode dissociar o membro do órgão, aquele é parte integrante deste; juntos formam um só todo”.

¹¹ Eduardo Slerca, em artigo nomeado ‘A Legitimidade dos Agentes Políticos e a validade do sistema atual de sua verificação’, perora que “Não existe consenso em doutrina sobre quem seja efetivamente agente político. A diferença principal, ao que nos interessa, está em que alguns restringem tal qualidade aos parlamentares e aos chefes do Executivo e seus auxiliares imediatos como Ministros de Estado e Secretários, deixando de fora os integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, enquanto outros incluem estes últimos (DI PIETRO e BANDEIRA DE MELO na primeira posição, HELY MEIRELLES e HUGO MAZZILI na segunda). Ficamos, ao nosso turno, com a locução mais ampla a abranger também os membros da Magistratura e do Ministério Público. A independência funcional, o regime jurídico especial e o círculo de atribuições constitucionais colocam os promotores e juizes como realizadores diretos do poder estatal, formatadores autônomos da própria vontade estatal superior”.

¹² MELLO JÚNIOR, op. cit., p. 117-118.

vínculo de subordinação hierárquica, inclusive com relação à chefia da instituição, guiando sua conduta somente pela lei e por sua convicção, [...] Assim, somente no plano administrativo se pode reconhecer subordinação hierárquica do membro do Ministério Público com relação à chefia ou órgãos de direção superior da instituição, jamais no plano funcional, no qual seus atos somente estarão submetidos à apreciação judicial nos casos de abuso de poder que possam lesar direito.

Amoldam-se ditas lições à cogência do art. 43, XIV, da Lei Nacional n.º 8.625/93, que averba como dever dos membros do *parquet* “acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público”.

Ademais, o Diploma Orgânico Federal, ao atribuir à Administração Superior do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral) expedição de orientações para o desempenho das atividades funcionais, retira dessas recomendações caráter normativo ou vinculativo (art. 10, XII, e art. 17, inciso IV), fixando, *contrario sensu*, observância obrigatória às deliberações de cunho administrativo.

Conclui-se, pois, que, quando determinadas legalmente ou mediante ato administrativo da administração superior providências funcionais afeitas à seara administrativa, organizacional, os membros do Ministério Público têm o dever de assim proceder, sob pena de suportarem repercussão na esfera disciplinar, nos termos dos estatutos orgânicos pertinentes.

A questão, neste tópico, não demanda considerações de maior fôlego, decorrendo da evidência de que presente no Ministério Público a hierarquização administrativa – lastro para a higidez da instituição como um corpo chefiado –, impedindo discricionariedades e desinteligências na manutenção dos preceitos de gestão relacionados à atividade-meio.

Aspecto diverso, como sugerido alhures, recai sobre a atuação desempenhada na atividade-fim.

Nessa rubrica, o princípio da independência afigura-se instrumento garantidor de uma atuação fluente, que visa arredar constrangimentos, pressões, imposições, censuras – *interna e externa corporis* – em face das importantes atribuições que lhe foram conferidas.

A militância funcional impõe, freqüentemente, ferimento de interesses, acudindo o princípio ao resguardo de que os Órgãos de Execução

não sejam cerceados no seu atuar, privilegiando-se a tutela dos altos interesses zelados pela Instituição.

Evidentemente, presentes casuísmos clássicos em que o princípio da independência funcional queda-se mitigado, em decorrência de aspectos orgânicos específicos, citando-se a hipótese de o arquivamento de inquérito civil proposto pelo Promotor de Justiça ao Conselho Superior do Ministério Público não ser acolhido, o Órgão Colegiado designa diverso Órgão de Execução para o ajuizamento da ação, consoante § 4º, art. 9º, da Lei Nacional n.º 7.347/85; o exercício de funções de confiança, na assessoria de órgãos da Administração Superior, que também induz à temperança quanto à incidência do princípio, haja vista que fincado em relação de credulidade, tendo como referencial a convicção do agente auxiliado, e, outrossim, na hipótese outra deflui do não-acolhimento, pelo Magistrado oficiante, da promoção de arquivamento aviada pelo *dominis litis* em peça inquisitória policial (art. 28 do Código de Processo Penal), recaindo sobre diverso membro Ministerial designado o encargo de encetar o sentir esposado pela Chefia Institucional, na vertente de sua convicção respaldar o enfoque não arquivista adotado pelo órgão jurisdicional promovente.

Essas dinâmicas reportadas – exemplificativas, por suas peculiaridades – incidem na verdade em hipóteses nas quais o Órgão de Execução não tem propriamente menoscabada a sua convicção jurídica personalíssima, mas sim milita em situações nas quais a liberdade funcional é restringida por fatores orgânicos exógenos à sua atuação, tornando sua atuação atrelada a um liame de subordinação administrativa, hierárquica ou meramente vinculante.

4 DA CONCORRÊNCIA PRINCIPIOLÓGICA ENTRE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E UNIDADE INSTITUCIONAL

Pode-se ponderar que a independência funcional encerra preceito que resguarda a atuação finalística, sendo uma garantia que possibilita ao Órgão de Execução o exercício fluente e incensurável de seu labor.

Ocorre que esse princípio deve ser entendido dentro de um contexto de organicidade institucional, balizado na eleição de parâmetros que não tornem as atuações singelas de tal modo dissonantes que levem à desfragmentação e à incoerência no manejo das atribuições ministeriais. Poderia, nesse raciocínio, surgir perplexidade, haja vista que a manutenção do Ministério Público como instituição motivaria, em tese, colisão episódica com a prerrogativa dos membros

ministeriais de encetar pronunciamentos finalísticos absolutamente libertários, ou seja, o princípio da independência funcional confrontaria recorrentemente com a gênese – também principiologia – do *parquet* como corpo único.

Esse seria, *ab initio*, o aspecto tormentoso da questão enfocada, sendo tarefa hercúlea delimitar as bordas da garantia da independência com enfoques institucionais que demandam bitolar uma militância finalística homogênea e confluyente.

Exemplificam tal dificuldade as diligências orgânicas visando à inserção das atuações individuais no contexto das coordenadorias dos órgãos de administração, que se instalaram no *parquet* Mineiro e alhures, assim como o entendimento de que as diretrizes fixadas nos planos gerais de atuação são de aplicação cogente. Francisco Dias Teixeira¹³ abstraiu de forma lapidar tal angústia, asseverando:

A relação unidade/independência funcional é, pois, necessariamente conflituosa: de um lado, o indivíduo em seu natural desejo e em seu direito constitucional de liberdade de atuação; de outro, a instituição, em sua vocação normal e em seu dever jurídico de impedir ações contraditórias, ou pior, mutuamente ilididas. Como todo conflito de repercussão social, esse também necessita de regramento, regramento esse que não se realiza apenas com as leis processual e orgânica, mas essas deixam a descoberto inúmeras situações potencialmente conflituosas, tanto entre os membros quanto entre esses e a instituição.

A problemática parece se acomodar, *ab initio*, na concludente de que a preservação da organicidade institucional do *parquet* convive – e não colide – com a atuação independente de seus membros.

Analisando o fenômeno dos conflitos normativos, leciona Carvalho Neto¹⁴ que “os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin,

¹³ DIAS, apud BARBEITAS, André Terrigno. A Prevenção de atribuição como expressão do princípio da unidade de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 1, n. 5, p. 23, out./dez. 2002.

¹⁴ CARVALHO NETO apud GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 195.

podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação”.

Inexiste, no raciocínio ora esposado, a perspectiva de uma hierarquia entre as normas principiológicas. Ferraz Jr.¹⁵ doutrina que:

[...] os sistemas normativos contêm não uma única, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico, regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da equifinalidade, isto é, que um mesmo ponto final pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios.

Posta a questão nessa seara, o presente artigo – despretensioso como fonte de solvência para o problema levantado – tenciona obtemperar que o princípio da independência funcional, em que pese absoluto no desforço intrínseco do Órgão de Execução quando de sua atuação finalística, queda-se relativizado ao ser sopesado com diretrizes orgânicas de cunho político-institucional.

Os instrumentos de uniformização da atuação ministerial convolvam-se necessários ao alcance de resultados que não se assentem apenas pontualmente, mas que visem a otimizações na esfera generalizada das atribuições de seus órgãos militantes.

Daí a necessidade da implementação de aparatos de homogeneização, que sabidamente dependem de um agir símile, ou mesmo unísono.

Dita pretensão não é recente no âmago ministerial. No I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo¹⁶, consecutado no ano de 1971, formatou-se ilustrativa tese:

Se o Ministério Público é uno e indivisível, uniforme e coerente deverá ser sua orientação doutrinária. Não é possível que, diante de questões semelhantes, o Ministério Público se apresente com opiniões divergentes e, muitas

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 237.

¹⁶ CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1., 1971, São Paulo, **Anais...** p. 208.

vezes, conflitantes. Na apreciação dos fatos, a divergência é incontornável, mas na apreciação do direito deve buscar-se a uniformidade de opiniões.

A preocupação, lapidar, demonstra a necessidade de se fazer uma releitura do princípio da independência funcional, inserindo-o num contexto institucional, possibilitando, após debates em foros colegiados – fomentados e insertos na Administração Superior –, balizar as dinâmicas de atuação de uma forma a tornar infensas as defecções de caráter individual.

Essas diretrizes se vinculariam aos parâmetros constitucionais, sem prejuízo das cogências infraconstitucionais, fulcradas ainda em deliberações institucionais de atuação conjunta ou uniforme.

Mazzili¹⁷ afirma a natureza limitada da independência funcional, averbando:

A primeira a impô-los [os limites] é a CF, que prevê a independência funcional como princípio institucional do MP (art. 128, § 1º), mas ao mesmo tempo comete-lhes deveres ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput). Assim, por exemplo, não pode legitimamente o órgão do MP invocar a independência funcional para violar a seu bel-prazer a ordem jurídica ou para obter fim incompatível com a defesa do regime democrático, ou ainda para preterir a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Também a legislação infraconstitucional impõe limites: a LC Federal n.º 40/81, cuja subsistência em nosso ordenamento temos sustentado (Regime Jurídico cit., p. 182-193), enquanto assegura a independência funcional dos membros do MP (art. 16), ao mesmo tempo lhes impõe deveres que não podem ser obstados sob a mera alegação de independência ou liberdade funcional, e, em caso de descumprimento, sujeita seus infratores às sanções nela previstas (arts. 22 e s. e 32). Por sua vez, a Lei Federal n.º 8.625/93 (a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. **Juris Síntese**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 13, fev. 1995.

Público) prevê que os membros do MP gozem de inviolabilidade por suas opiniões ou manifestações expedidas em processos ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional (art. 41, V). [...]

Se fosse absolutamente ilimitada a independência funcional, também seria ilimitada a possibilidade de abuso. Em si mesma a liberdade, um dos postulados básicos da democracia, sujeita-se também a limites previstos em lei. Não fosse assim, sob o manto da liberdade e da independência funcional, o Promotor ou o Juiz poderiam arbitrariamente negar cumprimento à própria CF, que é o fundamento não só da ordem jurídica como até mesmo de suas investidas; ou então poderiam sustentar, sem a menor razoabilidade, apenas fundados em abstrações ou especulações genéricas, qualquer quebra da ordem jurídica.

O princípio da independência funcional deve ser realçado não só como a aptidão dos membros do Ministério Público para a libertária atuação finalística, mas outrossim como instrumento indissociado de um contexto institucional, voltado para a otimização de dinâmicas necessárias ao atingimento dos resultados desejados¹⁸.

A interveniência dos órgãos da Administração Superior, neste debate, supera a mera feitura de orientações de caráter genérico e não vinculativo. Enquadra-se na participação superlativa diante das discussões institucionais adequadas ao fortalecimento do Ministério Público aperfeiçoado na unicidade, arredando posicionamentos solteiros, dissociados de diretrizes de atuação que se afiguram cogentes.

Essas vicissitudes não podem encontrar guarida numa interpretação da independência funcional como um fim em si mesma, alheia completamente às preocupações orgânicas. Necessário esposar a imprescindibilidade de se criar uma cultura ministerial de valorização das iniciativas forjadas nas discussões

¹⁸ Ronaldo Porto Macedo Júnior, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, doutrina que os planos de atuação institucional não violam a independência funcional e liberdade de convicção do membro do Ministério Público. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999. p.131-138.)

político-institucionais, situação que não amaina a capacidade monocrática do membro do *parquet* em implementar atuação que contemple aspectos marginais às deliberações encetadas, hábil a aprimorar ou colmatar as estratégias eleitas.

5 DO ENFRENTAMENTO DA PROBLEMÁTICA PROPOSTA: MARCOS TEÓRICOS PARA ANÁLISE SISTÊMICA DA *QUAESTIO*

A constatação da presença do dissenso – potencial, não raro efetivo - entre a atuação independente dos membros ministeriais e a preservação do *parquet* como ente corporativo, convola-se em questão central no que tange à otimização das atribuições cominadas ao Ministério Público.

Atuações multifacetadas, incoincidentes, nada obstante em tese preservarem a militância libertina dos Órgãos de Execução, trazem à tona inaptidão na consecução do Ministério Público como instituição, positivando desequilíbrio que arrosta o perfil configurado na Carta Política.

Não se pode olvidar que o acertamento do princípio da unidade em seara onde presente vínculo hierárquico apenas na atividade-meio dissemina desconfiança entre os agentes da militância carreirista, haja vista que aquele princípio de regra queda-se utilizado, em casuísticas genéricas, como instrumento de sujeição e bitola.

Rogério Rodriguez Fernandez Filho¹⁹, em estupenda reflexão acerca do problema estudado, assevera:

Para aproximar-se da igualdade perante a lei, um ideal utópico que sempre se afasta à proporção que a vontade institucional chega mais perto, o Ministério Público necessita de mecanismos que permitam acautelar, na medida do possível e desejável, a multiplicidade de interpretações suscetíveis de colocar os cidadãos em posição de desigualdade.

A questão recai em indagação fulcral emanada do prefácio redigido por Fábio Konder Comparato em festejada obra do filósofo alemão Friedrich Müller²⁰: “Como pôr o direito acima da vontade dos homens?”.

¹⁹ FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. A independência funcional e o princípio da unidade. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 1, n. 5, p. 94, out./dez. 2002.

²⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Diante das concludentes da necessidade de mecanismos que viabilizem atuar coerente da Instituição, mitigando convicções solteiras em face da fixação de diretrizes de atuação homogêneas, assentam-se as digressões, doravante, na indagação tormentosa de como efetivamente fazê-lo.

Liminarmente, a discussão deve considerar que a atuação ministerial não encerra fim em si mesma. Na verdade, o labor do Ministério Público tem como público-alvo o povo, na medida em que imposta, em sua atuação, a tutela dos direitos fundamentais, da cidadania, enfim, dos interesses – individuais, coletivos, difusos – indigitados de indisponíveis.

Como corolário, o esforço ministerial deve considerar os destinatários de sua atuação como sujeitos que têm fundada expectativa e inequívoco vocacionamento para um tratamento em que a dinâmica cidadã seja implementada de forma superlativa. Ou seja, o povo, aqui considerado massa como destinatária da operação do direito encetada pelo Ministério Público, encontra-se legitimado a receber trato protetor, abstraído de uma constitucionalidade na qual o Estado e as ramificações de seu aparato têm natureza essencialmente instrumental, compelidas a uma atuação que objetive o atingimento de um bem-estar generalizado, cujo escopo último é promover a igualdade efetiva dos homens, aferidos simplesmente como pessoas infensas a discriminações de cunho preconceituoso.

No dizer de Chai²¹, obtemperando sobre a construção democrática:

[...] estabelece-se que cidadão não deve ser tomado por uma categoria do abstrato, do mero formal, muito menos com uma ingênua instância de legitimação, tendenciosa a minorar a iconização de si mesmo. Mas deve ser consignado enquanto **sujeito de poder**, e não tão somente objeto. E, sendo sujeito do poder deve ser reenviado ao exercício do mesmo, do próprio poder.

Não se olvida da dificuldade da tarefa de se conceituar e implementar o princípio da igualdade. Argumenta Marcelo Campos Galuppo²², discutindo a questão:

²¹ CHAI, Cassius Guimarães. **O controle de constitucionalidade como justiça e identidade constitucionais. A alteração do perfil da constituição a (Des)serviço do povo**: o discurso de justificação aos vetos dos arts. 2º, inc. II e art. 9º da Lei Federal 9882/99. Dissertação (Mestrado) - FDUFG, 2002. p. 30.

²² GALUPPO, op. cit., p. 73-74.

[...] a Modernidade concebe a sociedade como uma sociedade de pessoas (aritmeticamente) iguais que compartilham vários e distintos projetos de vida. Se todas as pessoas possuem (aritmeticamente) o mesmo valor, não há razões para que o direito crie distinções entre as pessoas.

Posta a premissa, o obrar ministerial só pode ser empreendido de maneira hígida quando a dinâmica intelectual de seus membros for implementada de forma inteligível, isonômica, racional, afastando entendimentos dissonantes que levem aos destinatários perplexidades e inquietações.

A igualdade aqui preconizada retira da independência dos agentes ministeriais aptidão para agir conflituoso, pois a liberdade de externamento de convicções, consoante leciona Fernandez Filho²³ :

[...] é um princípio coordenado com os outros, já que a expectativa de garantia que o cidadão exige, e é essencial ao estado de direito, resume-se na proteção em face de pressões, externas e internas, incompatíveis com os objetivos da instituição e tendo como fim último a realização da igualdade dos cidadãos perante a lei e a justiça.

A assertiva ofertada atrela-se a outra discussão primordial, qual seja, o recepcionamento dos recebedores dos pronunciamentos ministeriais como pessoas inseridas no diálogo democrático e, como tais, sujeitos que titulam interesses jurídicos e judiciários, mesmo quando figurem no pólo passivo das demandas persecutórias.

A obra de Friedrich Müller²⁴ discute, como questão pontual essencial da democracia, a conceituação de povo. Procura o Jusfilósofo fazê-

²³ FERNANDEZ FILHO, op. cit., p. 94.

²⁴ Segundo Bonavides, a metodologia de Müller é concretista, sumariando o estudioso cearense que “Afirma Müller que uma hermenêutica jurídica em condições de transcender o positivismo da lei terá seus fundamentos extraídos da observação do trabalho jurídico tanto na ciência como na *praxis*. O texto da norma não contém, assevera o constitucionalista, a normatividade e sua estrutura material concreta. Cinge-se, tão-somente, dentro de sua moldura, a dirigir e limitar as responsabilidades legais de uma determinada concretização material do direito. Não possui o texto uma ‘importância’ inerente nele, de modo que só toma sentido quando posto numa operação ativa de concretização. Em outras palavras, não é possível isolar a norma da ‘realidade’, antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *Normprogramm*) o elemento material constitutivo da própria norma” (BONAVIDES, op. cit., p. 462).

lo mediante aferição analítica e operacional, tencionando dissecar o discurso autoritário da mera conceituação formal do vocábulo, utilizada para legitimar poderes exercidos de forma viciada, autoritária, divorciados da efetividade democrática.

O doutrinador consigna a presença do povo na sua faceta ativa, como participante dialético da construção de paradigma constitucional, ponderando, nada obstante, que a população se posta em lado inverso, como destinatária das chamadas prestações civilizatórias do Estado.

Esse aspecto da obra ventilada²⁵ tem liame inequívoco com a discussão ora estabelecida, haja vista que a construção popular como dinâmica participativa, e não como mero relacionamento sujeito-objeto, torna a atividade dos juristas – aqui entendidos, genericamente, como operadores do Direito – fator inserto na formação de uma democracia vivenciada.

Consoante Müller, não se restringem os juristas ao profissional do Direito, conferindo-se a qualquer cidadão aptidão para titularizar a interpretação normativa como algo palpável, real, acessível, abstraído da hoste social. O autor alemão obtempera que deve incidir o princípio da isonomia (*Gleichheitssatz*) na distribuição das prestações estatais.

Retomando esse raciocínio na discussão em curso, evidenciada a necessidade de que o agir ministerial – tendo como referencial a genética orgânica da Instituição – necessita preocupar-se com o encetamento de pronunciamentos que dêem aos destinatários da sua atuação tratamento igualitário, pois a atuação consonante é corolário da casuística institucional, sendo de se ponderar que a independência funcional deve ser apreciada diante da expectativa social de destinação de parcelas de atuação coerentes.

Discorrendo sobre tal preocupação, José Narciso da Cunha Rodrigues²⁶ leciona, *ipsis verbis*:

Constituindo uma magistratura de iniciativa, ação e controle e incumbindo-lhe promover o máximo de igualdade na aplicação da lei, o Ministério Público só pode agir em obediência aos fins se o fizer coordenadamente. Com efeito, os juízes não detêm poderes de iniciativa e auto-controle, sendo ao Ministério Público que compete acionar, em amplos domínios de interesse público, as causas e o seu

²⁵ MÜLLER, op. cit., 132 p.

²⁶ RODRIGUES apud FERNANDEZ FILHO, op. cit., p. 94-95.

reexame. A discricionariedade ou margem de apreciação que acompanha muitas das iniciativas do Ministério Público converter-se-ia facilmente em áreas de risco, se não fosse possível uma prévia definição do interesse em agir.

Nesse azimute, adverte Fernandez Filho²⁷, *verbis*:

Muito mais do que o princípio da unidade, é o da independência que não pode ser concebido desligado de algum contexto, e rejeitar a sua característica relacional significa interpretá-lo fora de toda correlação com os outros princípios; isto é, dotado de uma referência ilimitada e total, usando-o além de limites para os quais foi concebido e acarretando uma série de inconveniências. [...]

Entre as quais: equivaleria a eliminar o controle racional sobre uma multiplicidade de soluções singulares desconexas possíveis de serem adotadas, não contribuiria para o valor da segurança jurídica e, ainda, retiraria de pauta a abertura do debate na instituição quanto aos pressupostos valorativos que sustentam as decisões do Ministério Público, diminuindo a base de incidência do discurso científico.

O raciocínio desenvolvido nas doutrinas precedentes tencionam demonstrar o caráter prevalecente da formatação orgânica da Instituição diante da aptidão independente da atuação de seus membros. Incompossível visualizar e fomentar a instituição em seara onde grassam atuações incoerentes, não raro opostas.

Insta realçar que, se cada órgão ministerial, consoante adverte Fernandez Filho²⁸, “[...] ostenta independência com relação a todos e a cada um dos outros membros, o fenômeno paralelo que se descortina é o da divisão, não o da unidade”.

Ademais, o vocábulo **independência**, se supera o qualificativo da mera autonomia, não atinge píncaros do *status* típico da soberania. Interessante reproduzir a definição de independência na dicção dicionarista, acertando De Plácido e Silva²⁹, *verbis*:

²⁷ FERNANDEZ FILHO, op. cit., p. 95.

²⁸ Ibid., p. 95.

²⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3, p. 244.

INDEPENDÊNCIA. Oposta à *dependência* (subordinação, sujeição, ligação), exprime o *estado das coisas* que se mostram *livres*, sem qualquer ligação ou conexão com as demais. No sentido jurídico, entanto, *independência* não possui ou não é tida no conceito absoluto de liberdade irrestrita, liberdade sem qualquer sujeição, liberdade de fazer o que se queira, sem qualquer respeito às demais coisas. Mostra a situação da pessoa, de um órgão ou de uma coletividade, que não está diretamente submetida à autoridade de outra pessoa, de outro órgão ou de outra coletividade [...] Em relação às instituições, a independência jurídica se apresenta como a ausência de qualquer mando ou autoridade de outro órgão na sua administração, embora possa existir entre eles uma certa interferência de ordem administrativa, em virtude da qual tenham que atuar ou agir em harmonia, na defesa de interesses comuns. É o caso dos *poderes públicos*, independentes e harmônicos entre si. Neles, como se evidencia, está a exata compreensão do sentido *independência*, na acepção jurídica, relativa às instituições: cada uma é independente no exercício de suas funções e atribuições, de modo que uma não investe no *poder jurisdicional da outra*. Mas é *independência relativa*, pois que, entre si há *uma independência* que as orientam e harmonizam para a realização de objetivos de interesse comum.

Percebe-se que o Ministério Público, encerrado no complexo organismo estatal, não possui soberania, muito menos a enfeixa seus membros, haja vista que a condição de seu nascimento e labor abebera-se de parâmetros normativos refratários a qualquer agir hipossuficiente ou abusivo.

A unidade institucional conflui no sentido do atingimento dos objetivos institucionais, por sua vez insertos nas tarefas constitucionais cominadas. Lado outro, a preservação da liberdade de manifestação dos Órgãos de Execução não pode respaldar atuações sem parâmetros, haja vista que a coordenação é pressuposto patente da existência corporativa do Ministério Público, contraditando doutrinas que prelecionam o caráter absolutista da independência estudada³⁰.

³⁰ Cita-se, e. g., a lição de Hely Lopes Meirelles (JUSTITIA, São Paulo, n. 125, p. 185-186 apud MAZZILLI. Regime jurídico do Ministério Público. p. 72-73).

A convicção supra-externada não menoscaba o princípio da independência funcional, em aparente atrito com a unidade demandada. Argumenta Fernandez Filho, em percuciente observação, que a atuação libertária visa assegurar ao membro ministerial, precipuamente, arrefecimento na sua atuação-fim diante de pressões e coarctações exógenas. Consigna aludido autor³¹:

No espaço externo à instituição, [...] já que a idéia de limite remete intuitivamente à de posição espacial, desaparece, por interferência lógica, qualquer contradição entre a unidade e a independência, entendida, nesta dimensão, como proteção dos membros com relação a um eventual poder ou pressão do exterior.

No espaço interno, o princípio da independência opera assegurando aos membros proteção contra eventual ordem direta específica – sobretudo às que se exprimem como substitutivas – determinada pela chefia, regional ou geral, salvo, nesse caso, os poderes de coordenação e controle, e o princípio da unidade permite a efetividade das resoluções provenientes dos órgãos colegiados, não havendo conflito entre os princípios porque as resoluções do Conselho Superior do Ministério Público não são produzidas individualmente por um superior hierárquico, são frutos de uma resolução deliberada por um órgão composto de membros eleitos (metade pelo colégio de procuradores) e, portanto, exprimindo um conceito de independência mediado por uma representação³².

Dado a forte tradição de autonomia do Ministério Público brasileiro, são as relações no sentido espacial convencional, que têm maior potencial de ameaçar a independência e que exigem pronta defesa, e não as relações internas, que devem estar voltadas à coordenação

³¹ FERNANDEZ FILHO, op. cit., p. 95.

³² Necessário esclarecer que a casuística declinada pelo Autor, no tocante à dinâmica relacionada à Administração Superior, refere-se ao Ministério Público do Trabalho, sendo de registrar que no Ministério Público dos Estados também presentes instâncias deliberativas colegiadas, compostas em processos nos quais previstas assunções eletivas, assim como baseadas em critério de antigüidade.

institucional e são incompatíveis com uma noção absoluta desse princípio, abismo em cuja voragem dissolveria não só a unidade e a indivisibilidade, mas também a identidade individual, que se perderia na dispersão dos fins institucionais.

Ou seja, o escudo da independência funcional tenciona, consoante inteligência desenvolvida, resguardar o membro do Ministério Público de ingerências *externa corporis* que desejem – potencial ou efetivamente – retirar o *parquet* do exercício pleno de seus móveis, permitindo bitolas internas somente em aspectos que visem disciplinar uma atuação inteligível, coerente e retilínea. O atingimento das finalidades institucionais subjuga o atuar individual, nos casos pontuais em que presentes diretrizes no desenvolvimento de metas e posicionamentos jurídicos solidificados por instâncias deliberativas colegiadas, dando ao contexto corporativo a solidez no expurgo de posturas individuais, não raro impregnadas de teor personalístico, por sua vez cultor de inaptidão para inserção em discussões contextuais, que contemplam ambientes generalizados de atuação, desbordando de realidades limitativas.

Em aditamento à fundamentação doutrinária de Müller, que, na presente pesquisa, restou utilizada na nuance específica de valorar – e valorizar – a interveniência dos destinatários das prestações estatais, mister realçar o marco acadêmico de Ronald Dworkin.

Aludido autor possui intervenção enriquecedora na discussão do Direito, mormente nos Estados Unidos e na Inglaterra. Qualificado como pós-positivista, o raciocínio condutor de Dworkin busca estabelecer a conexão entre Direito e Moral, objetivando fragilizar e extirpar do prestígio científico o positivismo, mormente aquele construído por Hart³³.

A teoria de Dworkin procura demonstrar a viabilidade de que princípios concebidos como colidentes no plano da justificação sejam aferidos como concorrentes no plano de sua aplicação, partindo do pressuposto de que todo caso possui uma resposta certa (*right answer*), garantidora de integridade ao sistema normativo. Sobredita doutrina preocupa-se com o trato isonômico dos cidadãos pelo aparato estatal, consignando Chai³⁴:

³³ Cf. BONAVIDES, op. cit., p. 248.

³⁴ CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 124-125.

[...] Dworkin propõe uma estratégia de continuidade que vincula a ética e a política, configurando um tipo de liberalismo igualitário fundado em uma concepção de bem segundo a qual todos os indivíduos têm um igual valor moral. – Em outras palavras o governo atua corretamente quando trata igualmente os membros de uma comunidade política. Ou seja, uma preocupação igual é a virtude especial e indispensável dos soberanos. [...]

As decisões públicas tomadas pelo Estado ou pela comunidade, enquanto agentes morais, sejam relativas à produção legislativa, sejam referentes às decisões judiciais, devem ser justificadas pelos princípios exigidos pela moralidade política. Desta necessidade, de que tanto as normas quanto as decisões judiciais sejam coerentes com os princípios morais, decorre a idéia de direito como interpretação, traduzida por Dworkin como direito como integridade. E o direito como integridade encontra sua legitimidade na idéia de reciprocidade. Pois, os indivíduos que integram as democracias contemporâneas partilham uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito.

Dworkin prevê um trabalho hercúleo (propõe a visualização de um juiz Hércules) para o atingimento da solução escorreita, desforço baseado na argumentação principiológica onde arrostadas digressões de orientação política, culminando, na hipótese de contradição entre princípios, na aplicação destes mediante excepcionalidade à incidência do princípio confrontado, isso em face de um caso concreto, indigitado de *hard case*.

Ao estabelecer a diferença entre regras e princípios, um dos tópicos centrais de sua construção doutrinária, Dworkin busca enfrentar a tormentosa indagação relacionada ao problema operante entre os eventuais choques principiológicos. Para ele³⁵:

As regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada (*in an all or nothing*). Se ocorrerem os fatos por elas estipulados, [...] então a regra será válida e, nesse caso, a resposta deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra nada contribuirá para a decisão.

³⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 253.

Nada obstante, “A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou hierarquia dos princípios é a de sua relevância”³⁶, roborando na espécie a importância vanguardista – e que se preserva atual – da teoria de Robert Alexy, no que tange a busca de uma consecução sobre da jurisprudência dos valores, assim como da preocupação sobre a normalização principiológica.

Na problemática debruçada, partindo do pressuposto da ausência de hierarquia e coexistência principiológica, poderia se indagar qual moldura casuística seria condutora da aplicação integral dos princípios institucionais em tese colidentes.

Registra Bonavides, como advertência, que “Das reflexões de Dworkin infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte a ser utilizado, e já então de maneira decisiva”³⁷.

Esposa a presente reflexão que a faticidade indutora da solução diante da problemática enfrentada não se extrai do casuismo específico da matéria jurídica debatida em processo judicial ou expediente extrajudicial no qual oficia o *parquet*, e sim dos instrumentos *interna corporis* que eventualmente busquem bitolar uma atuação institucional, nuança que será doravante ventilada em rubrica própria.

6 VIABILIZAÇÃO TEÓRICA DA PRETENDIDA SOLVÊNCIA PRAXISTA DO DISSENSO PRINCIPIOLÓGICO-INSTITUCIONAL

Chega-se nesta fase à propositura de uma pretendida solução para a atuação eventualmente desinteligente no âmbito ministerial.

Na verdade, presente no Ministério Público uma cultura de que a atuação do Órgão de Execução resta apreciada, de ordinário, sob um prisma individualista, como que possuidora de uma dogmática em que a seara da convicção do membro fica em um terreno no qual seu sentir jurídico gravitaria na órbita da intocabilidade.

³⁶ Ibid., p. 253.

³⁷ Ibid.

Qualquer questionamento endógeno ou externo, quanto à militância finalística, estaria despido, por assim dizer, de um caráter coercitivo ou impingidor de uma correção de rumo, situação que induz a *praxis* na qual instrumentos de homogeneização estariam – *a priori* – inviabilizados pela independência de atuação.

Como observado, ao revés, aludida independência não encerra absolutismo, pois não alcança viés soberano, haja vista a necessidade de preservação do *parquet* como órgão visual e organicamente corporativo.

Lado outro, o caso concreto processual ou extrajudicial, terreno onde fertilizadas as apreciações solteiras, não estaria a concentrar, casuisticamente, os aspectos fáticos hábeis a balizar de maneira genérica a militância retilínea aqui desejada. As opções seriam deduzidas na abstração das discussões colegiadas.

Resta imprescindível que sejam implementados mecanismos de homogeneização laborativa, corolário de uma atuação de natureza pública que remeta aos destinatários da atuação segurança na apreciação da normatividade jurídica, aferida em sua subjetividade interpretativa.

Essa preocupação ressaí de um debate jusfilosófico generalista – derivado da necessidade em se erigir uma política norteadora da militância – como assertiva típica do vivenciamento democrático. A limitação da atuação do agente político é corolário da própria higidez do sistema que se pretende garantidor de direitos fundamentais, pois o proceder estatal (no caso, ministerial) fragmentado e colidente menoscaba o cidadão – e, eventualmente, os próprios entes estatais e as pessoas detentoras da volição publicista, também submetidos às eventuais perseguições ou postulações jurídicas e judiciárias nas quais interveniente o *parquet* – como objeto/participante da dialética democrática.

Leciona Chai³⁸, acerca da temática pertinente, *verbis*:

O direito público deve buscar medidas eficazes para delimitar o poder estatal, embora algumas delas restrinjam-se a certos escalões da administração, com o objetivo de assegurar aos particulares garantias eficazes contra o abuso de poder. Os meios de que dispõem os indivíduos para contenda com o poder público demandam procedimentos que se opõem às violações de seus direitos. E as garantias constitucionais, em conjunto, devem caracterizar-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância, ou no caso de inobservância, a reintegração do direito violado.

³⁸ CHAI. **Descumprimento de preceito fundamental.** p. 82.

Pergunta-se então quais seriam as determinantes – firmadas como cogentes – para induzir às atuações coincidentes, sendo certo que as legislações orgânicas doam aos órgãos de orientação institucionais mera possibilidade de destinar aos membros recomendações desprovidas de caracteres normativos ou vinculativos³⁹.

A resposta recai sobre aspectos de natureza constitucional e corporativa.

Num primeiro plano, tirante aqueles tópicos clássicos de limitação funcional, reportados nos prolegômenos do estudo, os membros ministeriais têm como bitolas subjetivas as preleções constitucionais. Assevera Mazzilli⁴⁰, com indefectível razão, roborando assertiva já lançada alhures, que a Constituição Federal “[...] prevê a independência funcional como princípio institucional do MP (art. 128, 1º), mas ao mesmo tempo comete-lhe deveres ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*)”.

Evidentemente, qualquer atuação que menoscabe o exercício do gravoso *munus* afigurar-se-ia arbitrária e insustentável, caracterizadora de atuar vicioso e reprimível tanto na seara disciplinar como, eventualmente, nas sedes aflitiva e cível.

Ora, se o Ministério Público nasceu de uma necessidade de tutela integral dos interesses mais caros dispostos na Constituição, não se pode tolerar agir – omissivo e comissivo – que vulnere os preceitos magnos, sob pena de se instalar uma praxe suicida.

Outro limitativo elencado explicitamente na organicidade institucional refere-se à estipulação de que o atuar libertário tem como elemento assecuratório a inviolabilidade⁴¹ na emissão de opiniões expedidas em processos e procedimentos; contudo, tal garantia deve ser exercida pelo membro nos limites de sua independência funcional, consoante art. 41, inc. V, da Lei n. 8.625/93.

³⁹ Consoante art. 10, inciso XII, e art. 17, inc. IV, da Lei Orgânica Nacional, normas replicadas no art. 18, inc. XXIV, e art. 39, inc. VII, da Lei Complementar Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais.

⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Os limites da independência funcional no Ministério Público**. p. 13.

⁴¹ Mazzili afirma que “[...] tal inviolabilidade é semelhante à imunidade parlamentar (CR, art. 53) ou à inviolabilidade do advogado (CR, art. 133)”. (Id. **Regime jurídico do Ministério Público**. p. 237).

Insta realçar que a própria legislação restringe a inviolabilidade, remetendo-a à circunscrição da independência funcional, que, por sua vez, reportada a parâmetros também restritos (não é ociosa a expressão “[...] **nos limites de sua independência funcional**”). A dicção normativa deixa à calva o desiderato de enfeixar a atuação em contextos autônomos de militância, inaptos para desbordamentos que se pretendem, muitas vezes, intocáveis.

Menciona Mazzilli que o Código de Processo Civil se refere à responsabilidade dos membros do Ministério Público quando procedem com dolo ou fraude (art. 85), asseverando que “Admitir limites à independência funcional não significa negá-la, e sim assegurar seu efetivo exercício dentro de padrões legais, fundados em supostos éticos e lógicos, sob pena de, não o fazendo, subvertermos as premissas e a destinação institucional do MP”. Anota ainda o autor⁴² que:

Se nos afastássemos dos postulados da *lógica do razoável*, chegaríamos à possibilidade de admitir que o Juiz pudesse invocar sua independência funcional para rejeitar uma denúncia por crime de ação pública, apenas porque o MP, a despeito de norma constitucional expressa de legitimação, a seu ver idiossincrático e isolado, não estaria legitimado a exercitá-la, ou então o Promotor poderia deixar de propô-la, por qualquer outra razão igualmente absurda.

Em outro artigo⁴³ o mesmo doutrinador argumenta, com a contundência e segurança habituais que:

[...] quanto à independência funcional, não se admitem possam Ministério Público e seus agentes fazer simplesmente o que bem quiserem, sem dar contas à lei e a ninguém. Vez ou outra vê que alguns promotores não tomam conhecimento de uma lei, apenas porque a consideram errada ou absurda. Ora, não são os promotores investidos no poder de recusar aplicação a uma lei, salvo se inconstitucional. A decisão de qual lei deveria estar em

⁴² Id. **Os limites da independência funcional no Ministério Público**. p. 13.

⁴³ Id. Independência do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 394, jul. 1996.

vigor não é de promotores nem de juízes. Embora tenham bastante margem de liberdade de interpretação da lei, o que é mesmo salutar, não podem, porém, dar-se ao direito de negar vigência às leis que *acham* que não seriam aquelas que *eles* fariam se fossem os legisladores.

Os promotores gozam de plena liberdade funcional, mas essa liberdade está *subordinada* à Constituição e às leis. Afinal, não é o promotor quem diz que lei *merece* estar em vigor, e sim isso decorre da soberania popular, por meio de seus representantes eleitos para tanto.

Visualiza-se que os postulados magnos, assim como as normas infraconstitucionais vigentes – estas extraídas daquele ordenamento superlativo – balizam a dinâmica ministerial, ofertando diretrizes cuja subjetividade da análise acaba coarctada com hermenêutica em que os textos normativos e os preceitos principiológicos impõem-se como limites objetivos, em que pesem não estanques.

Esposa esta digressão, outrossim, procurando dar nessa rubrica uma apreciação aditiva às tradicionais doutrinas recorrentemente elencadas, que outra nuance afirma-se hábil a direcionar a atividade-fim dos membros ministeriais, qual seja, a implementação haurida dos chamados planos de atuação.

A espécie, necessário averbar, deve defluir de debates e deliberações democráticas, possibilitando amplas discussões acadêmicas e praxistas e foros nos quais franqueada a participação de todos os membros ministeriais insertos no quadro ativo institucional.

Neste tópico surgem pertinentes as lições emanadas do prestigiado doutrinador Jürgen Habermas. As convicções deste Autor externam ideário no campo multifacetado da filosofia, do direito e das ciências humanas, elementos debatidos com o escopo de se criar instrumental de integração social.

Formatada pelo escritor alemão a teoria do discurso e do agir comunicativo, ao acentuar o caráter interdisciplinar da razão, buscando incrementar o diálogo crítico entre os princípios teóricos hodiernos, delineando nessa confluência os contornos da reconstrução do direito – visualizado como um sistema –, da cidadania, da política deliberativa, da esfera pública, da formação da opinião e da vontade política dos cidadãos.

Mercê do caráter enciclopédico de sua contextualização professoral, queda-se recorrente, no ideário de Habermas, o direito tendo como função própria a estabilização de expectativas de comportamento, impondo à

inteligência das normas jurídicas, como escopo, dicções compreensíveis, precisas e coerentes (não contraditórias). Esse ideário demanda dos operadores do direito, assim como dos atores da dinâmica poder/política, espaços dialógicos para haurir pronunciamentos e deliberações legítimas, fincados no suposto de uma sociedade integrada democraticamente.

A extração de um agir respeitoso à pluralidade intelectual, no direito, resta prevista pelo Autor referido com a admoestação de que “Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”⁴⁴.

Habermas também externa a preocupação com o manuseio do direito em instâncias de militância plural, realçando a sedimentação de uma identidade de atuação como fulcral para a higidez do sistema, *verbis*:

Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que possam ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse *nexo interno do direito com o poder político* reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo, [...].

A pretensão a iguais direitos, numa associação espontânea de membros do direito, pressupõe uma coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como parte do mesmo contexto de interação. A fim de constituir-se como comunidade de direito, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Isso atinge o aspecto da auto-afirmação sob o qual o Estado instaura sua capacidade para a organização e auto-organização destinada a manter, tanto para fora como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada⁴⁵.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 289.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 170.

Os enunciados professorais caminham, pois, para o trato da interpretação jurídica como tarefa que encerra um ânimo precipuamente pacificador e convergente diante das tormentas sociais. Imprescindível, na casuística, a distinção da volição individualizada dos operadores do direito daquela do desejo político extraído do ente institucionalizado, seja o mesmo jurisdicional ou administrativo, haja vista o cunho instrumental da postura estatal, consecutada em seus vários estamentos.

Chai⁴⁶, citando Habermas, assenta a formação de uma vontade convergente, decorrente do debate pluralista, *verbis*:

Ao teorizar sobre a ação comunicativa Habermas, pensando sobre liberdades historicamente conquistadas em diferentes paradigmas, acredita na possibilidade de as conciliar, vez que “nas sociedades democráticas contemporâneas deve ser concedido um lugar central no processo político de formação da vontade comum, sem que isto signifique abrir mão da sua estruturação em termos de Estado de Direito: a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos. Essa teoria já não opera com o conceito de um todo social centrado no Estado, que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo; tampouco localiza esse todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regram o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado”.

Mutatis mutandis, como esboçado alhures, a atuação vinculada do Ministério Público, através de seus Órgãos de Execução, não decorre de aferições individualizadas nos universos processuais oficiados. Decorre sim da análise colegiada de estratégias de atuação, encerrando as instâncias

⁴⁶ CHAI, **Descumprimento de preceito fundamental**. p. 168.

deliberativas, próprias de cada ente ministerial, procedimentos democráticos aptos a normalizar agir retilíneo, evitando entendimentos dissonantes ou divergentes dos membros ministeriais.

Por todo o ângulo que se visualize, a busca de dicções uníssonas reveste-se de uma necessidade de afirmação institucional, e o aperfeiçoamento da vinculatividade somente pode ser extraído de instâncias deliberativas, sem prejuízo de que se instalem, de vez, em todos os quadrantes do Ministério Público, grupos de estudos que instaurem o culto à efetivação de um agir solteiro e eficiente, sem discrepâncias.

A inteligência de que a atuação libertária do membro ministerial inviabiliza vínculos partejados dessas deliberações é simplória, assentada no temor recorrente de, finalmente, erigir o *parquet* em ente corporativo, haja vista que o princípio da unidade prevalece na zona conflituosa entre a escopo institucional e a dicção individual emanada do Órgão de Execução.

Essa concludente não decorre do aparato orgânico das legislações complementares e nem dos atos administrativos insertos no Ministério Público dos Estados. Atrela-se a uma inteligência da Constituição, que encerra sabida supremacia, eis que os princípios da independência funcional e da unidade, quando eventualmente colhidos em dissonância nas lidas praxistas da atuação devem ser sopesados, visando a uma prevalência – e não a uma hierarquia –, objetivando preservar uma leitura institucional que antecede e dissemina referências de atuações harmônicas.

Com efeito, quando as instâncias deliberativas silenciarem-se acerca da eleição de métodos e entendimentos de proceder, o Órgão de Execução singelo fará uso, de maneira ampla, de convicções pessoais. Vislumbrada, pois, nessa dinâmica, a solução do conflito principiológico prelecionado por Dworkin, aqui não atrelada a uma casuística fática concreta, e sim decorrente de uma discussão corporativa sobre a aplicação do Direito em seus aspectos generalistas.

O ocaso desse sentir está a estimular nova citação do fenomenal trabalho de Fernandez Filho⁴⁷:

Existindo a vontade de que a instituição, que na linguagem corrente designa a ação de instituir, constituir, fundar qualquer coisa de estável e durável, ultrapasse a atividade

⁴⁷ FERNANDEZ FILHO, op. cit., p. 99-100.

teórica – mesmo que maximizadora do valor de justiça – e alcance a atividade prática, de modo a aproximar a consciência jurídica formal da consciência jurídica material, é necessário ter uma permanente atenção à formulação de uma política institucional.

A adoção de uma política que estabeleça premissas valorativas que expressem objetivos de uma instituição, que não é mera emanção do Poder, mas, ela própria, também um poder político, traduzindo-os em normas de ação, dispõe de boa fundamentação com relação aos vários interesses que incumbem o Ministério Público defender [...]

Constata-se então, nesse campo, que é enorme o espaço entre as elevadas funções destinadas ao Ministério Público e as escassas análises de uma atuação coletiva institucional. O reconhecimento dessa lacuna teórica não torna mais fácil a fixação de políticas institucionais, mas acentua a inadequação, para determinadas hipóteses, de um modelo de interpretação envolvendo uma dimensão individual de juízo valorativo, cuja relatividade faz recordar certas disposições justinianas que eram tão vagas, segundo a crítica de Von Ihering, que parecia irremediável que cada juiz as aplicasse à sua própria maneira.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CHAI, Cassius Guimarães. **O controle de constitucionalidade como justiça e identidade constitucionais. A alteração do perfil da constituição a (Des)serviço do povo: o discurso de justificação aos vetos dos arts. 2º, ii e 9º da Lei Federal 9882/99**. Dissertação (Mestrado) - FDUFG, 2002.

_____. **Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Vinculatividade dos planos de atuação do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). **Ministério Público II**: democracia. São Paulo: Atlas, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal**: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MAZZILI, Hugo Nigro. Independência do Ministério Público. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello Camargo (Coord.). **Ministério Público**: instituição e processo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 105-115.

_____. **Manual do promotor de justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. São Paulo: Saraiva, 1993.

MELLO JÚNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Líder, 2001. 368 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3.

Artigos jurídicos

BARBEITAS, André Terrigno. A Prevenção de atribuição como expressão do princípio da unidade de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 1, n. 5, p. 21-25, out./dez. 2002.

FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. A independência funcional e o princípio da unidade. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 1, n. 5, p. 89-105. out./dez. 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, 1999.

GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. O Ministério Público e a jurisdição voluntária. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, p. 264-307, jul./dez, 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. Independência do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 388-396, jul. 1996.

_____. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Justitia**, São Paulo: n. 59, p. 179-180, jul./dez. 1997.

_____. Os limites da independência funcional no Ministério Público. **Juris Síntese**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 13, fev. 1995.

SLERCA, Eduardo. A legitimidade dos agentes políticos e a validade do sistema atual de verificação. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p. 116, jan./jun. 2002.

O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PARA O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA EM TEMPOS DE CRISE*

Cláudio Luiz Frazão Ribeiro**

Resumo: Discute-se a crise política por que passa o Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, utilizando-se do conceito psicanalítico de *Estado de Desamparo*, no qual a “tensão” seria representada pela frustração social diante das expectativas depositadas no candidato eleito; as “excitações” provenientes do aumento da tensão corresponderiam às análises contaminadas por esse sentimento de frustração, que apontam para a existência de crise das Instituições e para a necessidade de nova ordem constitucional; e a “submersão nas excitações” seria identificada com o risco de aprofundamento da crise de governo, evoluindo para a concretização daquilo que, por ora, é precipitadamente vislumbrado como resultado das excitações do momento. Ressalta-se, por fim, a necessidade de rejeição da proposta de nova Assembléia Nacional Constituinte, tendo em vista sua inadequação para o enfrentamento da crise política e os riscos inerentes ao estado de frustração e de excitação em que se encontra a sociedade, sendo preferível o fortalecimento das Instituições e das garantias constantes do texto constitucional vigente.

Palavras-chave: Estado de Desamparo. Crise Política. Instituições. Crise Institucional. Assembléia Nacional Constituinte.

Sigmund Freud, em *Entwurf einer Psychologie* (de 1895)¹ e em *Hemmung, Symptom und Angst* (de 1926)², desenvolveu o conceito de *Estado*

* Palestra proferida em 19 de setembro de 2005, no lançamento do “Programa de Pós-graduação em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal”, da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão (ESMP) e da Associação do Ministério Público do Maranhão (AMPPEM).

** Titular da Segunda Promotoria de Justiça da Comarca de Pedreiras (MA). Especialista em “Direito e Sociedade” pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

¹ FREUD, Sigmund. **Projeto de uma psicologia**. Tradução de Osmyr Faria Gabbi Júnior. São Paulo: Imago, 1995. 229 p.

² Id. **Inibições, sintomas e angústia**. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. São Paulo: Imago, 1998. 106 p.

de Desamparo (Hilflosigkeit, em alemão) como a impotência do lactente em empreender uma ação coordenada e eficaz para pôr fim à tensão interna, tendo em vista sua inteira dependência em relação a outrem para a satisfação de suas necessidades. No indivíduo adulto, este estado de desamparo implica em uma situação traumática geradora da angústia, representada por “um aumento progressivo da tensão, a ponto de, num caso extremo, o sujeito se ver incapaz de dominar as excitações, sendo submergido por elas”³.

No atual momento da vida política do Brasil, a sociedade – ou, pelo menos, boa parte dela – experimenta um tal estado de angústia.

A tensão de que falava Freud pode ser, neste caso, interpretada como a experiência de uma certa frustração diante das expectativas depositadas em um único “objeto do desejo”: a eleição, almejada desde 1989, de um candidato à Presidência da República, Luís Inácio Lula da Silva, que representava a esperança de mudanças que favorecessem as camadas marginalizadas da população e que se vê, hoje, envolvido em denúncias de corrupção de ministros, empresários e parlamentares, naquilo que se tornou conhecido como o escândalo do mensalão.

A profunda crise em que se encontra o Governo Lula decorre, ainda que em rápida análise, de três fatores, na visão de Clóvis Zimmermann, Assessor de políticas públicas e direitos humanos da Ong FIAN-Brasil, em Goiânia.

Em primeiro lugar, da equivocada política de alianças adotada pelo Partido dos Trabalhadores, para possibilitar sua chegada ao poder, e, em seguida, pelo governo eleito, para garantir a maioria parlamentar, em nome da governabilidade. Esta opção, nas palavras de Zimmermann, “visava muito mais a manutenção do partido no poder – as eleições de 2006 – do que a governabilidade e a participação da sociedade civil e da população em geral. Aliados à política econômica, os escândalos de corrupção revelam que o governo Lula andou, sobretudo, de mãos dadas com os grandes e poderosos do país do que com a população pobre”⁴.

Em segundo lugar, a crise do Governo se deveria à incapacidade em promover mudanças institucionais, especialmente no âmbito da profissionalização do serviço público, com a redução dos cargos de confiança e sua substituição gradativa por profissionais especializados – tendo-se verificado exatamente o

³ LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da Psicanálise**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 112.

⁴ ZIMMERMANN, Clóvis. Alguns erros do governo Lula. Portal Mensalão. Disponível em: <http://www.mensalao.com.br/forum/index.php?showtopic=11> Acesso em: 10 set. 2005.

contrário, com a acomodação de correligionários e aliados na estrutura da Administração Pública, com finalidades eleitoreiras e de arrecadação financeira – e no âmbito da distribuição de recursos públicos através do Orçamento da União – que segue submetida à via parlamentar, com todos os interesses de captação política envolvidos, e sem qualquer participação popular, que era a *menina dos olhos* do Partido dos Trabalhadores. “Regras e critérios, claros e transparentes para a distribuição dos recursos públicos não chegaram nem mesmo a serem idealizados”⁵.

Finalmente, teria favorecido a atual crise exatamente essa falta de mecanismos de participação popular no exercício do poder, conforme, aliás, já previsto no artigo 1º da Constituição de 1988: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Conforme, ainda, o Doutor em Sociologia pela Universidade de Heidelberg, “os movimentos sociais reivindicam, com muita razão, a inclusão da participação popular na reforma política, pois sem pressão social, os nossos parlamentares nunca irão cumprir suas promessas de campanha eleitoral. Neste sentido, a reforma política não deve ficar restrita ao parlamento, mas ampliar nosso modelo de democracia representativa”⁶.

Esta tensão de que se falava no início e que se encontra no centro do conceito de *estado de desamparo*, leva o sujeito a se ver incapaz de dominar as *excitações* dela decorrentes.

Localizam-se essas *excitações* em duas posições formuladas por certos setores e freqüentemente trazidas a público pelos meios de comunicação. A primeira, de que se está diante de uma verdadeira crise institucional que tem exposto a risco as estruturas republicanas – expressão nem sempre empregada adequadamente. A segunda, de que esta crise institucional é de tal gravidade que somente será eficazmente resolvida pela via da inovação constitucional, isto é, pela instituição de uma Assembléia Constituinte exclusiva, com o fim de, através de nova Constituição, “corrigir” os defeitos existentes na Carta de 1988, que favoreceriam as práticas de corrupção e de financiamento ilegal de campanhas eleitorais.

Veja-se a primeira das posições.

Marcos Jank, em artigo recentemente publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, citando Douglass North, Prêmio Nobel de Economia de 1993 por sua análise histórica sobre o papel das instituições no crescimento econômico dos países, esclarece que as “instituições são as estruturas de incentivos e punições

⁵ Idem.

⁶ Idem.

de uma sociedade. Elas são formadas por regras formais (Constituição, leis ordinárias, etc.), por restrições informais (normas de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, costumes, religiões, etc.) e pela forma como estas são cumpridas. Em outras palavras, instituições são as ‘regras do jogo’, formais e informais, utilizadas pelas organizações econômicas da sociedade, ou os seus ‘jogadores’: empresas, cooperativas, sindicatos, órgãos de imprensa, ONGs, igrejas, escolas, congressistas, juízes, partidos políticos e gestores do setor público⁷. Dependendo desses incentivos e dessas punições, os indivíduos são estimulados a se comportarem de uma ou de outra maneira, sendo a eficiência das instituições medida pela diminuição dos conflitos e incertezas, garantindo a proteção dos direitos.

É inegável a existência de uma profunda crise governamental no Brasil. O mesmo, porém, não se pode afirmar quanto a uma suposta crise institucional que represente ruptura da normalidade democrática.

Diz-se que esta não existe porque, afinal, desde as primeiras informações trazidas a público sobre o chamado *mensalão*, foram procedidas investigações, culminando na instalação de Comissões Parlamentares de Inquérito; a Polícia Federal tem efetuado investigações no sentido de oferecer elementos de convicção às CPIs e ao Ministério Público, atuando este livremente na apuração dos mais diversos casos de corrupção e de desvio de recursos públicos; o Judiciário segue dirimindo conflitos; a imprensa informa livremente a população, freqüentemente em tempo real, desde as salas de reunião das CPIs; a economia não demonstra estar sendo afetada como se poderia esperar... e os militares permanecem nos quartéis!

Obviamente que diante desse quadro não se pode pretender uma imagem ingênua de tranqüilidade e de prosperidade, que não é absolutamente o caso. O Presidente da República, por exemplo, tem, não raro, dirigido críticas aos parlamentares e ao Ministério Público, responsabilizando seus opositores no Congresso Nacional pelas agruras por que passa e acusando os Promotores de Justiça e Procuradores da República de promoverem investigações desnecessárias e apressadas.

Não obstante, tem-se defendido que as estruturas do Estado encontram-se comprometidas a ponto de reclamar uma ampla reforma através

⁷ JANK, Marcos. Mudando as regras do jogo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 2 agos. 2005, p. A-2.

da implantação para breve de uma Assembléia Constituinte exclusiva, à qual se parece remeter a capacidade de pôr fim a todos os fatores que teriam dado origem à atual crise.

À primeira vista, poder-se-ia considerar boa a idéia de uma nova Assembléia Nacional Constituinte. Afinal, é recorrente o argumento de que a Constituição de 1988 é demasiadamente prolixa, sendo preferível uma forma programática, citando-se, com freqüência, o exemplo da Constituição norte-americana.

Porém, essa impressão inicial não passa incólume por uma análise mais detida.

Conforme observou o Professor Doutor Luiz Alberto David Araújo, da PUC/SP, em palestra proferida no *Congresso Brasileiro de Direito Constitucional*, realizado em São Luís (MA), em agosto último, a prolixidade da Constituição brasileira vigente se deve ao contexto histórico de redemocratização em que foi formulada, marcado pela desconfiança social diante do período ditatorial do sistema constitucional anterior⁸.

Não pretendendo aprofundar o assunto, nos limites desta exposição, para Ferdinand Lassalle, a Constituição é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”⁹ e, nesta perspectiva, “é sinônimo de conjunto dos fatores políticos encontrados em cada momento histórico. Na sua concepção, o papel do texto constitucional nada mais é do que refletir o contexto encontrado na sociedade”¹⁰.

No caso brasileiro, aquela desconfiança social ainda não se encontra de todo afastada. Aliás, o *estado de desamparo* em que se encontra a sociedade brasileira, a que se aludiu no início, recomenda mesmo que a Constituição mantenha um certo grau de detalhamento.

Isto porque a história da democracia no Brasil é ainda muito recente. Na verdade, a história do constitucionalismo brasileiro é marcada por Cartas outorgadas e, não raro, alheias ou mesmo contrárias aos interesses populares.

A Constituição do Império, de 1824, foi outorgada por Dom Pedro I como fundação do Brasil independente e vigeu até a proclamação da República.

⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Os direitos de personalidade na Constituição de 1988. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2005, São Luís.

⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 32.

¹⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. **A constituição aberta**: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. “Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes”. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001. p. 243-244.

A Constituição de 1891 foi promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte convocada pelo Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, e perdurou até a Revolução de 1930, caracterizando-se pelo estabelecimento da república federalista presidencialista. A de 1934 foi promulgada pela Assembléia Constituinte convocada pelo Presidente Getúlio Vargas no ano anterior e caracterizou-se pela introdução da social-democracia, com reconhecimento de vários direitos antes inexistentes, como o voto feminino. A de 1937 foi outorgada pelo mesmo Getúlio Vargas como marco da ditadura de inspiração fascista conhecida como Estado Novo e perdurou até 1945. A Constituição de 1946 foi promulgada por Assembléia Constituinte e retomou o modelo social-democrata. Em 1967, já após o golpe militar de 1964, foi substituída por nova Carta, promulgada não por Assembléia Constituinte, mas pelo Congresso Nacional, e inteiramente modificada pelo Ato Institucional nº 1, de 1º de outubro de 1969, “outorgado” pela Junta Militar então governante.

Apenas em outubro de 1988 viria a ser promulgada a Constituição vigente, que rompeu com o antigo regime, e foi resultado do trabalho de parlamentares eleitos para, a um só tempo, atuar como membros do Congresso Nacional e da Assembléia Nacional Constituinte.

Como se vê, cada momento de inovação constitucional correspondeu sempre à ruptura com o contexto anterior. Esta ruptura sempre se deu em nível radical e não simplesmente pela insatisfação com o conteúdo das normas constitucionais vigentes, o que é solucionado pelas vias previstas de alteração, mecanismo apropriado de adequação da Constituição à dinâmica ininterrupta da sociedade. A isto, afinal, corresponde o Estado Democrático de Direito.

Para o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Roberto Busato, o país já vive uma ruptura a justificar uma nova ordem constitucional, tendo em vista a crise atual que significaria verdadeira crise institucional diante da transformação do Congresso em mero órgão apurador de denúncias em detrimento de sua função de editar as leis e examinar os atos do Poder Executivo. Em 8 de agosto passado, apresentou àquela entidade a tese da “convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva, a ser eleita nas próximas eleições gerais, para funcionar paralelamente ao Congresso Nacional, sem vínculos com ele, sendo dissolvida tão logo conclua seus trabalhos”¹¹.

¹¹ Pronunciamento publicado na Revista Consultor Jurídico, de 8 de agosto de 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36924,1> Acesso em: 10 set. 2005.

Mas o mesmo Roberto Busato, em seu pronunciamento, admite que “não basta colocar na Constituição um direito para torná-lo efetivo” e que “nem tudo o que está capitulado na Constituição – sobretudo no que se refere à cidadania – tem vigência real na vida do cidadão”¹². Ora, diante de uma tal constatação, não seria mais razoável buscar essa vigência em lugar de pretender fundar uma nova Constituição?

Como afirma o Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor da UNISINOS, Doutor Lênio Luiz Streck, acaso vingue a tese da convocação de Assembléia Constituinte, “o Brasil será alvo de chacota internacional, uma vez que será a primeira democracia que se autodissolve, fazendo um haraquiri institucional”. E prossegue:

“Estranhamente, no entremeio de uma crise, que não é institucional e, sim, política, alguns brasileiros querem fazer crer que a culpa da corrupção é da Constituição. É como se democracia fizesse mal a um país. Como se fosse culpa da Constituição o afloramento da corrupção em *terra brasilis*. Antes, pairava a honestidade; veio a Constituição e incentivou os brasileiros a se corromperem! (...). Não se pode fazer política e vender falsas ilusões em cima daquilo que é a substância das democracias contemporâneas: o constitucionalismo”¹³.

As Constituições, quando elaboradas, visam à sua continuidade, indispensável para a segurança jurídica e social. Caso não houvesse essa vocação à continuidade, esta segurança seria precária. Daí, inclusive, decorre a necessidade de rigidez das regras referentes à emenda de seu texto, conforme previsto no artigo 60 da Carta vigente.

A idéia de que se está em um momento propício para se pensar em uma nova Constituição, ainda que para a próxima legislatura, não parece ser a melhor das hipóteses para se enfrentar a crise hoje existente.

Esta, aliás, é a posição da Associação Nacional dos Procuradores da República e, de resto, de grande parte dos operadores e estudiosos do Direito. O Doutor Nicolao Dino, presidente daquela entidade, expressou sua preocupação

¹² Idem.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. Assembléia constituinte é golpe! Disponível em: http://ultimainstancia.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=18227 Acesso em: 10 set. 2005.

de que a convocação de uma nova Constituinte, neste contexto, “colocará em risco as conquistas sociais, notadamente na área dos direitos sociais, defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos interesses das populações indígenas, haja vista a existência de interesses de inúmeros segmentos econômicos no enfraquecimento ou na eliminação de diversas disposições constitucionais duramente conquistadas, como a preservação das riquezas minerais em áreas indígenas, os direitos trabalhistas e as garantias e instrumentos de ação do Ministério Público e do Judiciário”¹⁴.

De fato, a proposta aventada, no movimento das *excitações* que compõem o *estado de desamparo* dos brasileiros, implica seriamente no risco de a oportunidade ser tomada de assalto pelas elites deste país, representando grave retrocesso das conquistas obtidas, ainda que não inteiramente implementadas, pela Carta de 1988. Isto porque

“a aprovação das mais diversas matérias que passariam a compor o novo texto constitucional seria resolvida por maioria absoluta dos membros da assembléia, número indubitavelmente mais fácil de ser atingido do que o quorum deliberativo exigido para reformar a Constituição atual, tendo em vista sua rigidez estrutural. E ainda por cima sem qualquer barreira material, no que tange a cláusulas pétreas, pois estas inexistem quando se está a elaborar nova Constituição”¹⁵.

Conforme sugere o presidente da ANPR, “em vez de um ‘canteiro de obras’ no plano legislativo-constitucional”, deve-se buscar instalar “um canteiro de obras sociais, com a implementação de políticas públicas de combate à miséria e às desigualdades regionais e sociais”¹⁶, constituindo isto em uma verdadeira inversão da agenda do governo, a fim de que se retorne ao enfrentamento das questões básicas da sociedade, proposta que, afinal, levou o atual Presidente da República à vitória nas urnas.

¹⁴ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Nota à Imprensa: ANPR rejeita nova constituinte e defende sedimentar avanços da constituição de 88. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/documentos/constituente.doc> Acesso em: 10 set. 2005.

¹⁵ HÉLIO, Jorge. A convocação de uma nova assembléia nacional constituinte. Olhar Jurídico. Disponível em: <http://www.noolhar.com/colunas/olharjuridico/> Acesso em: 10 set. 2005.

¹⁶ Idem.

Apesar de as tensões da crise não parecerem ameaçar as estruturas do Estado, mesmo diante da previsão de cassação de um número não desprezível de parlamentares, aí incluído o Presidente da Câmara dos Deputados, e das propostas de *impeachment* do Presidente da República – já são dois os pedidos dirigidos à Mesa Diretora da Câmara –, a crise por que passa o Governo e seus aliados apresenta potencial para, retomando o conceito de *estado de desamparo*, fazer *submergir* as instituições nas vagas das excitações do momento.

Se é verdade que o país já passou por graves crises anteriores, na história recente, mantendo a normalidade de suas instituições e da democracia conquistada (ainda que apenas formalmente em muitos aspectos), como o caso do *impeachment* de Collor de Melo e do escândalo dos chamados *anões do orçamento*, também é verdade que hoje se vive um contexto diferente, em que a sociedade vê frustrada uma esperança de mudanças e de justiça social esperada há quase duas décadas, desde a primeira candidatura de Luís Inácio Lula da Silva à Presidência da República. Há um certo desencanto – a que se associa o conceito psicanalítico de *estado de desamparo* – “frente à possibilidade de construir um mundo diferente”¹⁷, nas palavras do Professor Doutor Manfredo Araújo de Oliveira, da Universidade Federal do Ceará. É esta particularidade do momento atual que pode levar a um estado de completa aversão da sociedade ao Parlamento e mesmo a um desinteresse pela participação nas eleições, provocando índices elevados de abstenção, podendo chegar ao ponto de abrir caminho a alternativas alheias aos ideais democráticos de legitimidade dos governos pela representação popular e de fortalecimento dos órgãos de defesa do cidadão, dentre os quais se destaca o Ministério Público.

Este risco não é desprezível. Tome-se como exemplo o Ministério Público. Nos moldes inscritos na Constituição de 1988, com garantias e prerrogativas que o tornam ímpar no mundo, o Ministério Público brasileiro tem atuação marcante na defesa dos interesses difusos e coletivos que contrariam freqüentemente os desejos das elites políticas e econômicas, especialmente no âmbito do direito ambiental e no combate aos atos de improbidade administrativa, defesa esta que nos modelos europeu e norte-americano fica a cargo das organizações da sociedade civil. Não obstante, muito já se tentou no sentido de cercear essas características, sendo a chamada *lei da mordaca* e a tentativa de restrição de seu poder investigatório apenas exemplos de maior visibilidade neste sentido.

¹⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A hora da esperança vencer o medo. Portal Mensalão. Disponível em: <http://www.mensalao.com.br/forum/index.php?showtopic=31> Acesso em: 10 set. 2005.

O fortalecimento das instituições, portanto, passa pela defesa da Constituição e não por sua substituição, diante da falta de implementação efetiva de seus comandos, num processo incerto contaminado pelas excitações do momento e que pode levar à ruína das conquistas obtidas.

Diante desse temor concreto, é preferível abandonar a ilusão de que uma nova Constituição seria a resposta para todos os problemas e concentrar-se na implementação efetiva das garantias já existentes na Carta de 1988, ainda que, em pontos outros, necessite ela ser alterada ou regulamentada, como nas hipóteses de possibilidade de antecipação de eleições parlamentares, da fidelidade partidária, de regras mais rígidas de financiamento de campanhas, da redução na Administração Pública dos cargos de confiança e sua substituição por profissionais especializados e de mecanismos de participação popular, especialmente com a regulamentação do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular legislativa.

A regulamentação da participação popular prevista pelo artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, revela-se de extrema importância no fortalecimento das instituições, uma vez que a idealização e condução das políticas públicas ultrapassará os limites hoje existentes para implicar na intervenção ativa de seus próprios destinatários, o que propiciará o desenvolvimento de uma nova cultura da sociedade no que se refere à visão que tem do que seja o bom governante. Isto porque,

“cada vez mais a população aponta como bons governantes o bom administrador. Não mais importa a capacidade de transformar vozes e vontades em políticas, o objetivo único está na boa gestão do aparato estatal com uma obsessão louca por equilíbrios contábeis. Assim, o sucesso do governante passa a ser mensurado em termos monetários e não mais sociais ou mesmo políticos. Quando isso ocorre, novamente a legitimidade do governar é retirada da unidade política, voltando a ser algo externo e abstrato (antes Deus, agora o equilíbrio da máquina). Se a legitimidade sai do *demos* (a não ser para a escolha dos governantes), então podemos dizer que este perde até mesmo a possibilidade do direito a ter direitos ser aplicada universalmente, resumindo-se a uma nova condição, mais de acordo com a nova estrutura de organização político-social, a de consumidor”¹⁸.

¹⁸ CINTRA, Rodrigo. Por um novo olhar sobre a democracia. Revista Autor. Disponível em: <http://www.revistaautor.com.br/ensaios/01rci2.htm> Acesso em: 10 set. 2005.

Mecanismos de participação popular não apenas através do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular legislativa, mas, também, através da figura do orçamento participativo, por exemplo, podem trazer o indivíduo novamente para a condição de cidadão e não apenas de consumidor. “Parte deste trabalho de articulação pode ser desenvolvido por associações da sociedade civil (ONGs) especialmente pensadas e estruturadas para isso. Mais do que controladoras da pauta de discussões e ações, a essas associações cabe o papel de catalisadora e potencializadora da pauta. Ainda assim, é fundamental que estas sejam transparentes e abertas a fim de evitarmos possíveis vícios de funcionamento”¹⁹. Mais uma vez, neste ponto, tem grande importância a atuação do Ministério Público.

Por fim, há um aspecto positivo na crise: a oportunidade de desenvolvimento da maturidade política da sociedade e do expurgo de parlamentares comprometidos apenas com seus próprios interesses. Neste sentido, as instituições permanentes do Estado, como o Ministério Público e a Magistratura, têm um importante papel a desempenhar, seja em suas atividades fins, uma vez que muitas das “denúncias” acumuladas pelas investigações das CPIs e do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, por exemplo, acabarão sobre suas mesas, seja através do fomento de discussões, que, levando a reconhecer a crise como o grande estímulo para o amadurecimento da sociedade e de suas instituições, dê a esta mesma sociedade a oportunidade de sair do *estado de desamparo* em que se encontra.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Os direitos de personalidade na Constituição de 1988. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2005, São Luís.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. Nota à Imprensa: ANPR rejeita nova constituinte e defende sedimentar avanços da constituição de 88. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/documentos/constituente.doc> Acesso em: 10 set. 2005.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **A constituição aberta:** o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001. p. 239-277.

¹⁹ Idem.

CINTRA, Rodrigo. Por um novo olhar sobre a democracia. Revista Autor. Disponível em: <http://www.revistaautor.com.br/ensaios/01rci2.htm> Acesso em: 10 set. 2005.

FREUD, Sigmund. **Projeto de uma psicologia**. Tradução de Osmyr Faria Gabbi Júnior. São Paulo: Imago, 1995. 229 p.

_____. **Inibições, sintomas e angústia**. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. São Paulo: Imago, 1998. 106 p.

HÉLIO, Jorge. A convocação de uma nova assembléia nacional constituinte. Olhar jurídico. Disponível em: <http://www.noolhar.com/colunas/olharjuridico/> Acesso em: 10 set. 2005.

JANK, Marcos. Mudando as regras do jogo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 2 agos. 2005, p. A-2.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 552 p.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 54 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A hora da esperança vencer o medo. Portal Mensalão. Disponível em: <http://www.mensalao.com.br/forum/index.php?showtopic=31> Acesso em: 10 set. 2005.

REVISTA Consultor Jurídico, de 8 de agosto de 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36924,1> Acesso em: 10 set. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Assembléia constituinte é golpe! Disponível em: http://ultimainstancia.ig.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=18227 Acesso em: 10 set. 2005.

ZIMMERMANN, Clóvis. Alguns erros do governo Lula. Portal Mensalão. Disponível em: <http://www.mensalao.com.br/forum/index.php?showtopic=11> Acesso em: 10 set. 2005.

DEFESA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO A PARTIR DE UMA FUNDAMENTAÇÃO DISCURSIVA

*Maria Fernanda Salcedo Repolês**

Resumo: Este artigo visa levantar o desafio de se repensar as relações entre Política, Direito e Moral para a realização do paradigma do Estado Democrático de Direito em uma comunidade jurídica concreta, no caso, a brasileira, utilizando como elemento configurador a desobediência civil como direito fundamental.

1 INTRODUÇÃO

Nossa pesquisa parte de um problema prático. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, institui no seu preâmbulo o Brasil como Estado Democrático de Direito, a partir do qual se podem enunciar uma série de direitos fundamentais que estão expresso ao longo do texto, não apenas no art. 5º, mas, principalmente no art. 5º. O art. 5º, §2º, diz que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Esse é o ponto de partida para o nosso tema: pode-se afirmar que a desobediência civil seja um direito fundamental decorrente do sistema constitucional brasileiro? A resposta a esta pergunta é sim. Ou seja, não há na Constituição um tal direito expresso. Daí haveria que se comprovar que este direito decorre da compreensão do que seja Estado Democrático de Direito, paradigma adotado pela Constituição.

Para tal, iremos lançar mão da teoria do discurso de Jürgen Habermas¹, por entender que ela nos permite ir ao cerne do problema de se pensar a desobediência civil como direito fundamental.

* Mestre em Filosofia-FAFICH-UFMG. Doutoranda em Direito Constitucional-FD-UFMG. Professora Assistente da PUC-MG e do Instituto Metodista Izabela Hendrix.

¹ Como delineada em HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

Tal problema pode ser expresso por estas questões: Como é possível se reconhecer um direito a desobedecer o Direito? E como legitimar um tal direito em um Estado que consagra mecanismos institucionais de revisão e de exercício da cidadania?

A última questão apresenta um paradoxo na medida em que não tratamos aqui do direito de resistência a regimes opressivos em que a legitimidade do governo é colocada em xeque na sua totalidade. Tratamos de um âmbito no qual um determinado preceito normativo ou determinada política governamental é questionada frente a um sistema jurídico constitucional que é reconhecido pelos próprios desobedientes civis como legítimo.

A primeira questão também pode ser vista, de um ponto de vista tradicional, como uma dicotomia pois o Direito moderno pretende se assentar no dever de obediência à lei, comum aos governantes e governados; essa é precisamente a formulação do princípio do Estado de Direito pelos liberais.

A teoria do discurso vai nos permitir ver o nosso problema não mais como uma dicotomia ou como um paradoxo e sim como a explicitação da tensão inerente ao Direito entre facticidade e validade. A hipótese lançada é que a desobediência civil demonstra de forma ímpar a tensão constitutiva do Direito entre facticidade e validade.

Esta tensão permanente está presente na relação Direito e Moral na medida em que o Direito tem que ser permeável a discursos morais para se legitimar, procurando bases de fundamentação auto-referenciais nos direitos fundamentais. Por outro lado, a Moral pós-convencional pode utilizar-se do Direito para que os discursos por ela produzidos ganhem uma força vinculante e de implementação efetiva em sociedades pós-industriais.

A tensão é também clara na relação entre Direito e Política. A Política precisa dos procedimentos jurídicos revestidos pela legitimidade neles implícitos para justificar decisões e programas. E o Direito utiliza-se do aparelho burocrático e dos centros de decisão altamente eficientes da Política para garantir a sua efetividade.

A desobediência civil evidencia a tensão nessas duas relações. Em primeiro lugar, os desobedientes civis levantam argumentos morais contra leis ou políticas que consideram injustas. Mas a justificação de um ato ilegal frente a uma ordem jurídica posta só ganha legitimidade jurídica na medida em que esses argumentos adentram o próprio sistema jurídico como direitos. Assim, o marco principiológico de justificação da desobediência civil será encontrado na Constituição.

Por outro lado, os atos de desobediência civil visam questionar o déficit de legitimidade e, por consequência, o déficit de eficácia, que ocorre quando os centros de decisão do sistema político onde é produzido poder administrativo se desvinculam da periferia, produtora de poder comunicativo e instância de efervescência de uma soberania difusa que produz e reproduz canais e redes de formação de opinião e de vontade políticos.

À luz de tais reflexões iremos sustentar que é possível defender um direito fundamental à desobediência civil dentro do marco do Estado Democrático de Direito brasileiro tal como configurado na Constituição Federal de 1988.

2 A RELAÇÃO DIREITO E MORAL E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

As visões tradicionais da Teoria do Direito visam explicar o déficit de legitimidade do Direito moderno como um hiato entre a produção do direito positivo e a normatividade social efetiva, entre o teor de suas normas e as condutas efetivamente verificadas, questionando a sua capacidade de regular, influenciar e acompanhar o desenvolvimento da realidade. A Desobediência Civil coloca em evidência que tal interpretação não consegue mais explicar como o Direito funciona em sociedades modernas, e que, portanto, há que tratar do ideal e do real como uma tensão e não como um hiato.

Em outro aspecto, o direito positivo moderno revela um novo paradoxo, decorrente do processo de diferenciação deste, da moral, da política e da ética: o fato da legitimidade emergir da legalidade, a partir do qual Habermas lança uma hipótese: A gênese do Direito moderno encontra-se no pressuposto de que caso cidadãos em ordens jurídicas concretas queiram regular legitimamente a sua convivência através do Direito positivo, eles terão que atribuir uns aos outros determinados direitos.

Esta hipótese pressupõe que não é mais possível para o Direito moderno procurar um fundamento na tradição, na religião, ou mesmo na moral. O recurso ao qual o Direito pode recorrer é o de explorar a tensão entre facticidade e validade que permeia o sistema de direitos; a tensão entre direitos humanos e soberania popular. É assim que Habermas procura uma fundamentação jurídica e não moral do Direito, explicitando a correlação entre direitos humanos e soberania popular que serão a base de justificação do sistema de direitos.

Contudo, a correlação entre direitos humanos e soberania popular só pode ser estabelecida como nexos se o sistema de direitos que nele se embasa apresentar condições de institucionalização jurídica por via do processo legislativo. Daí que o critério que dá completude do processo de legitimidade se assente no princípio da democracia e não em um princípio moral.

O princípio da democracia serve de critério regulador dos processos de institucionalização jurídica por via do processo legislativo. Ele revela a tensão entre facticidade e validade no interior da própria validade jurídica. De uma perspectiva empírica, o Direito só é tal porque passou por processos jurídicos de reconhecimento do seu caráter jurídico, e só por processos também jurídicos é que pode ser derogado. Mas esse sentido tautológico da validade do Direito só se explica com referência à validade social e à validade no sentido da legitimidade. A validade social diz respeito à capacidade de imposição de normas entre os destinatários, isto é, a sua aceitação fáctica. Já a validade como legitimidade se mede pela resgatabilidade discursiva das pretensões de validade normativas. Isto é, pode-se pressupor que a norma ingressou no ordenamento jurídico através de um processo legislativo racional e que ela pode ser a qualquer momento justificada aduzindo razões morais, éticas e/ou pragmáticas.

Ao analisar as facetas da validade jurídica há como perceber como a desobediência civil pode colocar-se como mecanismo legal de produção do Direito, posto que o Direito positivo não pode garantir a sua legitimidade apenas através da legalidade. Adicionalmente a uma validade no sentido empírico da vigência da norma, o Direito deve ser aceitável racionalmente, isto é, que, se exigido, será possível justificar o consenso que leva à decisão por razões. Assim, não podemos fundamentar a validade de uma norma na obrigação de não modificá-la. Se os interesses que levaram à norma se modificassem, a norma mudaria, só que de forma aleatória e arbitrária. Sob esta base, não haveria como explicar o que significa levantar pretensões de validade, ou qual a diferença entre elas e uma exigência imposta. Por outro, se se recorresse apenas a motivos empíricos para justificar a norma, qualquer motivo serviria e seria tão bom quanto outro.

De forma a resolver este problema Habermas introduz o princípio D, segundo o qual só se pode distinguir o “bom” motivo, ou o melhor motivo, para validar uma norma, se se apresentarem razões em favor da aceitação das mesmas. O princípio D já pressupõe um ponto de vista normativo a partir do qual se julga como questões práticas podem ser decididas racional e

imparcialmente. Mas ele é neutro na medida em que se refere a normas de ação em geral, que podem ser tanto do tipo moral quanto do tipo jurídico.

Do princípio D deduzem-se dois outros referidos a tipos especiais de normas de ação. O princípio U, que se refere a normas de ação morais, isto é, aquelas que unicamente podem ser justificadas levando em consideração o interesse de todos simetricamente. Ele é um princípio de argumentação pelo qual se pergunta: “o interesse X pode ser justificado como universal?”. Como princípio de universalização ele está concernido com a aceitabilidade racional a qualquer tempo e em qualquer contexto espacial, ou seja, que as únicas razões que decidem em um discurso moral são aquelas que justificam os interesses incorporados nas normas como universalizáveis. O ponto de vista normativo pelo qual se examinam tais normas é o da regulação da vida em comum como membro da “humanidade”.

O princípio da democracia muda de perspectiva para a de participantes que, como sujeitos de direito, se autodeterminam e constroem uma “associação”. Por isso, este princípio abre espaço para a discussão permeável a vários tipos de razões – morais, éticas, pragmáticas e include às negociações, a partir das quais se modelam normas jurídicas.

Assim, não basta que o princípio da democracia fixe os procedimentos de produção de normas legítimas, como tem também que dirigir a produção do próprio Direito. Ou seja, além do processo de produção de normas ser legítimo, há que se pressupor a possibilidade de criação de uma comunidade jurídica que institucionalize os direitos de participação de seus membros no processo de produção das normas. Assim, o sistema de direitos “não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas, também, proporcionar o próprio *medium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados”².

3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

O modo de exercício da autonomia política pressupõe a ligação entre o meio do Direito e o poder político, pelo qual resulta e se implementa de fato um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o Direito moderno

² HABERMAS, op. cit., p. 147.

retira dos sujeitos concretos o fardo da validade jurídica e o desloca para os procedimentos formais de instauração do Direito, em que pressupostos universais serão institucionalizados.

Como vimos acima, o princípio da democracia é a base de construção do Direito, ao mesmo tempo que pressupõe a forma do Direito para se consolidar. A partir dessa dupla face do princípio da democracia, que, por um lado pressupõe a forma do Direito e, por outro, especifica o princípio do Discurso, decorrem, histórico-teoreticamente determinados direitos fundamentais, que serão concretizados dentro das comunidades jurídicas espacial e temporalmente situadas. Dentre esses direitos fundamentais estão os direitos de participação nos processos de formação da opinião e da vontade em igualdade de condições, a partir dos quais os cidadãos podem exercer a sua autonomia política e instaurar um Direito legítimo. Para Habermas, o objetivo dessa categoria de direitos, que podemos chamar de direitos políticos, é o seguinte:

“Essa categoria de direitos encontra aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política posterior dos direitos fundamentais elencados de 1 até 4. Os direitos políticos fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais; e **esse status é auto-referencial na medida em que possibilita aos cidadãos modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada**”³.

É precisamente o sentido da desobediência civil no Estado Democrático de Direito: o de possibilitar aos cidadãos modificar os rumos pelos quais é interpretado o Direito. Por isso, a desobediência civil é um dos direitos que pode ser positivado, em comunidades jurídicas concretas no tempo e no espaço, a partir da categoria desses direitos políticos.

O modelo de democracia que Habermas irá propor é o da Política Deliberativa procedimental, baseado na correlação entre direitos humanos e soberania popular e conseqüente reinterpretação da autonomia nos moldes da Teoria do Discurso.

A política deliberativa vai consistir em levar em consideração a pluralidade de formas de comunicação – morais, éticas, pragmáticas e de

³ Ibid., p. 160.

negociação, em que todas são formas de deliberação. O marco que possibilita essas formas de comunicação é a justiça, entendida como a garantia processual da participação em igualdade de condições. Dessa forma, Habermas procura a formação da opinião e da vontade comum não só pelo caminho do auto entendimento ético, mas, também, por ajuste de interesses e por justificação moral.

Na política deliberativa procedimental, tanto formas de deliberação dialógicas quanto instrumentais são institucionalizadas e válidas (legítimas) na formação da opinião e da vontade política. Transferem-se as condições de virtude do cidadão para a institucionalização de formas de comunicação em que possam ser feitos discursos éticos, morais, pragmáticos e de negociação. Ela tem como base, portanto, as condições de comunicação, que permitem pressupor que decisões racionais podem ser tomadas no processo político. Dessa forma, retira-se o peso da autonomia real das pessoas para as condições de discurso, em que a realização da autonomia se amplia para todos os modos deliberativos.

Por esse motivo, a desobediência civil não pode ser sobreposta a argumentos formais do tipo “legitimação pelo procedimento”. Ou seja, não basta que uma lei ou ato administrativo sejam produzidos conforme a circulação oficial do poder político, esse poder, tem que manter a conexão com o poder comunicativo gerado fora da circulação oficial para ser legítimo. O desobediente civil vai justamente chamar a atenção para a crise de legitimidade gerada pela falta de conexão entre as decisões do círculo oficial do poder e o poder comunicativo. Assim, a democracia, sob o fundamento da reversibilidade das decisões precisa manter a conexão entre centro e periferia do sistema político, ou seja, entre sistema político e esfera pública. O sistema político que se fecha a essa relação não apenas perde a legitimidade, acaba também por perder a sua eficácia, pois terminará por tomar decisões que não decidem nada.

Assim, o princípio da soberania popular é reafirmado pela desobediência civil porque essa denuncia a ameaça contra a ligação entre sociedade civil e sociedade política, pelo fracasso, em determinadas circunstâncias, da primeira influenciar a segunda, tendo se esgotado todos os meios ordinários. Por isso, mesmo que decisões sejam formalmente legais, elas podem ser ilegítimas.

Por isso, para finalizar resta explicar como a desobediência civil faz isso possível apelando para um fundamento dentro do próprio Direito, pela função que a Constituição exerce em um Estado Democrático de Direito.

A desobediência civil nos ensina que a Constituição e o paradigma de Estado e de Direito que ela estrutura – o Estado Democrático de Direito – são projetos inacabados e em constante construção, que necessitam a todo momento de ser reatualizados no seu sistema de direitos, isto é, interpretá-los, institucionalizá-los, e esgotar seu conteúdo cada vez mais adequadamente.

“A justificação da desobediência civil apóia-se, além disso, numa *compreensão dinâmica* da constituição, que é vista como um projeto inacabado. Nesta ótica de longo alcance, o Estado Democrático de Direito não se apresenta como uma configuração pronta, mas sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão (...)”⁴.

A Constituição, nos moldes em que foi implementada desde o período pós revolucionário do século XVIII, nos Estados Unidos e na França, é inovada em três sentidos distintos⁵. Em primeiro lugar, estas Constituições modernas vão, pela primeira vez, ter um sentido de estatuto fundamental do sistema jurídico, a partir do qual tudo aquilo que quer ser chamado de Direito terá que se adequar. A Constituição passa a ser, assim, a medida pela qual se estabelece o que é direito e o que não é direito. Ao ganhar este sentido, é possível pensar em um fundamento do Direito dentro do próprio Direito. Não se incorre mais em um retrocesso infinito a um fundamento externo, no mais das vezes, problemático. O Direito Natural, seja na sua versão cosmológica, seja naquela racionalista da tradição kantiana, por exemplo, vai ser substituído funcionalmente pela idéia de Constituição. Em terceiro e último lugar, a dubiedade do conceito de Constituição antes da formação da idéia de Constituição moderna, era que nas diversas tradições, ele podia tanto expressar um conceito político (*constitutio* como corpo do soberano, como corpo político), quanto um conceito jurídico (*constitutio* como decretos de direito positivo com força de lei). O conceito moderno de Constituição se confronta com o problema de pretender construir uma unidade entre o sistema político e o Direito, tentando evitar uma total diferenciação entre ambos. Por isso, aquela dubiedade é aproveitada, e o

⁴ Ibid., p. 118.

⁵ Ver, a este respeito, LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Pier Paolo (Org.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

conceito moderno de Constituição terá que fazer frente tanto a um aspecto político como a um aspecto jurídico⁶. Assim é que a ligação entre Direito e política é possível por meio da Constituição. Ela será, como se disse acima, a medida pela qual poderemos determinar o Direito.

Essas características das Constituições modernas têm um impacto muito grande na própria concepção do Direito e do nosso tema. Se a Constituição opera como uma tal medida, isso abre a possibilidade de todo Direito, com exceção da própria Constituição, não ser Direito, ser inconstitucional. Então a possibilidade de questionamento do Direito não se encontra fora dele – em argumentos morais, religiosos, éticos, etc. – e sim dentro do próprio Direito, na Constituição: estatuto político-jurídico da sociedade⁷. O desobediente civil não age ilegalmente porque age conforme a Constituição, ilegal, pelo menos até que se chegue a uma decisão sobre a sua constitucionalidade, é a lei ou ato colocado em xeque.

E quem diz o que é ou não constitucional? Sob um Estado Democrático de Direito fundamentado em uma teoria discursiva do Direito, todos os membros de uma comunidade jurídica concreta, detentores dos direitos fundamentais por ela legitimados. Com base nos pressupostos desse fundamento nenhuma norma (lei ou ato) é de *per se* uma norma jurídica; como nos diz Peter Häberle: ‘não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada’⁸. E tal interpretação não se limita àquela feita pelos juízes e administradores no centro da esfera pública política, como também dos cidadãos, que nas arenas dessa mesma esfera pública, exercendo a soberania difusa na mesma, discutem, repensam, reestruturam, atualizam e aperfeiçoam o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1997.

⁶ Ver, a este respeito, LUHMANN, op. cit.

⁷ Ver CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Pier Paolo (Org.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

TRIBUNAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A INDISFARÇÁVEL TENDÊNCIA BRASILEIRA AO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

*Rômulo Lago e Cruz**

Resumo: O modelo de jurisdição constitucional desenvolvido no Brasil reconhece duas formas distintas de realização do controle da constitucionalidade, uma difusa, efetivada por qualquer órgão dotado de jurisdição, e outra, realizada por uma Corte com competência específica para a análise da matéria, sendo certo que a implementação desse modelo dualista não se faz sem uma permanente tensão dialética. Tomando por referencial metodológico a jurisdição constitucional alemã, onde a fiscalização abstrata da constitucionalidade atingiu índices sociais satisfatórios, pretendeu-se analisar a tendência brasileira pós-1988, de erigir a fiscalização concentrada a uma posição de destaque em nosso sistema, em virtude de realizar a proteção da ordem objetiva com mais vigor do que no modelo difuso, resolvendo as controvérsias constitucionais de forma ampla, geral e imediata, consolidando, com isso, o binômio celeridade/segurança jurídica.

Palavras-chave: Arquétipo brasileiro de controle da constitucionalidade. Sistema difuso e concentrado. Tendência brasileira à fiscalização abstrata da constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A existência de uma Constituição e, por conseguinte, a identificação da supremacia de seus mandamentos em detrimento das demais normas componentes de um sistema jurídico justifica-se pela necessidade de manter-se a estabilidade social e política das instituições às quais ela própria conferiu legitimidade.

Esse fenômeno está a indicar que as normas infraconstitucionais não se legitimam apenas por advir do Estado e obedecer a procedimentos formais

* Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão – ESMAM. Assessor Jurídico de Desembargador no TJMA.

de produção, mas, também, por estarem em consonância com os fins que a Carta Magna enuncia como valores, sendo certo que quando essa situação não se evidencia, deve o Judiciário ou outro órgão análogo¹ impedir ou pelo menos mitigar os efeitos dessas normas.

No Brasil, implementou-se uma complexa metodologia de controle de constitucionalidade, pois a Constituição, ao mesmo tempo em que atribui a função precípua de sua guarda não a uma Corte Constitucional², mas ao Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, dotado de jurisdição híbrida³, permite a realização dessa mesma função por qualquer outro órgão do Judiciário.

Esse modelo dúplice de jurisdição constitucional exerce influência de certa maneira desgastante sobre a vida dos cidadãos, dando ensejo a sérios inconvenientes que podem, inclusive, enfraquecer a idéia de segurança e impor dificuldades à manutenção da ordem jurídica.

Nessa perspectiva, e tomando por referencial metodológico a jurisdição constitucional alemã, onde a fiscalização abstrata da constitucionalidade atingiu índices sociais satisfatórios⁴, pretende-se analisar a tendência brasileira de erigir a fiscalização concentrada a uma posição de

¹ Assinala Nelson Nery Jr. que em países que possuem tribunais constitucionais, como a Alemanha, esse tribunal é órgão constitucional, de todos os poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos poderes Executivo e Legislativo. (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 17-18).

² Na sintética, porém elucidativa definição de Favoreu, os tribunais constitucionais exercem jurisdição constitucional em tempo completo, situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independentes desse, aos quais a Constituição atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis (FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales. La jurisdicción constitucional en iberoamerica*. Madri: Dykinson, 1997. p. 105).

³ Ao contrário dos Tribunais Constitucionais europeus, que possuem unicamente a função de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, a par de realizar também essa função, desempenha, ainda, a função de uma Corte de Cassação, assemelhando-se, mesmo, em muitos casos, a uma verdadeira superinstância de revisão, porque provocado a reexaminar questões ordinárias já decididas pelos Tribunais Superiores.

⁴ Apresentando dados estatísticos, Madlener assevera que 80% da população alemã confia e está satisfeita com o Tribunal Constitucional (MADLENER, Kurt. *Efetividade do Tribunal constitucional alemão como protetor dos direitos da cidadania*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: a efetividade do processo constitucional como instrumento de cidadania, 2003, Recife. **Anais ...**).

destaque em nosso sistema, em virtude de realizar a proteção da ordem objetiva com mais vigor do que no modelo difuso, resolvendo as controvérsias constitucionais de forma ampla, geral e imediata, consolidando, com isso, o binômio celeridade/segurança jurídica.

2 ESTRUTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ALEMÃ

O modelo alemão de controle de constitucionalidade das leis tem por base uma Corte Constitucional, formada por dois Senados de igual hierarquia⁵, cada um composto por oito magistrados com, no mínimo, quarenta anos de idade, eleitos paritariamente pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, e nomeados por ato meramente homologacional do Presidente da República, para um mandato de doze anos, vedada a recondução^{6,7}.

Esse Tribunal realiza o juízo de admissibilidade das ações constitucionais por meio de Câmaras, existentes em cada Senado, compostas por três juízes. Da decisão de inadmissibilidade do recurso, que dispensa fundamentação e deve ser tomada por meio de resolução unânime, pode haver recurso subsidiário ao Senado. Com essa regra, pretende-se evitar que o Senado seja prejudicado por meio de uma decisão cameral. A decisão de mérito, que ocorre sem que haja procedimento oral, não é passível de impugnação⁸.

A Corte Constitucional alemã, todavia, não se configura como uma superinstância de revisão⁹, ao exame judicial irrestrito das decisões dos outros tribunais, até porque o recurso constitucional não é um recurso suplementar

⁵ A decisão de um Senado não é passível de reexame pelo outro, nem mesmo para o Pleno, pois cada Senado, no exercício de suas competências, representa na integralidade o Tribunal Constitucional Federal (SCHLAIH, Klaus. El tribunal constitucional federal alemán. In: _____ et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 143).

⁶ Para Schlahi, a impossibilidade de reeleição consubstancia-se em garantia de independência (SCHLAIH, op. cit., p. 145).

⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3-6.

⁸ Cf. HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 31, n. 124, p. 128-129, out/dez. 1994.

⁹ Cf. farta jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal em sede de recursos constitucionais: RUPP, Hans G. El tribunal constitucional federal alemán. In: SCHLAIH et al, op. cit., p. 327-397.

para o procedimento relativo aos tribunais especializados¹⁰. A formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto, diz Heck, são questões dos tribunais para isso competentes, subtraindo-se ao exame posterior por meio do Tribunal Constitucional Federal¹¹.

A jurisdição constitucional é exercida com propriedade e sua competência revela-se, dentre outras formas, principalmente, quando da realização do controle de normas por meios abstratos e pela metódica *per saltum*¹², tanto no processo de conflito entre órgãos federais¹³, quanto no julgamento de recurso constitucional (§ 90, Lei do Tribunal Constitucional Federal)¹⁴.

¹⁰ Assevera Limbach que *el Tribunal Constitucional Federal no es un tribunal de instancia que deba revisar en toda su extensión las resoluciones de otros tribunales. La Ley Fundamental es el único parámetro del Tribunal y, en este sentido, la aplicación del derecho ordinario no corresponde, en principio, a sus funciones, sino que más bien le toca, sencillamente, garantizar que los tribunales ordinarios respeten las normas y criterios de los derechos fundamentales. El Tribunal controla únicamente si la sentencia judicial viola derecho constitucional específico.* (LIMBACH, Jutta. Función y significado del recurso constitucional en Alemania. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 3, p. 75, jul/dic. 2000. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org> Acesso em: 27 jun. 2003).

¹¹ HECK, op. cit., p. 121. O Tribunal Constitucional Federal alemão também não verifica se essas decisões são corretas do ponto de vista do direito ordinário.

¹² Na Alemanha, existe a proibição dos juízes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuar o controle de constitucionalidade das leis, que é reservado à competência exclusiva da Corte Constitucional, não obstante haja a possibilidade de os juízes, ao se depararem com uma lei que considerem contrária à Constituição, em vez de passivamente serem obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: safE, 1999. p. 109). Essa fórmula é conhecida como análise da constitucionalidade *per saltum*, que teve em Kelsen seu precursor (ver KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 174). No Brasil, criou-se, por meio da Lei n.º 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental que, embora se aproxime operacionalmente do modelo *per saltum* de fiscalização constitucional, possui características que afastam tal comparação. Primeiro, porque no Brasil não existe apenas o controle concentrado, segundo, em razão de que, ao contrário do modelo alemão, no qual a provocação do Tribunal Constitucional se dá pelo próprio juiz da causa onde se materializou o incidente de constitucionalidade, nosso sistema prevê que o legitimado para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, da CF/88), quando parte na demanda então em curso no juízo ordinário, é quem deve submeter tal questão ao Supremo Tribunal Federal. (Nesse sentido, RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: safE, 2003. p. 33-42).

¹³ MENDES, op. cit., p. 15-16.

¹⁴ Ver HECK, op. cit., p. 115-133.

No exercício de suas competências, e nos termos do § 15, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, as decisões de cada um dos Senados da Corte deverão ser proferidas por maioria simples, exigindo-se o *quorum* para deliberação de seis juízes. No caso excepcional de ocorrer empate na votação, inexistente a previsão de voto de qualidade do Presidente do Tribunal, e não se pode declarar a inconstitucionalidade da norma¹⁵.

Sendo certo, entretanto, como bem ressalta Limbach, que, *en su calidad de Tribunal no puede actuar por propia iniciativa, ni siquiera cuando las y los jueces que lo integran ven con preocupación algún fenómeno de la vida constitucional, sino que requiere siempre un impulso externo, es decir, una petición o un recurso constitucional*¹⁶. A Corte somente atua mediante provocação de um dos co-legitimados e somente após a publicação da norma no repertório oficial, inexistindo controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade¹⁷.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em razão da especial função que desempenha no sistema jurídico daquele País, consistente na exclusiva competência para dirimir questões relativas à constitucionalidade de um ato, possuindo o poder de fiscalização ou controle, somente pode ter sua jurisdição constitucional deflagrada por alguns poucos órgãos.

São eles o Governo Federal, os Governos dos Estados e um terço dos membros do Parlamento Federal. Essa limitação do direito de propositura destina-se a evitar uma ampliação excessiva do controle abstrato de normas, que sobrecarregaria, inevitavelmente, o Tribunal. Essa restrição cumpre uma função seletiva. Realça-se, por outro lado, o significado político desse processo, uma vez que a outorga do direito de propositura apenas aos órgãos centrais do Governo e a uma qualificada minoria parlamentar limita a atuação da Corte aos casos mais relevantes¹⁸.

Inicialmente a Lei Fundamental de Bonn não continha o recurso constitucional, sendo nela introduzido por meio da décima nona lei modificadora da Lei Fundamental, de 29 de janeiro de 1969. Esse recurso, segundo H.-R. Lange, é um pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação,

¹⁵ SCHLAIH, op. cit., p. 147.

¹⁶ LIMBACH, op. cit., p. 68.

¹⁷ SCHLAIH, op. cit., p. 160.

¹⁸ Nesse sentido, SÖHN apud MENDES, op. cit., p. 88-89.

sustentada, de um direito constitucional do promovente por meio de um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido¹⁹.

Com essa emenda constitucional, foi conferida legitimidade às pessoas individualmente consideradas para provocarem a Corte Constitucional²⁰, se a lei ou ato normativo implicar em violação pessoal, presente e direta de um seu direito fundamental²¹. Trata-se de medida constitucional de defesa, que permite uma garantia concreta de direitos fundamentais²². Nesse caso, é possível atacar diretamente até mesmo a lei. Tratar-se-ia de uma fiscalização concreta por via de ação direta²³.

Essa fórmula vem sendo caracterizada como um direito de natureza processual similar aos direitos fundamentais ou, ainda, como um direito público subjetivo de hierarquia constitucional, posto que, como bem observa Limbach, *la importancia del recurso constitucional no se agota en la protección de los derechos fundamentales individuales, sino que tiene un doble carácter, en la medida en que posee, simultáneamente, la función 'de preservar el derecho constitucional objetivo y de contribuir a su interpretación y desarrollo'*²⁴.

¹⁹ LANGE apud HECK, op. cit., p. 117.

²⁰ A jurisprudência constitucional alemã admite, igualmente, a legitimação de associações, mesmo que não tenham personalidade jurídica, desde que titulares de um direito fundamental (RUPP, op. cit., p. 338).

²¹ Nesse sentido, HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 1998. p. 494-495; CAPPELLETTI op. cit., p. 110. Rupp afirma que a maioria das decisões do Tribunal Constitucional Federal tem-se produzido a propósito dos direitos fundamentais mais importantes, reconhecidos nos artigos 2º, 3º, 5º, 12 e 14 da Lei Fundamental (liberdade, igualdade perante a lei, livre expressão de pensamento, liberdade de escolha de profissão e propriedade, direito de sucessão e expropriação) (RUPP, op. cit., p. 324).

²² Schlahi apresenta dados estatísticos da atuação do Tribunal Constitucional Federal de 1951 a 1979 e observa que a maioria das competências relacionadas à proteção dos direitos fundamentais é do 1º Senado (SCHLAIH, op. cit., p. 156-157 e 143).

²³ Cf. TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 44. No mesmo sentido, MENDES, op. cit.; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 92.

²⁴ LIMBACH, op. cit., p. 23.

O cidadão, ao defender judicialmente seus direitos individuais fundamentais²⁵, está por realizar uma atividade que ao mesmo tempo serve à defesa objetiva da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo²⁶, posto que o recurso desempenha, além da função corretiva na situação particular que lhe originou, também, uma influência social pedagógica e preventiva²⁷.

Desse modo, a metodologia orgânica de jurisdição constitucional aplicada na Alemanha revela que o recurso constitucional não é só um dos seus elementos essenciais, mas, simultaneamente, a sua própria medula, que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional alemão concentra-se, pois, na proteção dos direitos fundamentais, que têm, no mencionado recurso, a sua expressão jurídica²⁸.

3 A SISTEMÁTICA BRASILEIRA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Inconvenientes advindos do sistema difuso: releitura a partir da EC nº 45/2004

No método de controle difuso, todos os órgãos judiciários²⁹, indistintamente, sejam eles federais ou estaduais, têm o poder e o dever de

²⁵ No Brasil, o projeto que resultou na lei regulamentadora do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, aprovado por nosso Parlamento, concedia direito de propositura dessa ação a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público (art. 2º, II, da Lei 9.882/99). Entretanto, esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República. A esse respeito, ver CRUZ, Rômulo Lago e. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: sistema aberto de legitimidade *ad causam*. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, São Luís, n. 10, p. 251, jan/dez. 2003.

²⁶ Assevera Limbach que *el recurso constitucional convierte a los ciudadanos y ciudadanas en guardianes de la Ley Fundamental. Gracias a la vigilancia de éstos, a su sentido de la justicia e incluso a su disposición a defenderse, es que el Tribunal Constitucional Federal puede actuar como defensor de los derechos fundamentales individuales, pues a diferencia del ombudsman, el Tribunal no es el contralor omnipresente del respeto a los derechos fundamentales por el Estado y la sociedad*. (LIMBACH, op. cit., p. 68).

²⁷ *Ibid.*, p. 23-24.

²⁸ Cf. HECK, op. cit., p. 116. André Ramos Tavares, citando Heck, afirma que o cabimento do recurso constitucional desempenha papel relevante não só para a autocompreensão do Tribunal Constitucional Federal, mas também para o seu grau de popularidade e para o seu prestígio, revela, assim pode-se dizer, o Tribunal Constitucional Federal como popular, não sendo, então, apenas uma instituição para o Estado. Neste sentido pode-se afirmar que o Tribunal atende, no particular, ao princípio democrático e de acesso irrestrito ao Judiciário. (TAVARES, op. cit., p. 45).

²⁹ Nesse sistema, o Tribunal Constitucional, como órgão superior do sistema judiciário, decide sobre a constitucionalidade das normas jurídicas em última instância. O controle, pois, é

não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento³⁰, sendo que, em se tratando de questão meramente incidental, a declaração de inconstitucionalidade possui eficácia subjetiva limitada às partes processuais (art. 472 do CPC). Trata-se de questão prejudicial que deve ser resolvida como premissa lógica necessária para se chegar a uma decisão de mérito no litígio, motivo pelo qual nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada (art. 469, I e III, do CPC)³¹.

Onde não existe o instituto do *stare decisis*³², como no caso do Brasil, a introdução desse método conduz a sérios inconvenientes, como o de que uma mesma lei ou disposição de lei pode não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto que, ao invés, pode, também, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros³³.

Ou o mesmo órgão judiciário que ontem não havia aplicado uma determinada lei, ao contrário, pode aplicá-la hoje, sob a justificativa de haver mudado de opinião a respeito de sua legitimidade constitucional, fazendo com que mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer outro sujeito interessado na mesma providência, proponha, por sua vez, um novo caso em juízo³⁴.

exercido por todo o sistema judiciário, representando essa Corte, nesse contexto, uma fase a mais, ao lado das outras, mas como o último patamar de averiguação da constitucionalidade (TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1998. p. 13-14).

³⁰ Nos Estados Unidos, assevera Cooley, os tribunais não têm autoridade para julgar de questões abstratas, ou de questões que lhes não tenham sido presentes em juízo (COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002. p. 147).

³¹ No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86.

³² O instituto do *stare decisis* é típico do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade que faz com que a decisão definitiva da Suprema Corte sobre um caso concreto induza, porque obrigatória, à obediência de todos os demais órgãos do Judiciário, ensejando, portanto, uma decisão vinculante e cujos efeitos são *erga omnes*.

³³ Nesse sentido, CAPPELLETTI, op. cit., p. 77.

³⁴ *Ibid.*, p. 78.

O modelo difuso permite, ainda, que se instaurem sérios contrastes de tendências entre órgãos judiciários de diverso grau, gerando conflitos e incertezas do direito, situação perniciosa tanto para os indivíduos como para a coletividade e o Estado³⁵.

Outro problema decorre do fato de que, no Brasil, pelo menos até antes da publicação da EC n.º 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de suas competências originárias ou recursais, declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público em caráter definitivo e com eficácia geral, deveria oficiar ao Senado Federal, para que este, nos termos do art. 52, X, da CF/88, por meio de resolução, suspendesse a sua execução, no todo ou em parte.

Essa atribuição do Senado Federal, todavia, não estava, como não está, vinculada à decisão irrecorrível do Supremo³⁶, em virtude de ser um ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo³⁷.

Com a intenção de corrigir esses transtornos, adveio a emenda constitucional n.º 45/2004, que, modificando a estrutura do Judiciário brasileiro, implementou alguns mecanismos que, exercendo influência direta sobre a jurisdição constitucional, atuam no sentido de reduzir as desigualdades metodológicas existentes entre os modelos difuso e concentrado.

A reforma buscou, com a adoção da súmula vinculante³⁸, corrigir um certo desvio na redação original da Constituição, posto que, conquanto tenha a Carta Magna optado pelo modelo de controle da constitucionalidade, olvidou-se de criar um mecanismo que pudesse ter a mesma eficiência do *stare decisis*

³⁵ Ibid., p. 78.

³⁶ MI 460-9-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16 jun. 1994, p. 15509; MS 7248-SP, Rel. Min. Victor Nunes Leal.

³⁷ No sentido referido por Paulo Brossard, de que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica (BROSSARD, Paulo apud MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 255).

³⁸ Após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Art. 103-A da CF).

norte-americano³⁹, tão importante instituto destinado a proporcionar segurança e certeza jurídicas.

Por outro lado, a emenda nº 45/2004 materializou um antigo anseio dos constitucionalistas brasileiros, ao criar uma cláusula de restrição ao amplo e irrestrito acesso franqueado pelo recurso extraordinário à jurisdição constitucional do Supremo⁴⁰. Trata-se da necessidade de demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, para que o recurso possa ser admitido (art. 102, § 3º, da CF).

Com efeito, embora o implemento da chamada reforma do Judiciário tenha contribuído para a superação de alguns transtornos advindos do sistema difuso de controle da constitucionalidade, não foi suficiente para equacionar outras situações que ainda continuam a ensejar certas dificuldades lógicas, como é o caso da larga competência do Supremo Tribunal Federal, que com o advento de novas competências ordinárias⁴¹, fortalece a natureza híbrida de sua jurisdição e afasta o Tribunal cada vez mais da noção de Corte Constitucional⁴².

3.2 Desenvolvimento do controle abstrato de normas

3.2.1 Incidência do processo objetivo no controle concentrado da constitucionalidade

A análise do sistema brasileiro de controle concentrado da constitucionalidade revela a existência de regras e pressupostos processuais

³⁹ Ver nota explicativa nº 30 deste trabalho.

⁴⁰ Para Tavares, importa que nem todas as decisões proferidas pelas demais instâncias, ainda que envolvam conceitos constitucionais, mas apenas aquelas relevantes, de interesse geral, realmente sejam objeto de apreciação pelos tribunais constitucionais. Neste passo, uma ampla abertura para provocar e exigir a manifestação de mérito de um Tribunal Constitucional deve ser evitada, sob pena de prejuízo sério no desenvolvimento a contento, por esse tribunal, das questões cruciais (TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. In: _____; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 50).

⁴¹ Um claro exemplo desse fenômeno acha-se disposto no art. 102, III, “d”, da CF, acrescido pela EC n.º 45/04.

⁴² Assinala Alexandre de Moraes que o STF deve ter suas competências reduzidas, adequando-se à jurisdição constitucional, transferindo suas competências ordinárias, em que processa e julga em única ou última instância, como cúpula do Poder Judiciário, ao STJ (MORAES, op. cit., p. 300).

específicos que devem necessariamente ser observados, posto que afastam a incidência das normas gerais contidas no Código de Processo Civil pátrio, pelo fato de este regular somente situações em que as partes litigam em defesa de seus interesses subjetivos.

Na Representação n.º 1.016, julgada em 20.09.79, pelo Supremo Tribunal Federal, depreende-se do voto do Relator, Ministro Moreira Alves, que este logrou explicitar os delineamentos básicos dessa espécie de fiscalização da constitucionalidade, passando a precisar a característica marcadamente objetiva desse processo, afirmando que, mais que um processo judicial, o controle é concebido como um mecanismo processual destinado, especificamente, à defesa da ordem constitucional⁴³.

Os instrumentais de promoção do controle concentrado da constitucionalidade⁴⁴, realizado por um Tribunal constituído para essa finalidade, assumem natureza processual objetiva⁴⁵, em virtude de se desenvolver

⁴³ RTJ 95/99 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123-132.

⁴⁴ v.g., ação direta de inconstitucionalidade (genérica, por omissão e interventiva), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal reconheceu, pela primeira vez, a objetividade desse processo na Rp. 1405, cuja relatoria coube ao Ministro Moreira Alves. É o que revela a seguinte passagem de seu voto:

“A representação de inconstitucionalidade, consagrada no art. 119, I, alínea ‘l’, da Constituição, constitui processo que não tem outro escopo, senão o de defesa da ordem fundamental contra atos com ela incompatíveis. Não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica (Celso Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 67-8). E a outorga de competência exclusiva para desencadear o processo de controle abstrato de normas ao Chefe do Ministério Público parece reforçar esse entendimento, uma vez que tal prerrogativa foi deferida, ‘não na qualidade de alguém que defende interesse próprio, pessoal, mas, sim na condição da função de defender o interesse coletivo, traduzido na preservação do ordenamento constitucional’ (BASTOS, op. cit., p. 68).

Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahungsverfahren*) (Hartmut Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, vol. I, p. 292). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido (*BVerfGE* 1, 14(30); 2, 143(153); 1,

regularmente sem a existência de contendores ou lide⁴⁶, e sem as garantias individuais do contraditório e da ampla defesa⁴⁷, muito embora ainda se faça menção à legitimidade ativa e passiva, para atribuir relevo a um aspecto meramente formal, porquanto, nos veículos processuais que se prestam à inspeção da constitucionalidade, não se encontra um réu determinado⁴⁸.

Assim, a não identificação de um réu contra quem se deva ajuizar a ação, para a fiscalização abstrata da constitucionalidade, não gera, portanto, qualquer vício, muito menos carência de ação⁴⁹. As pessoas e entes públicos (de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tanto da Administração direta quanto da indireta) podem ser chamados a se pronunciar sobre o ato (impugnado) que praticaram, porque de sua lavra, à semelhança do que ocorre com as informações prestadas pela autoridade coatora em sede de mandado de segurança, porém não há que se referir à legitimidade passiva *ad causam*⁵⁰.

208(226). ‘A admissibilidade do controle de normas – ensina Söhn – está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle’ (*Öffentliches Kontrollbedürfnis*) (SÖHN, op. cit., p. 304).

A provocação de um órgão externo é imprescindível, inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional (SÖHN, op. cit., p. 304). Não obstante, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo de controle abstrato de constitucionalidade qualquer poder de disposição.

O *Bundesverfassungsgericht* decidiu, a propósito, que a desistência pelo requerente não acarretava, necessariamente, a suspensão do processo (*BVerfGE* 8, 183(184); *BVerfGE* 25, 308; cf., também, Söhn, op. cit., p. 309). O pedido representaria, nesse contexto, um simples impulso externo (*ein blosser Anstoss von Aussen*), um instrumento deflagrador do processo objetivo de controle (Söhn, op. cit., p. 303-304). ‘O requerimento é indispensável – diz Söhn -, para a instauração do processo, não para o seu desenvolvimento, uma vez que o princípio do pedido foi satisfeito com a simples apresentação do requerimento’ (Söhn, op. cit., p. 309-310)” (STF, Rp. 1405, Rel. Min. Moreira Alves, **RTJ** 127: 394 [402-3] apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle da constitucionalidade no Brasil**. p. 158-159).

⁴⁶ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. p. 132; CLÈVE, op. cit., p. 142.

⁴⁷ Ver Questão de Ordem na ADC n.º 01, **RTJ** 157/371.

⁴⁸ Nesse sentido, BARROSO, op. cit., p. 113-114.

⁴⁹ A respeito das peculiaridades impostas pelo processo objetivo, CRUZ, Rômulo Lago e. A incidência das condições da ação na arguição de descumprimento de preceito fundamental *in abstracto*. In: _____. (Org.). **A realização do espaço constitucional**: homenagem ao Professor José Maria Ramos Martins. São Luís: Instituto UniSão Luís de Cultura e Cidadania; Faculdade São Luís, 2004, p. 197-220.

⁵⁰ Ver CRUZ, Rômulo Lago e. Adin: Procurador-Geral do Estado. **O Estado do Maranhão**, São Luís, 18 maio 2004, Caderno Opinião, p. 4.

Essas peculiaridades impostas pelo processo abstrato-objetivo de controle concentrado da constitucionalidade, que está, aliás, submetido a um rigor processual muito mais elevado, no que se refere à verificação do atendimento de seus pressupostos formais⁵¹, são indispensáveis, posto que impedem o desgaste da jurisdição constitucional, que tem por funções precípuas, como já mencionado, a guarda e a manutenção do Estado constitucional.

3.2.2 Tendência à jurisdição constitucional concentrada

A análise da evolução da fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos demonstra que o nosso sistema constitucional manifesta indistintamente tendência para o método de jurisdição constitucional concentrada⁵², diminuindo, por isso, sensivelmente, nos últimos anos, o interesse pelo estudo da fiscalização difuso-incidental⁵³.

O constituinte brasileiro de 1988, visando a garantia da unidade e da coerência da ordem constitucional a ser instituída, inovou ao ampliar o número de legitimados para deflagrar o controle concentrado da constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como se observa do rol inserido em seu art. 103, posto que antes essa legitimidade pertencia apenas ao Procurador-Geral da República.

Com esse sistema de legitimidade para provocar a jurisdição constitucional aberta a diferentes órgãos e setores da sociedade⁵⁴, pretendeu

⁵¹ Nesse sentido, RTJ, v. 135, t. III, p. 909, 2ª col., apud TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. p. 307.

⁵² Nesse sentido, CLÈVE, op. cit., p. 91.

⁵³ Todavia, é necessário esclarecer que essa tendencial concentração da jurisdição constitucional não deve ignorar a importância desempenhada pela via difusa de controle de constitucionalidade, que possui um respeitável histórico de preocupação com os direitos fundamentais e as especificidades dos casos concretos.

⁵⁴ Oscar Corrêa assevera que a outorga do direito de propositura a diferentes organizações sociais e partidos políticos não permite precisar o número exato de entes e órgãos autorizados a instaurar o controle abstrato. Segundo estimativas idôneas, pode-se afirmar que o novo sistema reconhece a legitimidade de mais de cem entes ou órgãos para instauração do controle abstrato de normas (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84-85).

a nova ordem constitucional reforçar, entre nós, a cultura do controle abstrato de normas como peculiar mecanismo de correção dos transtornos oriundos do modelo difuso.

Aliado a esse fato, acrescenta Paulo Roberto Barbosa Ramos, o modelo de controle concentrado da constitucionalidade⁵⁵ revela-se significativamente favorável ao cidadão, por prestar-se, com maior segurança e agilidade, para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, especialmente porque as decisões da mais alta Corte, em apreciando lei em tese, têm eficácia *erga omnes* e repercussão política imediata, evitando-se, pois, os tropeços, as inseguranças, o autoritarismo⁵⁶ e a desconsideração política das decisões, que no controle difuso possuem um caráter individual⁵⁷.

É certo, entretanto, que o sistema de controle concentrado das leis, enquanto aparato destinado a salvaguardar os direitos e garantias individuais e a impor limites à atuação do Estado, apenas possui sua razão de existir em ambientes democráticos⁵⁸ ou naqueles ao menos comprometidos com a

⁵⁵ Ao se reportarem à argüição de descumprimento de preceito fundamental, que é instrumento do controle concentrado da constitucionalidade, Celso Bastos e Souza Vargas asseveram que tal instrumento deve prever a possibilidade de se restaurar a unicidade do Judiciário, reunindo os feitos numa só interpretação, como espera qualquer cidadão. A ilogicidade e contradição jamais poderão prevalecer, mesmo que sob o argumento da livre convicção do juiz, até porque não é isso que se extirpa, mas tão-somente aquela convicção que descaracteriza a Carta e pune o cidadão com a falência da instância que lhe é mais preciosa, que é o Poder Judiciário. (BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galías de Souza. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 8, n. 30, p. 74, jan./mar. 2000).

⁵⁶ Lord Devlin desferiu duras críticas ao modelo de *judicial review* norte-americano (sistema difuso) quando afirma que atribuir à magistratura um papel de elite que se desvia do caminho adequado frequentado pelo processo democrático resulta muito tentador. Esse caminho conduziria, por mais larga e sinuosa que fosse a via, ao Estado totalitário (LORD DEVLIN apud CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: SCHLAH, Klaus et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 621).

⁵⁷ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 2000. p. 96.

⁵⁸ Interessante observação é feita por Javier Perez Royo, para quem nos países com uma tradição democrática ininterrupta, ou melhor dizendo, com uma tradição constitucional ininterrupta, que não necessitaram destruir temporariamente o Estado Constitucional, na passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático, não se criou (Inglaterra) ou houve resistência à introdução de um controle de constitucionalidade das leis (Suíça) (ROYO, Javier Perez. **Tribunal constitucional y división de poderes**. Madrid: Tecnos, 1988. p. 24).

construção e o desenvolvimento de mecanismos que permitam, no menor espaço de tempo possível, a sua realização nas mais diversas dimensões da vida em sociedade⁵⁹.

Por isso, autores há, como Fernando G. Jayme⁶⁰, que têm defendido a tese de que deve ser superada a teoria da tripartição dos poderes, para que se crie, no Brasil, um quarto Poder, o Tribunal Constitucional, situado fora da estrutura dos demais poderes e legitimado diretamente da Constituição, como seu verdadeiro guardião⁶¹, vez que o Poder Judiciário brasileiro vem demonstrando, na prática, não ser o órgão mais indicado para essa função⁶².

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias⁶³.

Se se cogitava, no período anterior a 1988, um modelo misto de controle da constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema

⁵⁹ Cf. RAMOS, op. cit., p. 633.

⁶⁰ JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 152 p.; Também, MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. p. 286 e ss.

⁶¹ O que falta ao Supremo Tribunal Federal, diz Fernando G. Jayme, não é empenho de seus Ministros; ao contrário, a dedicação e denodo de todos é inconteste, falta uma reestruturação do modelo de controle de constitucionalidade existente, para que se possa racionalizar o número de julgamentos, o que, obviamente, implicará melhoria qualitativa das decisões, já que mais tempo será destinado ao exame de cada caso (JAYME, op. cit., p. 128).

⁶² Em sentido contrário, assinala Bachof, ao analisar a realidade político-estrutural alemã, que não tem muito mais força a afirmação de que o poder judicial é antidemocrático. O juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado. A alusão da falta de imediatez de sua comissão pelo povo não constitui um argumento convincente perante o fato de que também o Governo, o Presidente, os funcionários (...) contam somente com um mandato indireto do povo; e mesmo o Parlamento não pode ser considerado como diretamente comissionado, sem que haja um aspecto muito relativo, pois sua composição está de fato muito mais ligada aos partidos políticos. Ademais, mais importante que a classe do mandato é a função desempenhada. O juiz administra justiça em nome do povo – essa não é uma fórmula vazia – da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo (BACHOF, Otto. **Jueces y constitución**. Madri: Civitas, 1987. p. 59).

⁶³ ANSCHÜTZ apud MARTINS; MENDES, op. cit., p. 63.

difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal⁶⁴.

4 CONCLUSÃO

A influência do direito constitucional continental europeu, especialmente após a instituição, entre nós, da ação direta de inconstitucionalidade, é indiscutível.

A Corte Constitucional na Alemanha funciona como único órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, o que, segundo Kelsen, visa evitar o governo dos juízes⁶⁵.

No Brasil, onde não há um Tribunal Constitucional, a guarda da Carta Magna foi atribuída tanto ao Supremo Tribunal Federal, que, decidindo controvérsia em abstrato, produz efeitos vinculante e *erga omnes*, quanto aos demais órgãos do Judiciário, implementando-se um modelo dualista de controle da constitucionalidade, cuja aparente convivência harmoniosa não se faz sem uma permanente tensão dialética⁶⁶.

O constituinte derivado, por meio da emenda n.º 45/2004, buscando a unicidade da jurisdição constitucional, implementou na estrutura do sistema difuso dois importantes institutos que, em última análise, a aproxima da metodologia desenvolvida pelo controle abstrato de normas. A súmula vinculante e a cláusula de repercussão geral são mecanismos destinados a restringir a apreciação, pela Corte Suprema, de controvérsias constitucionais que digam respeito exclusivamente a um interesse do autor ou do réu.

Por outro lado, a partir de 1988, graças à ampliação dada ao sistema de legitimidade para a propositura de ações atinentes ao controle abstrato de normas, foi reforçada a cultura de que é o modelo de jurisdição concentrada um peculiar instrumento de garantia da segurança jurídica e da sociedade, em virtude da celeridade empreendida no julgamento dessas questões de interesse geral, visando, por meio da decisão que uniformiza tratamentos e atuações,

⁶⁴ MARTINS; MENDES, op. cit., p. 63-64.

⁶⁵ Ver KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 319.

⁶⁶ Nesse sentido, voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADC 1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.93, **DJU** 16.06.95.

impulsionar o processo civilizatório rumo ao bem-estar social, somente possível num ambiente democrático⁶⁷.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Jueces y constitución**. Madri: Civitas, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS; Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis Galiás de Souza. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 8, n. 30, p. 69-77, jan/mar. 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: SCHLAIH, Klaus et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: safe, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

CRUZ, Rômulo Lago e. Adin: Procurador-Geral do Estado. **O Estado do Maranhão**, São Luís, 18 maio 2004, Caderno Opinião, p. 4.

_____. A incidência das condições da ação na argüição de descumprimento de preceito fundamental *in abstracto*. In: _____. (Org.). **A realização do espaço constitucional**: homenagem ao Professor José Maria Ramos Martins. São Luís: Instituto UniSão Luís de Cultura e Cidadania; Faculdade São Luís, 2004.

_____. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: sistema aberto de legitimidade *ad causam*. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, São Luís, n. 10, p. 245-263, jan/dez. 2003.

⁶⁷ Nesse sentido, RAMOS, op. cit., p. 109.

FAVOREU, Louis. Los tribunales constitucionales. **La jurisdicción constitucional en iberoamerica**. Madri: Dykinson, 1997.

HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 31, n. 124, p. 115-133, out/dez. 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 1998.

JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Jurisdicção constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMBACH, Jutta. Función y significado del recurso constitucional en Alemania. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 3, jul/dic. 2000. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org> Acesso em: 27 jun. 2003.

MADLENER, Kurt. Efetividade do Tribunal constitucional alemão como protetor dos direitos da cidadania. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: a efetividade do processo constitucional como instrumento de cidadania. 2003, Recife. **Anais...**

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdicção constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdicção constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 2000.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: safe, 2003.

ROYO, Javier Perez. **Tribunal constitucional y división de poderes**. Madri: Tecnos, 1988.

RUPP, Hans G. El tribunal constitucional federal alemán. In: SCHLAIH, Klaus et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SCHLAIH, Klaus. El tribunal constitucional federal alemán. In: _____ et al. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. In: _____ ; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 1998.

DA COMPETÊNCIA E DOS LIMITES REGULAMENTADORES E DE FISCALIZAÇÃO DO TCE

*Cássius Guimarães Chat**

Resumo: Incursões sobre o Poder Regulamentador das Cortes de Contas, pontuando-se sobre as funções jurisdicional e administrativa, bem como sobre o perfil institucional com suas competências.

Palavras-chave: Funções do estado. Função jurisdicional. Jurisdição administrativa. Perfil institucional. Competências. Fiscalização de contas e atos regulamentares. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como pano de fundo os limites do poder regulamentar do Tribunal de Contas. Contudo, indispensável é que se aborde, mesmo que em linhas gerais, o perfil e o exercício da atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas, mormente a atividade de verificar a aplicação de recursos públicos e a operação escurrita das funções públicas a estes vinculadas. Portanto, torna-se necessário, socorrendo-se da Teoria das Funções do Estado

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e doutorando em Direito Constitucional - UFMG e Cardozo School of Law. Visiting Research Scholar Cardozo School of Law – Yeshiva University. Especialista em Direito e Sociedade – UFSC. Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do MP-MA. Membro da International Association of Prosecutors-IAP, da International Association of Constitutional Law-IACL, do Instituto de Ciências Penais-ICP, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais-ABPCP, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional-IBDC e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCrim. Agradecimentos ao colega Márcio Thadeu Silva Marques e à Administração Superior do Ministério Público Maranhense pela oportunidade ao debate. Texto produzido em janeiro de 2004 - Programa de Transparência Fiscal.

e Teoria Discursiva do Direito¹, situar o papel e o fim institucional do Tribunal de Contas no Estado Democrático Constitucional e, a par disso, analisar suas competências, em especial a fixação de regras.

2 DAS FUNÇÕES DO ESTADO: BREVES CONSIDERAÇÕES

As funções, ou atividades, desempenhadas pelo Estado encontram-se vinculadas ao exercício do “poder”, político, e, muitas vezes do poder fisiológico. Tais funções, enfim, imbricam-se com o exercício da soberania.

Nas diferentes perspectivas históricas de formação ou de experiência das organizações sociais com suas relações, aqui considerado o período a partir da passagem da fundamentação do direito *da transcendência para a razão*, observa-se que as funções do estado viram-se alocadas em

¹ “HABERMAS vê os cidadãos como livres e iguais na medida em que são os autores do sistema jurídico cujas normas a eles próprios se destinam, defendendo a existência de uma Constituição, bem como a constitucionalização dos direitos fundamentais.

Recorrendo-se às bases da Ação Comunicativa, verificar-se-á que esta se funda em um processo de interpretação cooperativo, no qual os participantes se referem consentaneamente a algo no mundo objetivo, no social ou/e no subjetivo. Assim, os conceitos referentes a estes mundos expressam os objetos tematizáveis pelos proferimentos; e, na medida que qualquer ação comunicativa se realiza num contexto amplo, emerge o conceito de mundo da vida, ou seja, emerge o horizonte contextual dos processos de entendimento que limita a situação da ação.

Em face da inexistência de garantias metassociais, os cidadãos devem chegar a um entendimento acerca de como devem regulamentar normativamente as suas relações. Em outras palavras, **o direito fornece a estrutura normativa que regula a interação entre cidadãos que se relacionam como estranhos.**

Em sentido habermasiano a integração normativa das democracias contemporâneas possui um duplo fundamento: a força resultante de um acordo racionalmente motivado e a ameaça de sanções. Ou seja, a ordem jurídica, simultaneamente, baseia-se na faticidade e na validade, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjuntamente negociado. **A validade do direito é constituída por dois componentes associados: o componente racional da exigência de legitimidade e o componente empírico da vigência do direito. Este se relaciona à realização (ato performativo) e aquele ao entendimento, revelado em uma ação comunicativa e não estratégica como possa parecer. Pois, a ação estratégica por ser direcionada ao êxito desconsidera as interações sociais enquanto ações coordenadas através de atos cooperativos de entendimento mútuo, pela realização de um acordo. A ação instrumental equivale-se à ação estratégica sem o elemento social”.** CHAI, Cássius Guimarães. A teoria da ação comunicativa e a legitimidade do direito como resultado construído pelas partes: o controle de constitucionalidade como indicativo de estado democrático de direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, São Luís, n. 10, p. 77, jan./dez. 2003.

dois grupos: governamentais e administrativas (estas compreendendo as funções administrativa, jurisdicional e regulamentar e aquelas as legislativa e governamental²); bem como, divididas em legislativa, executiva e jurisdicional. Houve ainda a postulação Kelseniana de que as funções estariam postas como jurídicas e não jurídicas.

Retornando a escrito alhures³, a grande reflexão política de Montesquieu⁴, que leva ao princípio da separação ou divisão de poderes, gira ao redor do conceito de liberdade, cujas diferentes acepções o autor investiga, fixando-se naquela de sua autoria, segundo a qual consiste a liberdade no direito de se fazer tudo quanto permitam as leis.

Depois de referir a liberdade política aos governos moderados, afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo. Vai o abuso até onde se lhe depararem limites. E para que não se possa abusar desse poder, faz-se necessário organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando-o por si próprio. De outra feita, afirma que a Inglaterra fez da liberdade política objeto de sua Constituição. E se propõe ainda a estudar os princípios sobre os quais assenta enquanto sistema a garantia da liberdade. O Constitucionalismo e o princípio do *Rule of Law* se põem nessa perspectiva, de limitar os poderes entre si, de limitar e responsabilizar os exercentes do próprio poder, **sob o estabelecimento anterior do direito válido**.

Discriminados os poderes em uma linha teórica de separação, segundo os fins a que se propõem, Montesquieu conceitua a liberdade política,

² Cf. MIRANDA, Jorge. **Funções, órgãos e actos de estado**: apontamentos de lições. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990. 532 p. Segundo o autor, o aspecto mais interessante desta visão é a colocação da lei na função governamental, considerada a unidade da ação governamental através de vários órgãos associados entre si.

³ CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989. p. 19. “É sobejamente conhecida a associação automática da doutrina da separação dos poderes ao nome de Charles de Montesquieu, ao capítulo VI do livro XI do seu *De l'Esprit des Loix* (1748), que tem por epígrafe '*De la Constitution d'Angleterre*'. Esta epígrafe não deixará de insinuar que Montesquieu terá sido influenciado na exposição da doutrina, quer pelos autores ingleses que já a haviam divulgado em Inglaterra (sobretudo Locke e Bolingbroke), quer pela própria realidade constitucional inglesa que, de algum modo, lhe (sic.) havia dado concretização.”

definindo-a como aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social. Entretanto, separação de poderes não quer dizer que eles, Poderes da República, por seus representantes momentâneos, não estejam sujeitos ao império do sistema de direito validamente construído⁵.

A liberdade estaria sempre presente, segundo o grande filósofo, toda vez que houvesse um governo em face do qual os cidadãos não abrigassem qualquer temor recíproco. E a liberdade política exprimiria sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcionasse às relações de indivíduo para indivíduo sob a égide da autoridade governativa.

Não se deve confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes. A divisão de poderes consiste em dar cada uma das funções governamentais a diferentes órgãos, ou seja, cada órgão é especializado no exercício de uma função. A função legislativa pertence ao poder legislativo, a executiva cabe ao poder executivo e a função jurisdicional cabe ao poder judiciário. Contudo, todos exercem atividades administrativas, legiferantes e de decisão. Além disso, cada órgão é independente dos outros, o que possibilita ausência de meios de subordinação.

Com as rupturas e redimensionamentos dos paradigmas de Estado⁶, das suposições das relações de poder e de representação do Estado de Direito para o Estado Social e, por fim, do democrático constitucional, o fundamento de validade do direito continua sendo o *locus* de conflito concreto do direito positivo, entre a liberdade e a igualdade na sociedade, ou seja, da legitimidade do exercício de Poder.

⁵ Ou seja, afirmar-se que o e.g. Supremo Tribunal Federal não possa verificar o processo legislativo quando, por um dos integrantes do parlamento, vier a ser suscitada questão de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, por texto ameaçador de lesão a preceito fundamental, sob o argumento de intervenção ilimitada e de matéria *interna corporis*, restringindo a provocação da Corte apenas quando houver reprodução de norma constitucional, é, no mínimo, desconhecer que norma não é apenas texto, mas o produto da aplicação deste ao caso que se quer ver examinado. O Argumento da “Excessiva intervenção” não guarda coerência e consistência com os fins de um sistema democrático, mas a intervenção, ou melhormente atuação, sempre que necessária. Se demasiada intervenção houver, certamente é porque muito desrespeito houvera.

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à constituição da república federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, São Luís, n. 9, p. 37-61, jan./dez. 2002.

Com a instauração da atual ordem constitucional em 1988, distribuídas as funções do Estado, sob a inspiração da teoria da separação dos poderes e do federalismo, e organizados os Poderes da República, na forma de governo representativo-democrático com o sistema presidencialista, manteve e consignou o constituinte originário novo perfil constitucional e institucional ao Tribunal de Contas, outorgando-lhe o perfil de independência funcional, mesmo quando atue em conjunto com o órgão legislativo, e as competências adiante expendidas.

2.1 Função Jurisdicional⁷

A função jurisdicional permite diminuir o âmbito da defesa privada, já que o Estado através do juiz faz valer a vontade concreta da lei, participando na solução dos conflitos de interesses⁸.

Numerosas e diversas são as exigências que apresenta a função jurisdicional, tornando-se necessário para sua efetivação a concorrência de muitos órgãos, cada um dos quais com um elenco de atribuições que depende de uma estruturação judicial eficiente. Essa variedade leva à pluralidade e especificidade de órgãos destinados ao exercício da função jurisdicional: pluralidade de graus de jurisdição; variedade de tipos de tribunais de primeiro e segundo grau; multiplicidade de tribunais de cada tipo; e, a existência dos Tribunais especiais.

É através desta função que o Estado aplica o direito objetivo possibilitando meios e instrumentos que tornam possível a manutenção do ordenamento jurídico consagrado e a sua eficácia.

O conceito de jurisdição é plurívoco. E embora não comporte divisões ou fracionamentos, pode haver ocorrência de peculiares espécies de jurisdição. – Entre as quais aquela exercida pelas Cortes de Contas, Tribunais e Conselhos.

⁷ BURDEAU, George; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Manuel droit constitutionnel**. 24. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 148-154; CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del estado**. 2 ed. México: UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 680-739.

⁸ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 55.

Alguns doutrinadores apresentam as espécies de acordo com a diversidade da matéria, a gradação dos órgãos que a exercem, ou o seu objeto⁹.

O aparecimento da jurisdição especial torna-se mais tranqüilo em regime de exceção, sem que se possa justificar que tal tendência decorra dos defeitos dos institutos da justiça ordinária.

2.1.1 Jurisdição Administrativa

A consagração da jurisdição administrativa¹⁰, além de atender à conveniência da especialização dos Tribunais, serve para corrigir as distorções da administração estatal, com a possibilidade da defesa dos direitos públicos e dos indivíduos, tendo em vista as relações que ocorrem do exercício do poder pelo administrador público com o administrado. Surge quando o litígio que deve ser decidido, ou composto e solucionado tem o caráter administrativo. Logo, a tutela que para esse fim é exercida pelo Estado opera-se por essa via jurisdicional.

⁹ J. J. Calmon de Passos aceita determiná-las quanto à sua origem (eclesiástica, senhorial, federal, estadual, legal ou permanente, convencional ou momentânea); quanto à matéria (civil ou penal); quanto à sua forma (contenciosa e voluntária); apresentando as jurisdições ordinária, comum ou geral e a extraordinária ou especial. Em outras espécies, leva-se em consideração o critério da gradação, que se materializa através de uma jurisdição inferior e outra superior, feita por meio de órgãos que apreciam recursos interpostos em jurisdição de primeiro grau. Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. **Da jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957. p. 42.

¹⁰ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 76; Cf. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 579 p.; LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 170 p.; Cf. POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 293 p.; SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **O controle de constitucionalidade e o senado**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33-163; Id. **Princípio democrático e estado legal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33-68; Cf. CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987; Cf. SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**: emenda constitucional n. 03/93; relações das formas de democracia com os regimes econômicos; supremacia da constituição; princípio da proporcionalidade; controle de constitucionalidade; natureza jurídica; medida cautelar; sujeitos e intervenientes; eficácia da decisão. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 201 p.; Cf. HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 21-116.

Nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito (**Rule of Law**), que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva.

Todos os atos da administração devem ser controlados¹¹, divergindo ou variando os Estados (princípio do federalismo) na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação. De acordo com essa orientação, surgem os sistemas de unidade de jurisdição, dualidade de jurisdição ou as fórmulas mistas.

O controle das atividades estatais toma formas e aspectos diversos, assumindo o caráter jurisdicional ou não. A esse respeito, Rosah Russomano¹² relaciona as maneiras sob as quais ele aparece: controle administrativo; controle legislativo; e, controle jurisdicional (pela jurisdição comum e pela jurisdição especial).

- O controle jurisdicional desenrola-se através de órgãos independentes da administração, cuja função é manter a ordem jurídica;
- O controle administrativo tem como base a estrutura hierarquizada dos órgãos administrativos.

Como dito, o judicial é feito por órgãos independentes em relação à administração, e mesmo o político, através do poder legislativo, são considerados, muitas vezes, como insuficientes para permitir ao cidadão fazer valer, perante a Administração Pública, seus direitos e interesses legítimos. Nem sempre são meios para conter a multifacetada ação administrativa em seus limites legais.

A atividade administrativa, mesmo nessa forma de controle, atinge particularidades decorrentes de suas funções, que demandam complexas incursões, pelo alcance da noção de jurisdição administrativa e suas competências.

¹¹ BARACHO, José de Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 19, n. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.

¹² Cf. RUSSOMANO, Rosah. Controle jurisdicional dos atos administrativos e a constituição vigente. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 27, n. 22, out., 1979.

Os fundamentos da jurisdição administrativa, devido às prerrogativas da administração e à garantia dos direitos individuais, assumem particular relevo, na resolução dos conflitos. A jurisdição administrativa, ao atuar na defesa do interesse público, como típica instituição do Estado de direito, possibilita melhorar o relacionamento jurídico com as pessoas, porquanto procura resolver as pendências que ocorrem.

Nessa alheta, o Tribunal de Contas, para prestar essa jurisdição de controle e fiscalização, tem a si asseguradas outras competências, de natureza constitucional, quais sejam: a de regular a forma, o prazo determinando a juntada de documentos na feitura dos autos sob exame; realizar, por iniciativa própria, da Assembléia Legislativa, de Comissão Técnica ou de Inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelos Poderes Públicos Estadual e Municipal e as contas daqueles que derem causa a perda e extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário do Estado ou dos Municípios; julgar as contas das Mesas das Câmaras Municipais, bem como as contas de pessoas ou entidades responsáveis por dinheiro, bens e valores dos Municípios; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Municípios e a entidades públicas; fiscalizar a distribuição da cota-parte pertencente aos municípios, arrecadada pelo Estado, do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, promovendo a publicação oficial dos índices e valores; **e dentre as demais decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento. – Inclusive o controle de constitucionalidade é-lhe figurado no exercício da sua jurisdição, ex vi do art. 2º. Inc IX do Regimento Interno do TCE-MA e.g. (IX - apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público, na área de sua competência) e art. 50 da Lei Orgânica Estadual TCE *verbo ad verbum.***

3 DO PERFIL INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O perfil institucional do Tribunal de Contas revela tanto aspectos próprios de quem exerce a atividade jurisdicional quanto a atividade fiscalizadora, agindo quer de ofício quer por provocação, mediante determinação constitucional. Sua natureza, em termos amplos, é de controle externo das atividades administrativas julgando as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, decidindo sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Seus componentes gozam de semelhantes garantias e prerrogativas funcionais daqueles da Superior Corte de Justiça quanto àquelas deferidas aos Desembargadores nos entes da federação, bem como aplicam-se-lhes as vedações e os impedimentos impostos a esses.

Os Tribunais de Contas integram a estrutura da União ou dos Estados e, excepcionalmente, dos Municípios e sua alta posição de permeio entre os poderes Legislativo e Executivo, sem sujeição a nenhum deles, é de relevância para o controle da legalidade e da moralidade das contas públicas.

Os arts. 70 a 75 da **Lex Legum** deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, **detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo.** O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no

ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei nº 4.320/64. Por isso é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Logo, o Prefeito é o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos sob sua tutela, devendo prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas.

4 DAS COMPETÊNCIAS DO TCE: DA FISCALIZAÇÃO DE CONTAS E ATOS REGULAMENTARES

A lei 8443/92, ao organizar e determinar as competências do Tribunal de Contas da União¹³, recepcionadas, *mutatis mutandis*, na lei orgânica

¹³ Art. 3º. Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade. E Art. 5º. A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do artigo 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumas obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

estadual em vigor no Estado do Maranhão, cometeu-lhe as seguintes competências¹⁴ dentre inúmeras outras: a de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na assembleia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

Cf. INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 35, DE 23 DE AGOSTO DE 2000.

¹⁴ Art. 1º I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das entidades referidas no inciso anterior;

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 36 desta lei;

IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no regimento interno;

V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no regimento interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos;

das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; e a de proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das entidades antes referidas.

VII - emitir, nos termos do § 2º do art. 33 da Constituição Federal, parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no regimento interno;

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta lei;

X - elaborar e alterar seu regimento interno;

XI - eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse;

XII - conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses;

XIII - propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

XIV - organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no regimento interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente;

XV - propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções de quadro de pessoal de sua secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração;

XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta lei;

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno.

1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, de legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

3º Será parte essencial das decisões do Tribunal ou de suas Câmaras:

I - o relatório do Ministro-Relator, de que constarão as conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da unidade técnica), e do Ministério Público junto ao Tribunal;

II - fundamentação com que o Ministro-Relator analisará as questões de fato e de direito;

III - dispositivo com que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo.

Se os TC's não pudessem estabelecer procedimentos autonomamente ficaria inviabilizada até mesmo a consecução de sua função de auditoria. Como realizar a auditoria de desempenho operacional? O que seria essa auditoria?¹⁵ Fossem dispensáveis os conhecimentos técnicos, ou mesmo engessados no formalismo, o controle dos abusos e dos desvios estaria fadado ao insucesso. De outra sorte o princípio da segurança jurídica reside não em se legislar sobre toda ação, mas assegurar aos implicados pelos provimentos jurisdicionais, executivos, legislativos e administrativos, a ampla defesa e o contraditório, garantidos pelo *rule of law*.

¹⁵ Em rápida referência ao Manual de Auditoria de Natureza Operacional – Portaria 144 do TCU de 10 de Julho de 2000, a auditoria de desempenho operacional está voltada para o exame da ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia e tem como foco principal os seguintes aspectos: como os órgãos e entidades públicas adquirem, protegem e utilizam seus recursos; as causas de práticas antieconômicas e ineficientes; o cumprimento das metas previstas; a obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão. Portanto, o foco da auditoria de desempenho operacional é o processo de gestão nos seus múltiplos aspectos – de planejamento, de organização, de procedimentos operacionais e de acompanhamento gerencial, inclusive quanto aos seus resultados em termos de metas alcançadas. Ao se proceder a uma auditoria de desempenho operacional, podemos utilizar três abordagens, de acordo com o problema e as questões que se pretende examinar: análise da estratégia organizacional, análise da gestão e análise dos procedimentos operacionais. A primeira abordagem – análise da estratégia organizacional – envolve, basicamente, os seguintes aspectos: o cumprimento da missão definida em lei; a adequação dos objetivos estratégicos às prioridades de Governo; a identificação dos principais produtos, indicadores de desempenho e metas organizacionais; a identificação dos pontos fortes e fracos da organização, e das oportunidades e ameaças ao desenvolvimento organizacional; a existência de superposição e duplicação de funções. A segunda abordagem, denominada análise da gestão, abrange as seguintes questões: a adequação da estrutura organizacional aos objetivos do órgão ou entidade; a existência de sistemas de controle adequados, destinados a monitorar, com base em indicadores de desempenho válidos e confiáveis, aspectos ligados à economicidade, à eficiência e à eficácia; o uso adequado dos recursos humanos, instalações e equipamentos voltados para a produção e prestação de bens e serviços na proporção, qualidade e prazos requeridos; a extensão do cumprimento das metas previstas pela administração ou legislação pertinente. A terceira abordagem – análise dos procedimentos operacionais – está voltada para o exame dos processos de trabalho e pode envolver a análise dos seguintes fatores: a existência de rotinas e procedimentos de trabalho documentados e atualizados; o cumprimento das práticas recomendadas pela legislação para aquisição de bens e serviços; a adequação das aquisições no que se refere aos prazos, à quantidade, ao tipo, à qualidade e aos preços; a guarda e manutenção dos bens móveis e imóveis.

Registra-se, por oportuno, que considerada a variedade de receitas e convênios, contratos e atos de gestão, impõe-se ao Tribunal¹⁶ que adote diferentes procedimentos, controlador e fiscalizador, para casos distintos. Toma-se de exemplo a INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 36, DE 06 DE SETEMBRO DE 2000, que Dispõe sobre os procedimentos para a fiscalização do cumprimento do artigo 212 da Constituição Federal, no artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e nas Leis nºs 9.394/96 e 9.424/96 no âmbito federal, que na exposição de motivos enceta:

O Tribunal de Contas da União, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, e considerando que assiste ao Tribunal, no âmbito de sua competência e jurisdição, o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade, nos termos do previsto no artigo 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

O art. 48 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão por seu turno dispõe competir-lhe, na forma da lei, a apreciação das contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado e **pelos Prefeitos Municipais**, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em 60 (sessenta) dias, a contar do seu recebimento (*Redação dada pela Lei nº 5.764/93*) e o **juízo** das contas dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelos Poderes Públicos Estadual e Municipal e as contas daqueles que derem causa à perda e extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário do Estado ou dos Municípios (*Redação dada pela Lei nº 5.764/93*).

¹⁶ O próprio Tribunal de Contas da União, ao emitir a Súmula 103 TCU, deixa evidente um outro princípio, dentro de suas competências, o da subsidiariedade, ao determinar que: na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de **Contas** da União, as disposições do Código de Processo Civil.

Tal como os Tribunais de Justiça, nos entes da federação, assim como as cortes superiores, na União, os Tribunais e Conselhos de Contas detêm, como dito, competências que lhes são exclusivas, dentre as quais determinar os requisitos para recebimento de contas a serem prestadas e julgadas, bem assim para o funcionamento administrativo de suas atividades e ou funções.

Inequívoco que os limites regulamentares ou normativos postos ao exercício da função atribuída aos Tribunais de Contas são os mesmos exigidos dos Poderes e dos exercentes de função pública, qual seja a observância dos comandos constitucionais e infraconstitucionais, bem assim a preservação do sistema jurídico, *in casu*, democrático e participativo, na criação e na aplicação de dispositivos legais, fundamentando adequadamente suas decisões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 50 do estatuto orgânico do TCE Maranhense dispõe em seu inciso XVI que **competete ao Tribunal de Contas do Estado expedir normas e instruções sobre prazos e forma de apresentação das prestações de contas e dos documentos que as deverão instruir. Nesse sentido, capitula o regimento interno daquela Corte de Contas que, nos termos da Constituição Estadual e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 5.531, de 05 de novembro de 1992, alterada pela Lei nº 5.764, de 12 de agosto de 1993, compete-lhe apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado e pelos Prefeitos Municipais, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento, e julgar as contas dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelos Poderes Públicos Estadual e Municipal e as contas daqueles que derem causa à perda e extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário do Estado ou dos Municípios, podendo consoante o art. 2º. Inc. XV, “expedir normas e instruções sobre prazos e forma de apresentação das prestações de contas e dos documentos que as deverão instruir”**.¹⁷

¹⁷ Esta competência é igualmente reconhecida ao TCU quer pela sua Lei Orgânica quer em outros estatutos como no MANUAL DE NORMAS E PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS - MNPO – FCVS, criado

Nesse sentido, consagrando a validade do direito e o discurso de justificação e de aplicação democráticos e constitucionalmente adequados, não apenas pode o Tribunal de Contas requerer, através de Resolução, Instrução Normativa ou Portaria, forma específica para prestação de contas e de documentos que entenda necessários a sua instrução, inclusive sob exercícios anteriores¹⁸, como no âmbito de sua competência e jurisdição, desse poder regulamentar, de expedir atos e instruções normativas sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, como seu cumprimento está obrigado, sob pena de responsabilidade, à aplicação das sanções previstas no seu Regimento por quem inobservá-lo.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José de Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 19, n. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.

BURDEAU, George; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Manuel droit constitutionnel**. 24. ed. Paris: LGDJ, 1995.

CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del estado**: 2. ed. México: UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001.

pela Resolução nº 25, de 16 de junho de 1967, do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação - BNH e ratificado pela Lei nº 9.443, de 14 de março de 1997, como **e.g. disposto em seu Item 2.3 i) elaborar a prestação de contas do FCVS, segundo normas e critérios definidos pelo Tribunal de Contas da União - TCU e pelo CCFCVS.**

¹⁸ Cf. Lei 9533 de 1997 na hipótese do art. 4º § 7º Os Municípios manterão em seus arquivos, em boa guarda e organização, pelo prazo de cinco anos, contados da data de aprovação da prestação de contas do concedente, os documentos a que se refere o § 3º, juntamente com todos os comprovantes de pagamentos efetuados às famílias, na forma desta Lei, e estarão obrigados a disponibilizá-los, sempre que solicitado, ao Tribunal de Contas da União - TCU, ao FNDE, ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo da União e ao conselho de acompanhamento e avaliação do PGRM.; na hipótese do art. 2º. § 4º, da lei 9531/97, vinculando ao ato realizado e não ao exercício "Fica o BNDES autorizado a alienar as ações vinculadas ao FGPC, devendo encaminhar os demonstrativos de prestação de contas relativos a cada alienação ao Tribunal de Contas da União - TCU".

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à constituição da república federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, São Luís, n. 9, p. 37-61, jan./dez. 2002.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. A teoria da ação comunicativa e a legitimidade do direito como resultado construído pelas partes: o controle de constitucionalidade como indicativo de estado democrático de direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**: Juris Itinera, São Luís, n. 10, p. 77, jan./dez. 2003.

CORRÊA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal**: Corte Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional**: instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 579 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 21-116.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 170 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Funções, órgãos e actos de estado**: apontamentos de lições. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990. 532 p.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Da jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 293 p.

RUSSOMANO, Rosah. Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e a Constituição Vigente. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 27, n. 22, out. 1979.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **O controle de constitucionalidade e o senado**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Princípio democrático e estado legal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**: emenda constitucional n. 03/93; relações das formas de democracia com os regimes econômicos; supremacia da constituição; princípio da proporcionalidade; controle de constitucionalidade; natureza jurídica; medida cautelar; sujeitos e intervenientes; eficácia da decisão. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 201 p.

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual editado pela Procuradoria Geral de Justiça destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros operadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As idéias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos serão redigidos em português, no impessoal e encaminhados em duas vias juntamente com o arquivo em disquete, em formatação Word for Windows: papel A4; espaço simples; fonte Times New Roman; corpo 12 em no máximo 15 laudas;
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, caso necessário;
8. As obras citadas no texto e as notas explicativas, devem seguir o sistema numérico (notas de rodapé) de acordo com a ABNT;
9. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão
Coordenação da Biblioteca
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA - CEP: 65.010-120
Tel.: OXX(98) 3219-1656
Fax: OXX(98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@pgj.ma.gov.br

