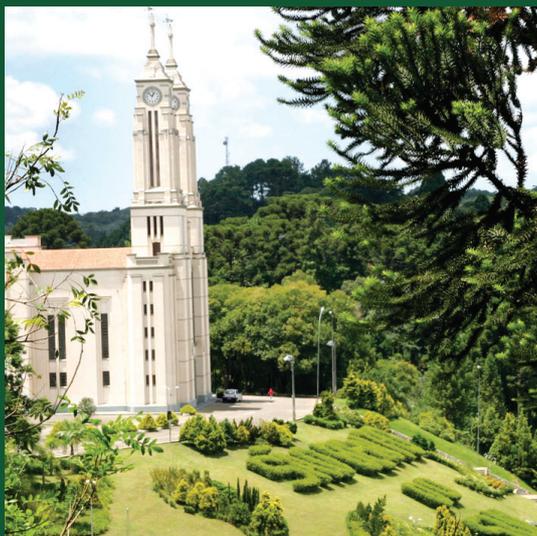

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V.7 n. 16, jan./jun. 2010

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 7, n. 16, janeiro/junho 2010
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 1 - 284	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Raulino Jacó Brüning
Gustavo Viviani de Souza
Eduardo Sens dos Santos
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Maury Roberto Viviani
Rejane Gularte Queiroz

**As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint (CRB 14/384)

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de Santa
Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. -
v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis : PGJ : ACOMP,
2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,
2009.

v. 7, n. 16, jan./jun. 2010.

ISSN 1981-1683

I. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II.
Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Tatiana Wippel Raimundo

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: nov. 2010

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro - Florianópolis - SC
CEP 88015-240
(48) 3224.4600 e 3224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva - R. Bocaiúva, 1.750
Centro - Florianópolis - SC
CEP 88015-904
(48) 3229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Gladys Afonso

Secretária-Geral do Ministério Público

Cristiane Rosália Maestri Böell

Grupo Especial de Apoio ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Gladys Afonso – *Coordenadora*

Raul Schaefer Filho

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Carlos Alberto de Carvalho Rosa

Alex Sandro Teixeira da Cruz

Leonardo Henrique Marques Lehmann

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobel Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão

Ricardo Francisco da Silveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano – *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Presidente: Gercino Gerson Gomes Neto

Paulo Ricardo da Silva

Humberto Francisco Scharf Vieira

Jacson Corrêa

Pedro Sérgio Steil

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Secretária: Cristiane Rosália Maestri Böell

Corregedor-Geral do Ministério Público

Paulo Ricardo da Silva

Subcorregedora-Geral do Ministério Público

Lenir Roslindo Piffer

Promotor de Justiça Secretário da Corregedoria-Geral

Ivens José Thives de Carvalho

Promotores de Justiça Assessores do Corregedor-Geral

Eliana Volcato Nunes

Monika Pabst

Marcelo Wegner

Thais Cristina Scheffer

Coordenadoria de Recursos

Tycho Brahe Fernandes - Coordenador

Promotores Assessores do Coordenador de Recursos

Laudares Capella Filho

Rodrigo Silveira de Souza

Ouvidor

Guido Feuser

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Gustavo Viviani de Souza - Diretor

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Luiz Fernando Góes Ulysséa - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade

Raulino Jacó Brüning - Coordenador-Geral

Mauro Canto da Silva - Coordenador



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Rodrigo Cunha Amorim - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional Criminal

César Augusto Grubba - Coordenador-Geral

Onofre José Carvalho Agostini - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Priscilla Linhares Albino - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas

Robison Westphal - Coordenador-Geral

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Inteligência e Dados Estruturados

Rafael de Moraes Lima - Coordenador de Contra-Inteligência e Segurança Institucional

Adalberto Exterkötter - Coordenador de Assessoramento Técnico

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Investigações Especiais

Benhur Poti Betiolo - Coordenador Regional de Investigações Especiais de Chapecó

Andrey Cunha Amorim - Coordenador Regional de Investigações Especiais de Joinville

Eduardo Paladino - Coordenador Regional de Investigações Especiais de Criciúma

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto - Coordenador-Geral

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Ricardo Paladino - Coordenador-Geral

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Rafael de Moraes Lima - Coordenador-Geral



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Rui Carlos Kolb Schiefler

Vice-Presidente

Rogério Ferreira

Secretário

Eduardo Sens dos Santos

Diretor Financeiro

Durval da Silva Amorim

Diretor de Patrimônio

Ary Capella Neto

Diretora Cultural e de Relações Públicas

Lara Peplau

Diretor Administrativo

Fabiano Henrique Garcia

Diretora da Escola

Walkyria Ruicir Danielski

Conselho Fiscal

Cid Luiz Ribeiro Schmitz
César Augusto Grubba
Paulo César Ramos de Oliveira
Ivens José Thives de Carvalho
Valberto Antônio Domingues

Conselho Consultivo

Marcus Vinicius Ribeiro de Camillo
Fabiano David Baldissarelli
Luís Susin Marini Junior
Jean Pierre Campos
Andrey Cunha Amorim
Havah Emília Mainhardt
Gustavo Mereles Ruiz Diaz
André Braga De Araújo
Alexandre Herculano Abreu
Raul de Araujo dos Santos
Ruy Wladimir Soares De Sousa
Fábio Fernandes De Oliveira Lyrio
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Márcia Denise Kandler Bittercourt Massaro

ARTIGOS

Toque de Recolher: do clamor da sociedade à afronta à legislação brasileira 9

Priscilla Linhares Albino

Ricardo Paladino

Algumas Linhas Sobre a Atuação do Ministério Público na Efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente 25

Geovani Werner Tramontin

Direitos Humanos e Constituição: Interações Normativas e a Perspectiva do Transconstitucionalismo 43

Maury Roberto Viviani

Constituição: Fundamentos de sua Imprescindibilidade para a Preservação dos Direitos de Liberdade 71

Isaac Sabbá Guimarães

O Ministério Público tem Direito ao Contraditório em Habeas Corpus 127

Eduardo Sens dos Santos

O Direito Fundamental à Segurança Contra Incêndio: Reserva do Possível ou Concretização Imediata? 141

Charles Fabiano Acordi

Discurso Law and Economics e a Soberania do Mundo Moderno: A Crise do Estado Nacional e a Teoria do Garantismo Jurídico em Ferrajoli..... 175

Lili de Souza

Márcio Ricardo Staffen

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

A responsabilização dos agentes políticos na reedição de leis e atos normativos inconstitucionais.....	195
<i>Raulino Jacó Brüning</i>	
<i>Eduardo de Carvalho Rêgo</i>	
Passado Sujo não dá futuro. Vote limpo.....	225
<i>Affonso Ghizzo Neto</i>	
Organização Criminosa – Tipo Penal?.....	243
<i>Jiskia Sandri Trentin</i>	
Imputação Objetiva: A Utilização do Princípio da Confiança no Âmbito dos Delitos Culposos de Trânsito.	251
<i>Leilane Serratine Grubba</i>	
Conflito Negativo de Atribuições Entre Membros do Ministério Público: Quem Deveria Conhecer e Decidir?.....	265
<i>Rômulo de Andrade Moreira</i>	

TOQUE DE RECOLHER: DO CLAMOR DA SOCIEDADE À AFRONTA À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Priscilla Linhares Albino

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Coordenadora-Geral do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude*

Ricardo Paladino

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa*

SUMÁRIO

Introdução – 1. Breves considerações sobre o histórico do “toque de recolher” e a situação da infância e adolescência no Brasil nos dias atuais – 2. A contrariedade da medida restritiva à Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – Conclusão - Referências bibliográficas

RESUMO

A mídia tem noticiado, amplamente, nos últimos tempos, a implantação em alguns municípios brasileiros do “toque de recolher” para crianças e adolescentes, medida que, conforme se denota de sua própria nomenclatura, veda a circulação do público infantoadolescente depois de determinado horário.

Atendendo ao clamor popular, referentes medidas vêm sendo instituídas por meio de Portaria do Poder Judiciário ou através de Lei

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 9 - 24	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	-----------	----------------

Municipal, pelas quais fica determinado que as polícias Civil e Militar abordem os menores de 18 anos, desacompanhados de responsáveis, que sejam encontrados nas ruas após o horário noturno estipulado e os encaminhe para o Conselho Tutelar ou para suas residências.

Esquece-se, porém, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, garantindo-lhes todos os direitos fundamentais, entre eles, o direito de ir, vir e permanecer; e que nenhuma Portaria, ainda que expedida pelo Poder Judiciário, ou Lei Municipal, editada pelos Municípios, tem o condão de suspender ou contrariar dispositivo constitucional ou legal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à liberdade. Toque de recolher. Portaria. Lei Municipal.

INTRODUÇÃO

A restrição às garantias de liberdade no Brasil não é fato novo. Cuida-se de tolhimento já conhecido pela população brasileira que, nos “Anos de Chumbo”, testemunhou a ditadura militar, época em que foram utilizadas medidas coercitivas e restritivas de liberdade ao argumento de proteção da sociedade.

Invocando a memória ditatorial e em um flagrante retrocesso às conquistas de nosso país na área do Direito da Criança e do Adolescente, traz-se, para o ordenamento atual, medida restritiva de liberdade denominada “toque de recolher”, em total afronta ao disposto no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Ocorre que, se tal restrição estivesse ocorrendo sob a égide do Código de Menores de 1979, revogado pelo art. 267 da Lei n. 8.069/1990, por certo não resultaria em estranheza. Diz-se isso em razão de, àquela época, estar cunhada a Doutrina da Situação Irregular, a qual não reconhecia a criança e o adolescente como sujeitos de direitos elementares à pessoa humana, mas, sim, como mero objeto de intervenção do Estado.

Entretanto, não se pode olvidar que, com o advento não só dos direitos fundamentais previstos na CRFB/1988, mas também do precei-

tuado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em seu art. 3º,

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Não fosse isso, tem-se, ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que é tratado internacional, da qual o Brasil é signatário, que dispõe, em seu art. 16, que

1. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. 2. A criança tem o direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.

Vê-se, dessa forma, que as portarias judiciais que implementam o “toque de recolher” são práticas arbitrárias, que caminham em direção oposta à traçada pela Lei n. 8.069/1990. Contrariam, dessa forma, o rol taxativo, e não meramente exemplificativo, previsto no art. 149, incs. I e II, do ECA, donde se infere que a competência para a expedição de Portarias e Alvarás em nada se confunde com competência legislativa, de modo que a faculdade do magistrado para disciplinar e autorizar as situações previstas nas alíneas dos incisos I e II, do referido artigo, restringe-se à aplicação das normas estatutárias à situação em concreto.

Leis municipais, da mesma forma, não podem estabelecer a referida medida. E isso porque são materialmente inconstitucionais, porquanto a restrição imposta pela legislação colide frontalmente com o art. 5º, inc. II, da CRFB/88, que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, ainda, com o inciso XV, donde se infere a garantia à liberdade de locomoção do cidadão. Decorre, assim, da conjunção dos incisos supramencionados, que nenhuma lei ordinária, sob eiva de inconstitucionalidade, poderá restringir o direito de locomoção das pessoas, exceto naqueles casos já ditados pela Carta Constitucional.

Nessa senda, entende-se que portarias judiciais genéricas e, mais ainda, leis municipais que versem sobre o “toque de recolher”, estabelecendo restrições ao direito de ir, vir e permanecer do público infantojuvenil, assim como seu recolhimento ou encaminhamento de forma indevida, irregular ou ilegal, tratam-se de medidas atentatórias aos preceitos constitucionais e legais acima apontados, mormente porque são discriminatórias e desrespeitam o direito à liberdade, ferindo os princípios da dignidade, do respeito e do desenvolvimento da pessoa humana, uma vez que coloca sob suspeita, de maneira generalizada, todas as crianças e os adolescentes.

Há que ser lembrado, a todo tempo, que no Estado Democrático de Direito a liberdade é direito fundamental extensível a todos, de modo que ninguém pode ser considerado culpado por ato infracional que não cometeu, por ser diferente dos demais ou, ainda, simplesmente, por ser menor de dezoito anos.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O HISTÓRICO DO “TOQUE DE RECOLHER” E A SITUAÇÃO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA NO BRASIL NOS DIAS ATUAIS

Ao longo da história percebe-se que a atuação de todos aqueles envolvidos na implementação do “toque de recolher” foi caracterizada pelo teor de limpeza social, perseguição e criminalização de seres humanos, sob o manto de suposta proteção.

Referida medida é típica dos Estados autoritários, marcados pela intolerância, pela discriminação e pela separação dos diferentes do convívio social, sendo, portanto, incompatível com o espírito do Estado Democrático de Direito.

Como medida típica de regimes ditatoriais, em que a liberdade das pessoas é suplantada em prol do rigoroso controle estatal, o “toque de recolher” não se coaduna com a Carta Constitucional vigente no Brasil, intitulada de Constituição Cidadã.

Entre 1964 e 1985, período de ditadura militar conhecido como “Os Anos de Chumbo”, o Brasil, sob os mesmos pretextos de conferir segurança à população e coibir atos de desordem, experimentou os efei-

tos de “toques de recolher”, que limitavam horários e locais para a livre circulação das pessoas. Se há quem defenda que, nesse período, houve sensível diminuição nos índices de criminalidade, esquecendo-se que os crimes mais graves passaram a ser praticados pelo próprio Estado, nítido é que a população nunca foi alvo de tanta opressão, sendo certo que tal medida não deixou saudades.

À época, vigorava no país o primeiro Código de Menores (conhecido como Mello Matos), sendo um outro, em moldes semelhantes, editado pela ditadura militar em 1979. Nesses tempos, os doutrinadores do Direito do Menor, segundo Sêda (2009), diziam que estavam *abolidos* os princípios gerais de Direito para *os menores*. Com fulcro nesta argumentação, e no art. 8º da referida legislação, podiam os juízes, “ao seu prudente arbítrio” determinar medidas que entendessem as mais adequadas e “se demonstrassem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor”.

Contudo, com a evolução do Direito da Criança e do Adolescente e com o advento da Lei n. 8.069/1990, tida como uma das legislações mais avançadas nessa área em todo o mundo, há que se fazer uma reavaliação do proceder dos atores do Sistema de Garantia de Direitos que continuam agindo sob a sombra do menorismo.

E, nesse caso, a referência se aplica a juízes que, em pleno Século XXI, continuam expedindo portarias para regulamentar, de forma genérica, o direito de ir, vir e permanecer de meninos e meninas brasileiros.

Há que ser salientado, contudo, que não se está defendendo, aqui, o posicionamento de que a criança e o adolescente poderão permanecer em situação de abandono nas ruas em qualquer horário – dia ou noite. Entretanto, para as situações não só de risco real, mas de vulnerabilidade social, diagnósticos devem ser feitos pelos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, assim como pelas Secretarias de Assistência Social, devendo os governantes municipais implementar, posteriormente, políticas sociais básicas, políticas sociais assistenciais em caráter supletivo e programas de proteção especial, primordialmente nas áreas da saúde, da educação e da cultura, em cumprimento às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê diversas medidas de proteção (a crianças, adolescentes e seus pais ou responsáveis), não sendo necessários recursos outros, como, por exemplo, o “toque de recolher”.

Faz-se importante, nesse contexto, que se mude a direção do olhar e que se compreenda, de uma vez por todas, que quem está em situação irregular é o adulto que se omite na fiscalização, no diagnóstico e na implementação de políticas públicas em prol do público infantojuvenil, que, não custa lembrar, é sujeito de direitos, e não meninos e meninas brasileiros que se encontram nas ruas em horário noturno.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, em parecer¹ claramente contrário à medida, assim se posicionou quanto a esse aspecto:

Conforme os motivos acima elencados, o Toque de Recolher contraria o ECA e a Constituição Federal. É uma medida paliativa e ilusória, que objetiva esconder os problemas no lugar de resolvê-los. As medidas e programas de acolhimento, atendimento e proteção integral estão previstas no ECA, sendo necessário que o Poder Executivo implemente os programas; que o Judiciário obrigue a implantação e monitores a execução e que o Legislativo garanta orçamentos e fiscalize a gestão, em inteiro cumprimento às competências e atribuições inerentes aos citados Poderes.

Nesse sentido, deve ser enfatizado que a proteção da infância e da adolescência brasileiras passa, necessariamente, pelo fortalecimento do Sistema de Garantia de Direitos, em especial por meio da atuação coordenada de todos os atores que compõem a Rede de Proteção, e não através da coerção e da restrição de direitos, consoante ocorre com a implementação da medida em questão.

Saliente-se, ainda, que a apreensão da criança e do adolescente com esteio em medidas como o “toque de recolher” é situação que importa em constrangimento, vexame e humilhação, contrariando os termos dos artigos² 15, 16, 17 e 18 da Lei n. 8.069/1990. Ademais, além de se tratar

1 A nota de posicionamento contra o Toque de Recolher pode ser lida na íntegra no endereço <http://www.direitosdacrianca.org.br/midia/posicionamentos/nota-de-posicionamento-contra-toque-de-recolher>.

2 Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

de prática ilegal e inconstitucional, consoante explana Digiácomo (2009):

[...] à luz do ordenamento jurídico vigente, vale dizer que caso os referidos ‘toques de recolher’ sejam acompanhados da apreensão de adolescentes que descumpram suas disposições, poderá restar caracterizado, por parte dos responsáveis por sua *apreensão ilegal*, o crime tipificado no art. 230, da Lei 8.069/90, que somente permite a privação de liberdade de criança ou adolescente que se encontre em flagrante de ato infracional ou mediante ordem legal, expressa e fundamentada de autoridade judiciária competente (o que não é o caso, logicamente, de uma portaria manifestamente ilegal e inconstitucional, expedida fora do âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e da Juventude). (p. 199)

E não é só. Em se tratando de co-responsabilidade, estabelecida constitucionalmente, entre família, sociedade e Estado, não se pode impor e cobrar somente do Estado as suas obrigações.

Aos pais negligentes e omissos restaram delineados pelo Código Civil de 2002, nos artigos 1.637 e 1.638, os casos em que terão suspenso e aqueles em que perderão o seu poder familiar. Na esfera criminal, da mesma forma, pais e mães poderão ser punidos por crimes estabelecidos no Código Penal, tais como o abandono material (art. 288) e o abandono intelectual (art. 246). Contudo, muito mais do que punir, deve-se criar nos Municípios, em cumprimento ao artigo 90, inciso I, do

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

ECA, programas de orientação e apoio sociofamiliar, nos quais deverão existir profissionais especializados, entre eles psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e advogados, para encaminhar e proteger aqueles que necessitem.

E é por todo o caminhar da história referente aos direitos de crianças e adolescentes que se pode afirmar que medidas que se assemelhem ao “toque de recolher”, sendo denominadas dessa forma ou não, contrariam frontalmente os princípios consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pela Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959 e pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990.

2. A CONTRARIEDADE DA MEDIDA RESTRITIVA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A CRFB/88, ao quebrar o paradigma estabelecido pela cultura menorista no Brasil – Situação Irregular do Menor, reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, garantindo-lhes todos os direitos fundamentais, entre eles, o direito de ir, vir e permanecer – Proteção Integral à Criança e ao Adolescente.

Diante de tais disposições constitucionais, seguiu-se a Lei n. 8.069/1990 que, instituindo o Estatuto da Criança e do Adolescente, materializou, segundo Sotto Maior, proposta de conferir atenção diferenciada à população infantojuvenil, rompendo com o mito de que a igualdade resta assegurada ao tempo em que todos recebem tratamento idêntico perante a lei.

Ao estabelecer restrições à liberdade de locomoção, seja por meio de portaria judicial, seja por lei municipal, nega-se a meninos e meninas brasileiros a garantia de igualdade entre todos os seres humanos, sejam eles crianças, jovens, adultos ou idosos, e, ainda mais, a possibilidade de exercício dos direitos elementares da cidadania.

Flagrante, portanto, o desrespeito à nossa Lei Maior e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 PORTARIAS JUDICIAIS

A regulamentação do “toque de recolher” por meio de Portaria era prerrogativa conferida pelo “Código de Menores” ao “Juízo de Menores”, institutos esses revogados com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 1990.

Com o advento da Lei n. 8.069/1990, o caráter patriarcal do Juiz de Menores deixou de existir e, desde a sua publicação, as competências do magistrado, longe de imprecisas, foram detalhadas no texto legal.

Originárias do Código de Menores, a competência para a expedição de Portarias e Alvarás, depois de receber nova roupagem, foi trazida para o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os novos contornos estabelecidos pela legislação estatutária à portaria judicial são salutares, consoante se infere da lição de Digiácomo (2009), para quem:

[...] apesar de a sistemática introduzida pela Lei n. 8.069/90 ser muito mais complexa do que a anterior, é ela sem dúvida muito mais correta e acima de tudo *democrática*, e, uma vez fielmente observada, dará pouca ou nenhuma margem para os abusos outrora verificados e que, em última análise, foram justamente a razão dessa nova regulamentação, fazendo com que a portaria judicial deixe de ser um mecanismo de opressão de ‘menores’ para se tornar mais um instrumento de proteção de direitos de crianças e adolescentes. (p. 203)

A competência da Justiça da Infância e da Juventude é delineada nos artigos 148 e 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente e não prevê a possibilidade de publicação de Portaria com o intuito de proibir a circulação generalizada de crianças e adolescentes em razão do horário.

Referida afirmação é corroborada por Digiácomo (2009), quando ensina que:

[...] não há mais lugar para práticas *arbitrárias* de outrora, como os famigerados “toque de recolher” que, embora bastante comuns à época do revogado “Código de Menores”, hoje violam de forma expressa não

apenas o âmbito da competência normativa da Justiça da Infância e Juventude, mas as próprias disposições contidas nos arts. 3º, 4º, *caput*, 5º, 15, 16, inciso I e 18, da Lei nº 8.069/90, bem como o disposto no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal, que assegura a todos, independentemente da idade, o direito de ir e vir dentro do território nacional. (p. 199)

Não se confundem, portanto, com a competência legislativa para regular situações genéricas, de modo que a faculdade do magistrado para disciplinar e autorizar as situações previstas nas alíneas dos incisos I e II, do artigo 149, em verdade se restringe à aplicação das normas estatutárias à situação em concreto.

Com efeito, ao estabelecer em seu art. 5º, inc. II, que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, a CRFB/88 sepulta a instituição do *“toque de recolher”* por meio de portarias judiciais. Se é certo que ao legislador ordinário não é dado o direito de restringir a liberdade de locomoção das pessoas, exceto naquelas circunstâncias ditadas pela Constituição, mais certo é que ao magistrado não é dado o poder de legislar, ainda mais em afronta a mandamento Constitucional.

O inciso XV do art. 5º da CRFB/88 também não deixa margem a nenhuma interpretação no que tange à liberdade de locomoção de adolescentes, exceto se diante da prática de ato infracional.

Ademais, o magistrado, ao instituir o *“toque de recolher”*, mobiliza e confere nova atribuição às polícias – a de recolher as crianças e os adolescentes que estejam desacompanhados em locais públicos após o horário pré-designado, o que se afigura inadmissível. Não pode o Poder Judiciário regular, por meio de portaria, as atribuições da Polícia Militar, sob pena de importar em exercício legislativo indevido, haja vista que, de acordo com o texto constitucional, é competência privativa da União legislar sobre as normas gerais de organização, convocação e mobilização das polícias militares (art. 22, inc. XXI, CRFB/88). Igualmente ilegal seria conferir tal missão à Polícia Judiciária, que, segundo dispõe o art. 144, § 4º, CRFB/88, é incumbida da *“apuração de infrações penais”*.

Contudo, às portarias judiciais expedidas, caso a caso, aos estabelecimentos, assim como aos proprietários e responsáveis, é que devem ser direcionadas as ações fiscalizatórias e repressoras a fim de se apurar

o seu descumprimento.

Às crianças e aos adolescentes, assim como a seus pais, compete a aplicação, sendo necessária, das medidas protetivas já previstas respectivamente, nos artigos 101 e 129 da Lei n. 8.069/1990 pelas autoridades competentes.

O “toque de recolher”, ademais, não protege efetivamente a criança e o adolescente, já que, em inúmeras vezes, os atos de violência são praticados no âmbito familiar e pelos próprios pais, que negligenciam, não educam, assediam, exploram ou não impõem limites aos filhos, ocasionando, inúmeras vezes com este comportamento, o vagar noturno de meninas e meninos pelas ruas das cidades, acompanhados somente por sentimentos de medo e abandono.

E é em razão de afirmativas como essas que se entende que a adoção de medidas restritivas, como forma de assegurar os interesses de crianças e adolescentes, apenas respalda e incentiva a leniência do Estado em cumprir tal mister. Importante destacar que a permanência do público infantoadolescente nas ruas, especialmente em horários inadequados, não é a causa de eventual desestruturação comportamental, mas, sim, o fruto de uma desestruturação familiar e Estatal que já se opera, gerando graves e perversos efeitos.

2.2. LEIS MUNICIPAIS

As Leis Municipais que instituem e disciplinam o “toque de recolher” destinado a crianças e aos adolescentes são materialmente inconstitucionais, porquanto a restrição imposta pela legislação colide frontalmente com a liberdade de locomoção do cidadão, prevista no art. 5º, inc. XV, da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em

tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...].

A liberdade de locomoção, inserida na categoria de direitos e garantias fundamentais da Magna Carta, é uma das mais importantes prerrogativas do ser humano, não podendo ser enfraquecida pela legislação infraconstitucional.

Colhe-se da doutrina de Silva (2006) que:

A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Significa que “podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção”, dizia Sampaio Dória no regime da Constituição de 1946. Temos aí a noção essencial da liberdade de locomoção: poder que todos têm de coordenar e “dirigir suas atividades e de dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem. A lei referida no dispositivo não se aplica à hipótese de locomoção dentro do território nacional em tempo de paz. Portanto, será inconstitucional lei que estabeleça restrições nessa locomoção. Em tempos de guerra, no entanto, isso será possível, desde que não elimine a liberdade como instituição. (p. 238.)

Não fosse o bastante, ao restringir a locomoção de crianças e adolescentes, ao pretexto de velar por seus direitos, as leis que instituem o “toque de recolher” ofendem o princípio da proporcionalidade, tido por muitos autores como um superprincípio, podendo ser tido como um verdadeiro parâmetro de controle de constitucionalidade, que visa a coibir justamente os excessos legislativos. Mendes, Coelho e Branco (2007) discorrem sobre o referido princípio:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassberbot*) qualidade de norma constitucional não escrita. (p. 320.)

Ao comentarem algumas decisões do Tribunal Constitucional alemão, os três juristas explicam:

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; e necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz menos restritivo aos direitos fundamentais. (p. 320.)

Aplicando-se a tese da *adequação e necessidade*, tem-se, em primeiro lugar, que o “toque de recolher” é absolutamente inadequado, pois viola preceito constitucional, e, depois, é absolutamente desnecessário, já que totalmente inócuo como medida de segurança pública.

No mesmo norte, a medida não encontra amparo na legislação infraconstitucional, porquanto que, com a implementação da restrição, fere de morte os artigos 3º, 4º, *caput*, 5º, 15, 16, inciso I, e 18 da Lei n. 8.069/1990.

CONCLUSÃO

Considerando todo o acima exposto, deve ser registrado que, em que pese o clamor da sociedade para a adoção de medidas extremas pelas autoridades competentes contra crianças e adolescentes que se encontram nas ruas desacompanhadas de seus pais ou responsável em horário noturno, medidas restritivas de liberdade, nos moldes do “toque de recolher”, por certo não se afiguram as mais adequadas.

Consoante o disposto no art. 227, *caput*, da CRFB/88,

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É imperativo que os pais ou responsáveis eduquem, orientem e cobrem de seus filhos as atribuições condizentes com a idade. Devem assumir, de uma vez por todas, a sua parcela de responsabilidade e refletir sobre sua conduta como pai/mãe/responsável antes de se dirigir às autoridades competentes solicitando a eles que adotem *qualquer providência possível* a fim de retirar o pupilo do seu lar para que *possam ter sossego*.

O Poder Público, por sua vez, tem o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes o saudável desenvolvimento físico-mental, conferindo-lhes saúde e educação de qualidade, oportunidades de lazer e incentivo ao esporte, bem como orientação e apoio familiar necessários, tal qual preceituado pela Lei n. 8.069/1990. O cumprimento pelo Estado de tal mister é que viabiliza o afastamento de crianças e adolescentes de ambientes inadequados às suas formações e não a edição ilegal e inconveniente de “toques de recolher”.

Deve o Poder Judiciário, então, tal qual o Ministério Público, fiscalizar e exigir o cumprimento de tais obrigações pelo Estado e não, respaldando a sua ineficiência, impor ilegais restrições a quem tem, dia a dia, seus direitos violados.

Nesse sentido, o Ministério Público de Santa Catarina tem posicionamento institucional contrário à expedição de portarias judiciais genéricas e edição de leis municipais que visem à implementação do “toque de recolher”.

Faz-se possível, inclusive, quando necessária, a adoção de medidas extrajudiciais (Pedido de Reconsideração) e judiciais (Mandado de Segurança), visando à revogação dos termos da portaria que importe em lesão ao direito da criança e do adolescente de ir, vir e permanecer. Da mesma forma, tem o Ministério Público legitimidade para o

ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra eventuais leis municipais que instituíam e disciplinam o “toque de recolher” para crianças e adolescentes.

Verte incontestemente, portanto, que a atuação dos atores que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, sejam eles juizes, promotores de justiça, advogados, conselheiros tutelares ou representantes de órgãos ou entidades não governamentais, assim como de toda a sociedade, longe da implementação de medidas restritivas de direitos, deve ser focada, indiscutivelmente, na implementação definitiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitadas todas as suas peculiaridades, assim como na plena eficácia do princípio da proteção integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, 1927. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que instituiu o Código de Menores Mello Matos. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em 9-7-2010.

_____, 1940. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 5-7-2010.

_____, 1979. Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, que instituiu o Código de Menores. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm#art123. Acesso em 3/7/2010.

_____, 1989. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil). Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_convencoes.php. Acesso em 28-6-2010.

_____, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A de 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 7-6-2010.

_____, 1990. Lei n. 8.069, de 11 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 7-6-2010.

_____, 2002. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o novo Código Civil. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 5-7-2010.

Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Disponível em http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 6-7-2010.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acessado em 2-7-2010.

Declaração sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: http://www.cnpqjr.pt/preview_documentos.asp?r=1000&m=PDF. Acessado em 2-7-2010.

DIGIÁCOMO, Murillo José. O Estatuto da Criança e do Adolescente e as Portarias Judiciais. *Revista Jurídica do Mato Grosso*. Ano 4, n. 6, (jan./jun. 2009). Cuibá: Editora de Liz, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÊDA, Edson. *A criança e o infame toque de recolher... ou como fazer com que a Justiça da Infância e da Juventude seja republicana e respeite a cidadania de crianças e adolescentes*. 1. ed., Rio de Janeiro: Edição Adês, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAIOR NETO, Olimpyo de Sá Sotto. *Ato Infracional, medidas sócio-educativas e o papel do sistema de justiça na disciplina escolar*. Disponível em http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_sistema_escolar.pdf. Acesso em: 12/7/2010.

ALGUMAS LINHAS SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Geovani Werner Tramontin

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Mestrando em Ciências Jurídicas pela

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Temos recorrido a artigos relacionados à criança e ao adolescente não só em razão de tratar do assunto em dissertação de mestrado, mas principalmente porque, dada a especialidade do tema, mister se faz um estudo profundo e especializado. Tal assunto justifica sua difusão entre os estudiosos do direito, em especial àqueles que acreditam que o combate à criminalidade passa, também, e necessariamente, por uma efetiva atuação do Ministério Público na defesa dos Direitos Fundamentais relacionados ao tema, que estão previstos a partir do art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no art. 227 da Constituição da República. Para tanto, desde já consigna-se que Direitos Fundamentais não se confundem com direitos humanos, pois estes, apesar de universalmente defendidos - e tidos como inerentes à pessoa humana - não necessariamente encontram eco na legislação de muitos países, o que permite situações indignidade de muitas pessoas, especialmente mulheres e crianças, cujas defesas são prejudicadas por suas posições sociais.

Assim, temos que um dos pressupostos basilares para a implementação dos Direitos Fundamentais é a sua previsão legal e constitucional, particularidade que nos autoriza a lutar por políticas públicas tendentes a diminuir o sofrimento das pessoas que se encontram em posição desfavorável, fraca, em processo de desenvolvimento e formação, como é o caso das crianças e adolescentes. Não são poucos os que afirmam que

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 25 / 42	jan.-jun. 2010
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

alguns dos Direitos Fundamentais são normas programáticas, ou seja, programas de ação futura, como se particularidades inerentes à vida, à saúde e à dignidade das pessoas pudessem esperar.

Nesse sentido, a discricionariedade dos atos administrativos tangentes à realização de Políticas Públicas, quando praticada de forma dessintonizada da Lei e da Constituição, acaba por abalroar Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, que foram conquistados pelo homem em sua história. Diante dos inúmeros conflitos existentes nessa seara, o Poder Judiciário é chamado para dirimi-los, havendo a intervenção de um Poder do Estado em matéria de competência de Poder diverso, colocando-se em xeque a aparente rigidez da tripartição dos Poderes estabelecidas na Constituição brasileira. Entende-se aparente porque não analisada hermeneuticamente.

No presente artigo, portanto, buscar-se-á apontar possibilidades de provocação do Poder Público para a concretização das políticas públicas necessárias para efetivação dos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, apresentando alguns aspectos práticos da atuação do Ministério Público.

Tendo em vista o papel essencial dessa importante instituição na defesa da ordem democrática no Estado brasileiro, almeja-se traçar algumas linhas motivadoras da atuação do Promotor de Justiça, sob o prisma da teoria garantista/substancialista do Direito, o que ocorre em razão de ser o Ministério Público um órgão determinante na transformação social e na evolução do direito.

A esse propósito, ressalta-se que a conquista dos Direitos Fundamentais tem sua importância destacada durante toda a história da humanidade. Para Norberto Bobbio, “Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências [...]”¹.

Os Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, para alcançar o atual *status* constitucional e legal contemporâneo, percorreu um longo caminho, iniciado com o reconhecimento de direitos

1 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

previstos em tratados e convenções internacionais², até se firmar na legislação nacional, considerada uma das mais avançadas do mundo no direito infanto-juvenil. Com a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, em 1924, o Brasil efetiva normas que, segundo a Declaração, destinam-se à “necessidade de proporcionar a criança uma proteção especial”.

Após diversos decretos relacionados à matéria, em 1927, todas as normativas foram consolidadas no Decreto 17943-A, que instituiu o Código de Menores, conhecido como “Código Mello Mattos”, que considerava a criança e o adolescente entre 14 a 18 anos, e em risco social, como “vadios, abandonados e delinquentes”, colocando-os, portando, na condição de pessoas inadaptadas ao convívio social, em situação irregular, como se assim estivessem por vontade própria. Posteriormente, constatando-se que o “Código Mello Mattos” encontrava-se obsoleto, a Lei n. 6.697/1979 deu nova roupagem ao Código de Menores, mantendo, no entanto, a sistemática anterior acerca da situação irregular inerente às crianças e aos adolescentes menores de 18 anos.

Depreende-se que, com o novo paradigma adotado pela normativa internacional, o Brasil passou a reconhecer que crianças e adolescentes que se encontravam em vulnerabilidade social estavam nesta condição em razão de omissões e negligências causadas pelo Estado, que não proveu Políticas Públicas suficientes para beneficiá-las - não deixando de reconhecer, igualmente, a responsabilidade da instituição família que, por vezes, se omite nos cuidados e obrigações inerentes ao pátrio poder (dever) - o que determina que medidas de proteção³ deveriam ser aplicadas sempre que os direitos reconhecidos na Lei estivessem sendo violados⁴.

Roberto João Elias, ao tecer comentários sobre a evolução dos direitos infanto-juvenis, afirma que:

2 “Três documentos internacionais deram origem a uma mudança no modelo legislativo brasileiro: as regras mínimas para a administração da Justiça de menores (regras de Beijing; Res. 40/33, de 29-11-1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas); a Convenção sobre os Direitos da Criança (Res. 1386 de 20-11-1989, da Assembleia Geral da ONU); e as Diretrizes para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad, Res. 45/112, de 14-12.1990, da Assembleia Geral da ONU)”. In: ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 7.

3 Art. 101 – Art. 129 da Lei n. 8.069/1990.

4 Art. 98 da Lei n. 8.069/1990.

Diferentemente do Código de menores (Lei 6698, de 10-10-1979), revogado expressamente pelo art. 267, do Estatuto da Criança e do Adolescente, este diploma legal não se restringe ao menor em situação irregular, mas tem por objetivo a proteção integral à criança e ao adolescente. Agora, além de se responsabilizar os pais ou responsáveis pela situação irregular do menor, outorga-se a este uma série infindável de direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento.⁵

Nasce, portanto, a doutrina da proteção integral⁶, a qual determina que crianças e adolescentes, por se tratarem de pessoas em processo de desenvolvimento e formação, merecem especial atenção do Estado, da sociedade e da família, recebendo na Constituição da República de 1988 o *status* de “prioridade absoluta”, no art. 227, que dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Emerge, a partir de então, a grande transformação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁷: as crianças e adolescentes deixam de ser tratadas como “objetos” para serem tratadas como “sujeitos” de direitos, ou seja, concluiu-se que não são as crianças e adolescentes que estão em situação irregular, mas, sim, a família e o Estado, que, em razão de suas negligências, permitem com que isso ocorra. A Lei determina que, sempre que houver lesão ou ameaça de direitos a essas pessoas, medidas protetivas devem ser acionadas de modo a garantir-lhes o pleno desenvolvimento⁸.

A mencionada necessidade de atendimento dos direitos da criança

5 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01.

6 Art. 1º da Lei n. 8.069/1990.

7 BRASIL. Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>

8 Art. 6º da Lei n. 8.069/1990.

e do adolescente, com prioridade absoluta, faz-se necessária, pois, além de não possuírem perfeita consciência por estarem em processo de formação, não têm capacidade para praticar qualquer ato da vida civil e estão impossibilitados de se defenderem. Tal prerrogativa, ao contrário do que se poderia afirmar, não viola o princípio da isonomia, mas atribui a uma população desigual privilégios de direitos, justamente em razão de sua condição de desigualdade – igualando-se pela desigualdade no atendimento, ou seja, destinando-se maior atenção àquele que mais precisa para que obtenha igualdade de oportunidades, o que justifica, por parte do Estado, mais proteção.

Para que os conflitos citados sejam dirimidos, de acordo com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito existente no Brasil, faz-se necessária a sua submissão a um Poder constitucionalmente legítimo – o Judiciário -, ou seja, há a necessidade de um controle judicial das Políticas Públicas que não se encontram aprumadas à Lei e à Constituição. Para APPIO, “o controle judicial das políticas públicas no país emerge do interior de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada pela limitação decisória imposta aos mecanismos tradicionais de representação do Estado”⁹.

Enfatiza-se que a intervenção judicial nos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, relacionados às Políticas Públicas destinadas à concretização dos Direitos Fundamentais, não deve agredir ao princípio da separação de Poderes, como a vigente no Estado brasileiro. Em verdade, o que deve ocorrer é a mudança do “polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação”¹⁰.

A realidade brasileira demonstra que os riscos sociais enfrentados por muitas famílias e seus descendentes são vários, desde o acesso à escola, passando pelo abuso físico, sexual e psicológico, praticados até mesmo por seus próprios ascendentes - abuso que pode se traduzir também em diversas omissões, a exemplo da não matrícula em estabelecimento educacional, ausência de cuidados com higiene e saúde, até a situação extremada de estímulo à mendicância dos infantes – em muitos casos, indo até o abandono nas ruas ou instituições públicas.

9 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 137.

10 STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 01.

Essas situações colidem com os Direitos Fundamentais da criança e adolescente consagrados na CR/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente que para serem protegidos e efetivados demandam, além da intervenção do Poder Judiciário¹¹ - através da existência de um processo - procedimentos extrajudiciais de competência do Ministério Público, e de outras entidades, a exemplo do Conselho Tutelar¹² e do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente¹³, conforme se verá a seguir.

Assim, independente da origem da omissão ou do abuso, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que, quando quaisquer dessas situações se verificarem, as medidas de proteção previstas em lei devem ser aplicadas¹⁴. Importante enfatizar que a Lei Menorista é considerada uma das mais avançadas do mundo, e quando afirma a existência de medidas de proteção, apresenta um rol de possibilidades tendentes a auxiliar a família na resolução de seus problemas, tanto no encaminhamento da criança e do adolescente vitimizada aos serviços de assistência e proteção do Estado, como no auxílio aos próprios pais que por diversas causas não estão atendendo a contento os interesse de seus filhos¹⁵.

Frisa-se, desde logo, que, além do Ministério Público, outro grande instrumento de defesa dos direitos da criança e do adolescente é o Conselho Tutelar, que possui, nos termos do art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente, autonomia administrativa para atendê-los e lhes aplicar as medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA, podendo, ao se deparar com uma situação de vulnerabilidade envolvendo criança e adolescente, entre outras medidas, tanto recolher e entregar o infante em risco aos pais mediante termo de compromisso, como também proceder ao abrigo em entidade pública, colocando a criança livre do risco causado por abusos ou omissões das mais variadas origens, seja

11 EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA REFLEXA. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.(...) II - Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (STF. AI 664053 AgR/RO. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. J. em 03/03/2009. 1ª Turma. DJU 27/03/2009)

12 Previsto no Título V do ECA.

13 Previsto no art. 88, II, do ECA.

14 Art. 98 do ECA.

15 Vide art. 101 e 129 do ECA.

dos genitores, do Estado, ou em razão da própria conduta. Além disso, compete ao Conselho Tutelar aplicar também aos genitores, quando estiverem abusando do direito de educação, as medidas necessárias ao restabelecimento da família; ou mesmo requisitar serviços públicos para a efetivação dos direitos nas áreas da saúde, educação, etc, representando à autoridade judiciária em caso de não observância de suas deliberações¹⁶.

Para tanto, ressalta-se que cabe ao Poder Público canalizar recursos de forma prioritária à área de proteção da criança e do adolescente¹⁷, devendo o Ministério Público provocar o Poder Judiciário para que sejam incluídas no orçamento deliberações importantes do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, sobre a criação de uma determinada Política Pública, em detrimento da discricionariedade administrativa, por exemplo. Acerca do tema, cita-se o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (STJ. REsp 493811, Rel. Min. Eliana Calmon. J. em 11/11/03, DJ de 15/03/04) .

Como se observa nos julgados relacionados, a intervenção judicial tangente à proteção da criança e do adolescente não interfere no princípio da separação dos Poderes do Estado, mas corresponde a uma adequação das medidas tomadas pela Administração aos ditames constitucionais de tutela dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, que não precisa de repressão do Estado, mas de proteção.

¹⁶ Vide art. 136 do ECA.

¹⁷ Vide art. 4º do ECA.

Destaca-se que as Políticas Públicas a que se reporta não se limitam apenas às aquelas tradicionais áreas de atendimento¹⁸, mas também outros mecanismos de inclusão social tendentes a rechaçar as mazelas e a colocar as crianças e os adolescentes fora do risco verificado¹⁹. Assim, incumbe ao Estado criar novos instrumentos de apoio para que o Conselho Tutelar, que, ao identificar uma criança abandonada ou abusada física, psicológica e sexualmente, por exemplo, possa abrigá-la em um local seguro para que seja protegida e, conforme a gravidade do caso, até colocá-la em família substituída²⁰, destituindo-se os genitores do poder familiar através de ação ajuizada pelo Ministério Público²¹. Ilustra-se essa situação com o entendimento do Tribunal de Justiça catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DO GENITOR PARA FICAR COM OS FILHOS SOB SUA RESPONSABILIDADE. ACOMPANHAMENTO DA FAMÍLIA PELO CONSELHO TUTELAR POR QUASE DOIS ANOS. ORIENTAÇÕES DE CUIDADOS NECESSÁRIOS COM AS CRIANÇAS NÃO OBSERVADAS. ABANDONO MATERIAL E EMOCIONAL EVIDENCIADOS. EXPOSIÇÃO DOS INFANTES A SITUAÇÃO DE RISCO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Ante a demonstração do descaso e abandono afetivo e material por parte dos pais biológicos em relação à filha, impõe-se a **destituição do poder familiar**, a teor das normas insculpidas nos arts. 1.638 do Código Civil e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (...).

(TJ/SC, Apelação Cível nº. 2008.023928-9, de São Joaquim. Rel. Des. Vitor Ferreira. J. 15/07/2009)

De igual modo, verifica-se que é dever do Estado criar Entidades de Atendimento²² devidamente estruturadas, as quais não se limitem apenas a abrigar crianças e adolescentes em risco social, mas também

18 Art. 87, inc. I, do ECA.

19 Art. 90 do ECA.

20 Art. 28 e seguintes do ECA.

21 Art. 201, inc. III, e art. 155 do ECA.

22 Art. 90 do ECA.

orientar a família desestruturada, a acompanhar o adolescente infrator que cumpre medida em meio aberto, bem como a ressocializar o adolescente internado em razão do cometimento de delitos graves, entendendo-se como tal os atos infracionais praticados com violência ou ameaça à pessoa²³. Nesse sentido, cita-se o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: Ação Civil Pública. Adolescente Infrator. Art. 227, I *caput*, da Constituição Federal. [...] Obrigação do Estado-Membro instalar (fazer obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes a vida e a vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem a o administrador que se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. [...] (Apelação Cível Nº 596017897, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 12/03/1997)

E também:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA INÉPCIA PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESCUMPRIMENTO ORÇAMENTÁRIO. A peça vestibular do processo e muito clara e precisa ao indicar que pleiteia a formação de estrutura suficiente para concretização dos programas regionalizados de atendimento ao menor infrator, privado de liberdade. Apresenta, inclusive, minúcias sobre a postulação. Invoca o ECA, para amparar o pedido. Ademais,

23 Art. 122 do ECA.

a matéria focada na preliminar, se confunde com o mérito. Não há um laivo sequer de afronta ou negação ao poder discricionário da administração pública, mas simples exigência do cumprimento da lei. Discricionariedade administrativa jamais poderá ser confundida com arbitrariedade e até irresponsabilidade. Para ela existe o controle das leis. O poder judiciário, no estrito cumprimento de sua função, estabelecida pela lei estadual acima mencionada, tomou todas as medidas cabíveis e colocou em pleno funcionamento aqueles juizados regionais. A administração pública estadual, de sua parte, não proporcionou as condições necessárias e imprescindíveis, para viabilizar que as decisões desses juizados pudessem ser cumpridas adequadamente. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ/RS. AC 595133596 RS. Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade. J. em 18.03.1999).

Assim, quando forem identificados abusos ou omissões por parte da família ou do Estado que implicarem em risco à criança e ao adolescente ou à família, medidas de proteção devem ser aplicadas pelo próprio Conselho Tutelar, culminando, como medida extrema, no abrigo do vulnerável para tratar a família. Quando, por sua vez, o adolescente for identificado como autor de ato infracional²⁴, poderá ele cumprir medida socioeducativa²⁵, que implicará, conforme a gravidade, no seu internamento, que nada mais é do que o cerceamento da liberdade em razão da prática de delitos violentos, graves reiterados, ou mesmo descumprimento também reiterado de outras medidas socioeducativas.

Ou seja, quando há a necessidade da limitação da liberdade do adolescente que comete um ato infracional e omissão, por parte do Estado, em criar ou manter as Entidades de Atendimento à criança e ao adolescente previstas no art. 90 do ECA - em razão da inversão ou desvirtuamento da interpretação do princípio da prioridade absoluta e da proteção integral em favor do exercício arbitrário da discricionariedade administrativa -, deve o representante do Ministério Público ajuizar Ação Civil Pública para ver o preceito protetor da criança e do adolescente,

24 Segundo o Art. 103 do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

25 Art. 112 do ECA.

devidamente cumprido, com vista a dar efetividade ao comando geral que é assegurado por um princípio de ordem constitucional, qual seja, o da prioridade absoluta²⁶.

Para melhor esclarecimento do tema, apesar de elementar, é importante registrar que há diferença entre criança ou adolescente em risco e adolescente infrator. Ao primeiro aplica-se sempre medidas de proteção, pois, se está em vulnerabilidade, cabe ao Estado protegê-lo²⁷; já ao adolescente infrator, que em razão de sua própria conduta está em desacordo com a lei, cumpre ao Estado reeducá-lo, através da aplicação de medidas socioeducativas, bem como de medidas protetivas aplicadas cumulativamente. No primeiro caso, em se tratando apenas de risco social, o Conselho Tutelar deverá sempre ser acionado – para que instrumentalize a proteção, sufragando o princípio da proteção integral já analisado –, aplicando-se o mesmo entendimento quando crianças estiverem praticando delitos²⁸. No segundo caso, o adolescente autor de ato infracional deverá ser conduzido à Delegacia de Polícia para fazer um procedimento, que deverá ser submetido ao Ministério Público a fim de que uma medida socioeducativa seja aplicada²⁹. Convém ressaltar que esse adolescente também precisa de proteção, motivo pelo qual tais medidas devem ser aplicadas de forma cumulativa com aquelas que eventualmente implicarão no cerceamento de sua liberdade³⁰.

Enfatiza-se, noutra toada, que o Promotor de Justiça que atende a um Procedimento Infracional jamais poderá olhar o adolescente autor de delito sob a mesma ótica de um “maior autor de crime”. Sua pré-compreensão³¹ do tema não deve estar dissociada do fato de não se estar tratando de pena, mais de medida socioeducativa tendente a reeducar.

26 Art. 227 da CR/88.

27 Art. 98, c/c art. 136, inc. I, do ECA.

28 Art. 105 do ECA.

29 Art. 175, c/c art. 112, do ECA.

30 Art. 112, inc. VII, do ECA.

31 De acordo com a lição de Martin Heidegger, a pré-compreensão é pré-juízo e pré-conceito que o intérprete tem do Ser. A pré-compreensão auxilia o sujeito na construção do sentido do objeto, pois os valores são concretizados através da vivência do ser-no-mundo. Se há a compreensão de algo como algo, é porque há uma pré-compreensão que permite fazer isso e ela é um produto da sociedade. As ideias não surgem do nada, como pensaram algumas tradições metafísicas; elas são rastreadas pela pré-compreensão. In: HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Vol. I. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

É justamente por esse motivo que os estabelecimentos de detenção de adolescentes são completamente diferentes daqueles destinados a maiores criminosos; estes, diga-se de passagem, que, além da retribuição, também deveriam se destinar à ressocialização, são relegados a meros depósitos de presos, sem as mínimas condições de dignidade e respeito.

Devido à importância do tema, abre-se um parêntese para ressaltar um forte movimento no Brasil tendente a diminuir a idade penal, sugerindo a colocação das pessoas cada vez mais cedo atrás das grades. Em verdade, está-se diante de iniciativas que não se adequam à realidade da nossa legislação, pois é sabido que, de acordo com a realidade brasileira, além de o número de vagas naqueles estabelecimentos estarem completamente superado, se existe alguma possibilidade de recuperação é quando a pessoa se inicia na “vida do crime”. O encarceramento cada vez mais precoce tem um efeito retardado no combate à violência, além de submeter pessoas cada vez mais jovens a situações de indignidade humana, apenas em razão de a mídia transmitir a falsa ideia de que poucos crimes bárbaros envolvendo adolescentes são cometidos em razão da impunidade, como se no sistema socioeducativo adotado pelo Estatuto da Criança e Adolescente não houvesse punição ou cerceamento da liberdade – o que é uma falácia.

Esse fato pode ser interpretado como uma alternativa “aparentemente mais econômica” do Poder Público para esvair sua responsabilidade de fomentar Políticas Públicas efetivas, que resultem no atendimento dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, cuja consequência (natural) seria a redução da violência, fato que não reflete a realidade. Diante dessa situação, que significa um grave retrocesso social³², deve o representante do Ministério Público, nos dizeres de Norberto BOBBIO perfilados no início deste artigo, utilizar os competentes “remédios contra essas indigências”, ou seja, não se esquivar de aplicar

32 São as chamadas “cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de proibição de retrocesso social”. Essa tese foi acolhida pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n. 39/84, que declarou inconstitucional o DL n. 254/82, que revogara parte da Lei n. 56/1979, criadora do Serviço Nacional de Saúde. Nesse acórdão registrou-se que “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

os mecanismos legais e constitucionais disponíveis para a afirmação e consequente solidificação dos próprios Direitos Fundamentais.

Cita-se exemplo das Políticas Públicas tangentes a promover a educação desde os primeiros anos de vida:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL A EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

[...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

[...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

(STF. RE. 410.715-5.Agr/SP Rel. Ministro Celso de Mello. J em 22/11/2005. 2ª Turma. DJU 03/02/2006)

Acerca do julgado citado, a respeito da universalidade do atendimento, o assunto é bastante controverso. É importante destacar que

se torna quase impossível ao Poder Público exclusivamente oferecer “creche” a todos os filhos dos brasileiros, pois essa Política Pública não deve servir de apoio ao comodismo de determinados genitores, até de fomento à maternidade. Entendemos que a obrigação do Estado é, prioritariamente, alfabetizar e atender nas creches crianças em situação de maior risco social, porque aos pais cabe um melhor planejamento familiar, que permita um mínimo de estrutura familiar. Para os que assim não procederem, necessita-se, portanto, de critérios de razoabilidade e proporcionalidade no deferimento das vagas, pois muitos dos que pleiteiam o benefício não estão em situação de risco, devendo ser preteridos em favor dos mais necessitados, uma vez que, se é verdade que se possui uma demanda superior à oferta, não menos verdade é que critérios objetivos devem ser avaliados por ocasião da concessão do benefício. Não se está aqui afirmando que o Estado não tem obrigação de fornecer creches; o que ressaltamos é que o critério para o oferecimento do benefício – considerando-se os princípios do mínimo existencial e a reserva do possível – deve priorizar crianças que estiverem em maior vulnerabilidade, em detrimento daquelas abastadas. As creches públicas nos dias atuais também são dotadas de excelentes profissionais, como pedagogos e nutricionistas, particularidades que fazem com que todos procurem o serviço público. Assim, o atendimento muitas vezes não é dado àquele que mais necessita, seja pelo fato da ausência de critérios de admissão, ou mesmo em razão de requisição do Conselho Tutelar, que o faz também sem qualquer aferição da situação socioeconômica da família e da criança beneficiária.

Cita-se o exemplo da efetivação do princípio da prioridade absoluta através de um procedimento judicial e administrativo de titularidade do Ministério Público em face do Poder Executivo, como o ocorrido na ACP 038.03.008229-0, de Joinville/SC, na qual o Ministério Público acionou o Município de Joinville, pleiteando a inversão de prioridades diante da existência da desapropriação de área particular (no valor de 1,75 milhões de reais) para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O Juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário mínimo por vaga não preenchida, cujos valores seriam revertidos ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar foi cassada pelo Tribunal de Justiça de Santa

Catarina (AI 2003.010276-0), mas, antes da sentença, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos.

As deficiências identificadas na elaboração e correta destinação de recursos às Políticas Públicas contribuem para expor a criança e o adolescente às situações de extrema fragilidade e, portanto, a risco social. Utiliza-se uma hipérbole para ilustrar a infeliz realidade: a criança em risco social nasce de uma mãe que se prostitui ou usa drogas e que sequer conhece o pai; ou, quando conhece, ele está preso, a abandona ou é traficante. Portanto, a criança que sabidamente não nasce má, já é pré-destinada a um meio social – o primeiro, que é a família - que não contribui para o seu desenvolvimento. Nesse contexto, vê-se que o Estado, que tem obrigação de intervir com Políticas Públicas, tratando a mãe, recuperando o pai, fornecendo instrumentos mínimos para o crescimento do infante com dignidade e oferecendo creches e escolas com qualidade e em tempo integral acaba por se quedar à inércia e nada faz para mudar a realidade.

A criança citada no exemplo cresce sem qualquer referência positiva, apresenta desvio de conduta na escola, que também não possui a estrutura necessária para tratar o problema, circunstância que resulta em evasão escolar; a rua, que é atrativa, por também não contar com um programa sério de recuperação - e poderia contar com programa próprio - torna-se um ambiente propício ao desvirtuamento e o encaminhamento para o mundo do crime. Assim, o Estado – que em razão de constantes omissões tudo tirou, inclusive a dignidade –, apresenta como forma de resolver o problema retirar-lhe também a liberdade, cada vez mais precocemente. Situação que se demonstra completamente lamentável diante da previsão de medidas, na CR/88 e no ECA, para a tutela destas crianças tangentes à efetivação de seus Direitos Fundamentais.

Diante de todo esse quadro, resta evidente que, juntamente com a atuação das demais entidades estabelecidas pela Lei e pela Constituição, o papel do Ministério Público nos dias atuais é de extrema importância, pois foi a ele que a sociedade, através de seus representantes eleitos, delegou não o poder, mas o dever de lutar por melhores condições de vida, especialmente por aqueles que se encontram em processo de desenvolvimento e formação.

A Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente oferecem ao representante do Ministério Público o amplo leque de atribuições para a tutela dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, não havendo limitação da atuação do Ministério Público em Juízo para fomentar que o Poder Judiciário intervenha junto aos demais Poderes do Estado para que as Políticas Públicas destinadas à criança e ao adolescente sejam efetivadas³³.

Atualmente, não mais se justifica haver um “Promotor de Justiça de gabinete”, que atua apenas quando é acionado pela população como “última trincheira” para ver as necessidades de seus filhos satisfeitas, como se o princípio da inércia inerente ao Juiz também lhe fosse cabível. Compete a ele acompanhar a formação dos Conselhos, da Saúde, da Assistência Social, da Educação, e evidentemente da Criança e do Adolescente, pois sua forte atuação junto aos Conselhos comunitários não só os fortalece como também lhes dá maior respaldo sobre suas deliberações, exigindo a efetivação dos Direitos Fundamentais de maneira mais célere e harmônica, inclusive por ocasião da formulação do orçamento público.

Na seara da criança e do adolescente cabe ao representante do Ministério Público exigir o cumprimento das disposições constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴, sem jamais esquecer ser ele o fiscal do cumprimento da Lei, conforme determina o art. 127 da CR/88. Cabe-lhe exigir, por exemplo, que o Conselho Tutelar cumpra as determinações do art. 136 do ECA. Isso implica em afirmar que quando existir criança exposta na rua – e isso evidentemente ocorre em razão de omissão do Estado ou dos pais³⁵ – os órgãos fiscalizadores, em especial o Ministério Público, pode cobrar tanto do Conselho Tutelar uma atuação mais eficiente, como do próprio Poder Executivo – que não está atuando como deveria – a criação de Políticas Públicas. Cabe à sociedade exigir uma postura diversa, contatando diretamente com o Promotor de Justiça e o cientificando da irregularidade e, em caso de desídia também por esse órgão público, comunicando a Corregedoria ou a Auditoria

33 Art. 201 do ECA.

34 Vide atribuições no art. 200 e seguintes do ECA.

35 Art. 136 – São atribuições do Conselho Tutelar: atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 (omissão do estado e pais) e 105 (ato infracional praticado por criança), aplicando-lhes as medidas previstas nos arts. 101, I a VII, do ECA

para que o destino desses infantes seja alterado. É inadmissível que as omissões do Poder Público impliquem em maiores prejuízos aos incapazes, mormente quando o Promotor de Justiça, que possui todos os instrumentos intelectuais e legais para fazê-lo, aquietar-se.

Verifica-se, portanto, que, além dos Poderes Legislativo e Executivo, que possuem competência para a elaboração e execução das Políticas Públicas, as demais entidades de competência firmada pela Lei e pela Constituição, como o Ministério Público, o Conselho Tutelar e dos Direitos da Criança e do Adolescente, não devem se eximir de suas responsabilidades e, através dos seus procedimentos, promover a tutela e a efetividade dos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, exigindo do Poder Judiciário uma decisão que evite o perecimento de uma criança, que no futuro formará uma nova família, que terá implicações positivas ou negativas na sociedade. Nesse particular exemplificamos a problemática social como uma “bola de neve”, ou seja, uma criança que se desenvolve de uma forma equivocada formará uma família também sem valores, que implicará em novos – e diversos - filhos e na multiplicação do problema não tratado: que era só uma criança!

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constiti%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 493811, Rel. Min. ELIANA CALMON. Julgamento: 11/11/03. Publicação: DJ de 15/03/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal AI 664053 AgR/RO, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 03/03/2009. Publicação: DJ de 27/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005. Publicação: DJ de 03/02/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2008.023928-9. Rel. Des. Vitor Ferreira. Julgamento: 15/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 595133596, Rel. Des. José Ataide Siqueira Trindade. Julgamento: 18/03/1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 596017897 , Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira. Julgamento: 12/03/1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Vol. I. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: INTERAÇÕES NORMATIVAS E A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Maury Roberto Viviani

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Doutorando em Ciência Jurídica da Univali.*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Delimitação dos Significados: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 2. O Sistema Internacional de Direitos Humanos e o Problema da Universalidade. 3. A Internalização de Tratados de Direitos Humanos e o Ordenamento Brasileiro. 4. Direitos Humanos e Constituição: Interações e a Perspectiva do Transconstitucionalismo. Considerações Finais. Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Este artigo trata das possibilidades de diálogos e interações entre os ordenamentos do Sistema Internacional de Direito Humanos e dos Direitos Fundamentais positivados nas Constituições dos Estados. Expõe o problema da universalidade e da internalização dos tratados de direitos humanos. Aborda a respeito da razão transversal e do entrelaçamento de ordens normativas diversas e a perspectiva do transconstitucionalismo.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 43 - 70	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

PALAVRAS/EXPRESSÕES CHAVE: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Tratados Internacionais. Constituição. Transconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

Partindo-se da ideia de que as conquistas dos direitos e afirmações de valores são realizadas ao longo de um complexo processo de desenvolvimento da humanidade, verifica-se que em determinados momentos históricos ocorre a formalização de marcos importantes, por intermédio de documentos de declarações e garantias de direitos humanos.

Valores protegidos como direitos humanos encontram sua positivação jurídica no âmbito dos Estados nacionais por meio das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Se os direitos fundamentais se situam no âmbito do Estado, os direitos humanos orbitam na esfera do direito internacional.

Pode-se afirmar, então, sem embargo de outros posicionamentos e possibilidades teóricas, que os direitos humanos constituem-se como categoria prévia e legitimadora dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente.

Na perspectiva de sua historicidade, forma-se a partir da denominada 2ª Grande Guerra Mundial o Sistema Internacional de Direitos Humanos, por um lado, no âmbito global da Organização das Nações Unidas, com a pretensão de universalidade e, por outro, no âmbito de sistemas regionais, como o Sistema Europeu, o Sistema das Américas e o Sistema Africano.

Importa também considerar a respeito da internalização de tratados de direitos humanos nos ordenamentos nacionais e as suas consequentes relações normativas ou hierárquicas.

Percebe-se que no contexto global, e mesmo regional, os temas tratados em nível constitucional ultrapassam as fronteiras que limitam o Estado nacional tradicional. Como lidar, então, com os problemas que interessam a mais de uma ordem jurídica, principalmente quando apresentam raízes, orientações e soluções heterogêneas?

Objetiva-se, então, com o presente artigo, tratar do problema

das relações entre o Sistema Internacional de Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais dos Estados, considerando que no contexto de um mundo de intensa globalização é pertinente o deslocamento para uma razão transversal. Nesse aspecto, expõe-se a possibilidade do entrelaçamento dessas ordens e a perspectiva do transconstitucionalismo, conforme desenvolvido por Marcelo Neves.

Para a consecução deste artigo utiliza-se o método indutivo, tanto na fase da coleta e do tratamento dos dados bibliográficos recolhidos quanto no relato da pesquisa, com auxílio das técnicas do referente e do fichamento.¹

1. DELIMITAÇÃO DOS SIGNIFICADOS: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se constatar que as categorias “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” costumam apresentar certa confusão conceitual, própria dos diversos sentidos que o uso acaba concedendo a algumas expressões, ora também revelando a ambiguidade e a vagueza interpretativa que muitas vezes acompanham os sentidos possíveis das palavras e expressões.

Para melhor exposição do tema proposto, tornam-se necessárias algumas considerações que podem auxiliar na busca da delimitação dos sentidos de cada expressão.

Entendendo que o termo “direitos humanos” possui mais amplitude e imprecisão que a noção de “direitos fundamentais”, Perez Luño apresenta como critério distintivo o seguinte:

Os direitos humanos devem ser entendidos com um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas e positivadas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Enquanto que com a noção de direitos funda-

1 Sobre métodos, técnicas e ferramentas de pesquisa, ver: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

mentais se pretende aludir àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos na sua normatização constitucional, e que devem gozar de uma tutela reforçada.²

Também procurando esclarecer as significações, Garcia e Melo³ expressam que é consenso na doutrina especializada que os termos “direitos do homem” e “direitos humanos” são utilizados quando integram declarações e convenções internacionais, enquanto “direitos fundamentais” aparecem positivados ou garantidos num ordenamento jurídico estatal. Quando se referem à história ou à filosofia dos direitos humanos, usam conforme suas preferências, indistintamente.

Para Sarlet, os “direitos fundamentais” correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados no direito constitucional de um determinado Estado e, quanto aos “direitos humanos”, discordando de sua equiparação a direitos naturais (não positivados), são os positivados nos documentos de direito internacional e aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁴

Ao discorrer a propósito dessas controvérsias doutrinárias, Perez Luño analisa particularmente as concepções teóricas dos Professores Antonio Fernández-Galiano e Gregorio Peces-Barba.⁵

2 Livre tradução pelo autor do artigo da obra: PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 46. O texto original é o seguinte: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.”

3 GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Eletônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n. 2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitopolitica>> ISSN 1980-7791. p 295, em nota de rodapé. No artigo, os autores utilizam as expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais como sinônimas.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33-34. Também com referência à distinção conceitual e terminológica, ver KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p. 49-51.

5 A propósito: PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. p. 48-51. Livre

Em síntese, Perez Luño diz que Fernández-Galiano, ao utilizar como sinônimos os três termos acima mencionados, está se referindo a direitos humanos; como valores enraizados numa normatividade suprapositiva, mas que devem ser reconhecidos, garantidos e regulados para o seu exercício pelo Direito Positivo.⁶

Quanto à tese de Peces-Barba, Perez Luño argumenta que a reflexão daquele se situa em torno do conceito de “direitos fundamentais”, mas de forma dualista, que decorre de uma síntese da filosofia de tais direitos, como valores a serviço da pessoa humana e inseridos em normas jurídico-positivas. Tal positivação, no entanto, não se resume somente ao caráter declarativo, mas também ao constitutivo.⁷

Independentemente das nuances de cada concepção, Perez Luño argumenta que ambos os autores mencionados consideram que os direitos humanos configuram-se como categoria prévia e legitimadora dos direitos fundamentais, mas que tais valores prévios por eles expressados correspondem, em Fernández-Galiano, como ordem objetiva e universal de uma axiologia ontológica, e em Peces-Barba, como filosofia humanista de signo democrático.

Numa perspectiva histórica, é possível estabelecer como pressuposto que as conquistas dos direitos e as afirmações de valores são realizadas ao longo de um complexo processo de desenvolvimento da humanidade, e é no plano histórico que podemos encontrar a formalização de documentos que significativamente originam as declarações e garantias dos direitos humanos, como os *Bills of Rights* das colônias americanas que se insurgiram contra a Coroa Inglesa (1776), o *Bill of Right* inglês, fruto da chamada Revolução Gloriosa de 1689, embora este último trata não especificamente de direitos do homem, mas de direitos tradicionais do cidadão inglês, fundados na *common law*. Com forte significação simbólica, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, que proclamava o ideal de liberdade e igualdade, direitos naturais e imprescritíveis, como liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, como forma de legitimar toda a associação política.⁸

tradução do espanhol pelo autor deste artigo.

6 PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. p. 49.

7 PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. p. 50.

8 Nesse sentido histórico, ver o verbete Direitos Humanos (Nicola Matteucci), in

Quanto à origem dos direitos humanos, é interessante mencionar a controvérsia representada por dois autores clássicos: Georg Jellineck, para quem a origem dos direitos humanos se confunde com a história da América (EUA), desenvolvida segundo os *Bills of Rights* na Constituição da Virgínia de 1776 e nas Constituições dos demais Estados americanos, em oposição a Emil Boutmy, compreendendo que a origem dos direitos humanos é francesa.⁹

Para Boutmy, os direitos humanos se baseiam como ideia filosófica, e embora reconhecendo que as *Bills of Rights* americanas são anteriores à Declaração francesa de 1789, entendia que eram “apenas” direitos fundamentais. Ao contrário, Jellineck busca a realidade histórica.

Conforme Kriele, não podemos apontar uma dessas posições como vencedora, afinal tanto a concepção de direitos humanos filosóficos como também a concepção de direitos fundamentais juridicamente institucionalizados devem ser contemporizadas diante da existência de “uma relação mútua entre a filosofia iluminista e a Declaração francesa dos Direitos humanos por um lado, e entre o desenvolvimento das Constituições americanas e a propagação do Estado Constitucional do mundo ocidental de outro”.¹⁰

Na compreensão de Perez Luño, os direitos humanos, como categoria histórica cuja gênese se situa no ambiente que inspirou as revoluções liberais do Século XVIII, trazem em sua formação ingredientes das correntes doutrinárias do jusnaturalismo racionalista e do contratualismo. No que concerne ao aspecto do jusnaturalismo racionalista, localiza-se a ideia de que todos os seres humanos possuem direitos naturais oriundos de sua racionalidade, direitos estes que devem ser reconhecidos na forma de sua positivação pelo poder político. Quanto ao aspecto do contratualismo, as normas jurídicas e as instituições políticas devem corresponder ao consenso ou à vontade popular, e não ficar ao arbítrio dos governantes.¹¹

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Política. v. 2. p. 353-354.

9 Sobre a controvérsia de Jellineck com Boutmy, ver: KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**. p. 181-183.

10 KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**. p. 183-184.

11 A propósito, PEREZ LUÑO, Antonio. E. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006. p. 206-207.

2. O SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PROBLEMA DA UNIVERSALIDADE

No processo de formação e desenvolvimento dos direitos humanos, constitui-se um momento de suma importância o período que se segue após o advento da 2ª Grande Guerra Mundial, em que surge o denominado Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, por intermédio do sistema global e de sistemas regionais.

O Sistema Global de Direitos Humanos tem as Nações Unidas - ONU como protagonista principal e como marco a Declaração dos Direitos Humanos, aprovada em 1948.

A Carta das Nações Unidas, firmada inicialmente por 51 países (atualmente são membros 192 Estados soberanos) em São Francisco - EUA, em 26 de junho de 1945, estabeleceu a Organização das Nações Unidas, com o objetivo de paz e segurança internacionais, do desenvolvimento de relações amistosas entre nações e de promover o progresso social, melhores níveis de vida e os direitos humanos.

Com sede em Nova Iorque - EUA, a ONU estrutura-se e desenvolve seus objetivos por intermédio de seus órgãos (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça - esta em Haia, na Holanda, Conselho Econômico e Social e Secretariado), como também por suas agências, organismos e programas.¹²

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Sistema Global configura-se por intermédio de diversos documentos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), dentre outros.

Ao lado, e complementado o Sistema Global, encontram-se os Sistemas Regionais de Direitos Humanos, compreendido o da Europa, o das Américas e o da África.¹³

12 Sobre a estrutura da ONU: <http://www.un.org/es/aboutun/structure/>.

13 Para uma visão comparativa dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, sintetizada e atualizada até o ano de 2005, ver: HEYNS, Christof; PADILLA, David and

O Sistema Europeu é organizado no âmbito do Conselho da Europa (CE)¹⁴, fundado em 1949, possui atualmente 47 países membros e tem como fundamento geral a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950/1953). Substituindo a estrutura original, foi criada em 1998 uma Corte única, permanecendo a sede em Estrasburgo, na França. Possui instrumentos adicionais ou especializados como, por exemplo, a Convenção Europeia sobre Extradução (1957/60), a Convenção Europeia sobre Assistência Mútua em Assuntos Criminais (1959/62), a Carta Social Europeia (1961/65), a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos ou Punições Desumanas ou Degradantes (1987/89), a Convenção para a Proteção das Minorias Nacionais (1995/98), a Carta Social Europeia Revisada (1996/99), a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina (1997/1999) e Convenção Europeia sobre Nacionalidade (1997-2000), dentre outros.

O Sistema Interamericano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁵, atualmente com 35 países membros, tem por estrutura a Corte (1979), sediada em San José, na Costa Rica, e a Comissão (1960, revisada em 1979), sediada em Washington, nos Estados Unidos. Possui como tratado geral de base a Carta da OEA (1948/51), lida conjuntamente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969/78), além de instrumentos adicionais ou especializados como, por exemplo, a Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura (1985/87), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988/99), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte (1990/91), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994/96), a Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher (1994/95) e a Convenção Interamericana sobre

ZWAAK, Leo. **Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização.** *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2006, vol.3, n.4, pp. 160-169. ISSN 1806-6445, bem como a obra: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007.

14 Site oficial: <http://www.coe.int/>

15 Site oficial: <http://www.oea.org>

a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiências (1999/2001).

O Sistema Africano, ainda em fase inicial, foi inserido a partir de 2002 no âmbito da União Africana (UA)¹⁶, cujos tratados gerais são a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981/85) e o Protocolo à Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos no estabelecimento da Corte Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1998/2004).

Enquanto o sistema global tem ênfase na universalidade, e este justamente é um elemento de dificuldade, em especial diante da diversidade cultural, religiosa, política e econômica, os sistemas regionais têm mais flexibilidade e atendem aos valores locais, muitas vezes não alcançados pelo sistema global.

O sistema regional atende às características e peculiaridades geográficas, históricas e culturais dos povos dos Estados envolvidos.

Aliás, o caráter de universalidade consiste numa das principais diferenças do sistema global de direitos humanos com relação a anteriores proteções ou direitos, que abrangiam apenas classes ou grupos determinados de pessoas.

Os argumentos contra o caráter ideal e universal dos direitos humanos podem ser localizados tanto no plano das ideias como no aspecto dos movimentos políticos. Ademais, pode-se perceber que ainda se está longe de uma efetividade universal quanto aos postulados de direitos humanos.

A propósito, Perez Luño sintetiza os contrapontos à questão da universalidade dos direitos humanos nos âmbitos filosófico, político e jurídico.¹⁷

No plano filosófico, Perez Luño menciona Jean-François Lyotard, que na obra “A condição pós-moderna” defende valores alternativos, em especial o particularismo e a diferença, numa revisão crítica aos valores da modernidade, como o da racionalidade, da universalidade e da igualdade. Numa outra obra, “A diferença”, Lyotard diz que o que

16 Site oficial: <http://africa-union.org>

17 Com referência às críticas ao universalismo aqui expostas, ver: PEREZ LUÑO. **La tercera generación de derechos humanos**. p. 209-215.

enaltece o ser humano é seu esforço em se diferenciar dos demais. Nesse sentido, Perez Luño cita outro autor francês, Bernard-Henri Lévy, o qual argumenta que a racionalidade e a dignidade do ser humano se manifesta com o esforço por se diferenciar do grupo, em não se parecer com os demais. Perez Luño menciona, ainda, o movimento comunitarista, também contrário à universalidade dos direitos humanos, pois se opõe a uma visão abstrata e ideal forjados na modernidade.

Quanto ao plano político, o ataque à universalidade tem como fundo o relativismo cultural, em que cada povo e cultura, historicamente, forma seu próprio modo de vida e, assim, não há que se falar em hegemonia. Assim, as sociedades livres e pluralistas não devem impor suas instituições aos demais. A crítica pode se referir, também, ao problema da imposição de valores como eurocentrismo, neoimperialismo ou neocolonialismo.

Por último, no que concerne ao plano jurídico, a crítica ao universalismo pode ser localizada na heterogeneidade dos textos constitucionais comparados, em que, dependendo do tipo de Estado (liberal ou social) pode existir tratamento privilegiado e, portanto, diferenciados entre liberdades individuais e direitos sociais.

Tais críticas, no entanto, são rebatidas por Perez Luño¹⁸: no que concerne às expressões modernidade e pós-modernidade, há que se compreendê-las na acepção cronológica, e não axiológica. Não significa que as novas concepções filosóficas ou pós-modernas sejam melhores que as antigas concepções. Quanto ao comunitarismo, a moral individual não se mostra mais adequada que o *ethos* social para os problemas ético-jurídicos contemporâneos. Deve-se afastar, contudo, o *ethos* social comunitário como um retorno de identidades coletivas nacionalistas e tribais. Aliás, enfatiza que o nacionalismo radical constitui-se num absurdo lógico e ético.

Ora, concordando com Perez Luño no que se refere ao relativismo cultural, indaga-se: como admitir, ainda, nessa quadra da história, a mutilação genital feminina em países africanos e asiáticos, o analfabetismo e a violência imposta a mulheres em países em geral islâmicos, e toda uma série de violações e tiranias que atentam contra a dignidade

18 Quanto às boas razões do universalismo ver: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. p. 215-224.

humana revestidas de costume local?

E, quanto ao último aspecto em que rebate a crítica contra o universalismo, Perez Luño lembra que é necessário enfatizar que não se pode confundir as categorias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os direitos humanos, diante da sua universalidade, possuem dimensão deontológica que, quando recepcionados nos ordenamentos positivos, se caracterizam como direitos fundamentais. No entanto, nem todos os direitos humanos são recepcionados nos ordenamentos estatais.

Diante do embate entre as posições relativistas e universalistas, vale mencionar a Declaração de Viena, de 25/06/1993, que assim estabelece:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade, e com a mesma ênfase. Embora o significado das particularidades nacionais e regionais e diversos contextos históricos, culturais e religiosas devam ser tidos em conta, é o dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, para promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Conforme Piovesan, que adota a lição de Jack Donnelly, a Declaração de Viena de 1993 acolheu a corrente do forte universalismo ou do fraco relativismo cultural, em que, embora possam ser admitidas variações culturais no modo de interpretação dos direitos humanos, é necessário insistir na sua universalidade moral e fundamental.¹⁹

Os direitos humanos, se considerados como inerentes a todos os seres racionais, não podem ficar circunscritos a segmentos ou grupos determinados e, portanto, não podem ser restringidos por concepções de relativismo cultural.

Parece claro, contudo, que o respeito e a concretização dos direitos humanos demandam ainda um longo processo de assimilação e consenso entre os povos e as pessoas, principalmente se consideradas a complexidade e a pluralidade cultural da sociedade.

19 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 160-161.

3. A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Tem merecido certa atenção da doutrina especializada, principalmente pelos complexos aspectos teóricos e práticos que envolvem o tema, o problema da internalização dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos estatais e as suas relações hierárquicas com as demais normas.

Num aspecto preliminar, para melhor situar o problema da recepção dos tratados internacionais no ordenamento estatal, cabe lembrar as duas grandes correntes doutrinárias: o monismo (Kelsen), em que as normas de direito internacional e o ordenamento jurídico nacional estão em conexão, formando um sistema ou uma unidade, e o dualismo (Karl Heinrich Triepel; Anziolitti), em que o direito internacional e o ordenamento nacional são distintos.²⁰

Para a categoria “tratado internacional” utiliza-se a conceituação estabelecida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), no sentido de que

significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;” ou, ainda, conforme Rezek, “é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”²¹

Observe-se que a Constituição brasileira de 1988 utiliza as expressões “tratados e convenções internacionais” (art. 5º, inc. III), muito embora o uso generalizado apresente diversas outras variantes terminológicas (acordo, convenção, declaração, etc.), mas todas podem ser

20 Sobre as correntes doutrinárias do monismo e do dualismo: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *General Theory of Law and State*. p. 515-517. DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7-13.

21 REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14.

inseridas no mesmo conceito.²²

O Brasil assinou diversos atos multilaterais no âmbito dos direitos humanos, cujos tratados ingressaram no ordenamento jurídico nacional. Na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre outros, foram recepcionados o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992), Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (Decreto n. 4.377/2002), Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto n. 40/1991), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto n. 98.386/1989), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 3.321/1999), Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Decreto n. 5.051/2004), Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n. 99.710/1990), Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Relativo à Abolição da Pena de Morte (Decreto n. 2.754/1998), Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Decreto n. 2.740/1998), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1.973/1996), Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contras as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto n. 3.956/2001), Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto n. 4.463/2002).

Mas qual seria a relação hierárquica desses tratados internacionais com o ordenamento interno?

Iniciando-se com a negociação (bilateral ou coletiva), o tratado internacional percorre um processo formal até o ingresso no ordenamento estatal interno.²³

No Brasil, os tratados internacionais, para que sejam incorporados

22 A propósito das variantes terminológicas da expressão “tratado” ver: REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. p. 14-16.

23 No que se refere às fases de formação de um tratado internacional e a seu processamento ver: REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. p. 33 e seguintes.

ao ordenamento interno, após a celebração pelo Presidente da República (em geral por seus representantes diplomáticos), como chefe de Estado, devem passar pelo crivo do Poder Legislativo. Assim, o Congresso Nacional delibera e aprova por intermédio de um decreto legislativo. De todo modo, o Congresso Nacional não pode modificar o conteúdo do tratado internacional e sua competência limita-se a aprovar ou rejeitar o texto.

Aprovado o tratado internacional na esfera legislativa, cabe ao Presidente da República a sua ratificação. Posteriormente, é promulgado por decreto presidencial e publicado.

Portanto, no caso brasileiro, somente após ter sido submetido ao referendo do Congresso Nacional é que um tratado anteriormente firmado pode ser declarado aceito (ratificado) pelo Presidente da República e somente após o depósito da ratificação é que entrará em vigor como norma de natureza internacional aplicável internamente.²⁴

Quanto ao problema da integração dos tratados internacionais nos ordenamentos internos de cada país, Dallari expõe, inicialmente, a proposta classificatória de Antonio Cassese de 1985, conforme segue: aqueles países em que a) as disposições constitucionais nada mencionam sobre a implementação de tratados; b) embora façam menção à observância dos tratados, não os colocam em posição superior às leis do Estado; c) aqueles que conferem aos tratados a posição quase de leis constitucionais; d) os tratados podem inclusive derogar as leis constitucionais. Contudo, Dallari atualiza essa classificação no Direito Comparado, principalmente com as sensíveis transformações ocorridas após o estudo mencionado.²⁵

24 Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: ... VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;...”.

Sobre a sistemática procedimental no ordenamento brasileiro, ver dentre outros: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 402-404, bem como MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001. p. 27-53. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/677>>. Acesso em 11 mai 2010.

25 Quanto aos modelos de sistemas de integração dos tratados: DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. p. 20-44.

Especificamente no que se refere aos tratados de direitos humanos e a sua posição no arcabouço normativo, quatro correntes de entendimento podem ser sintetizadas: a da natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos, ou seja, os tratados de direitos humanos preponderam sobre as normas constitucionais; a do caráter *constitucional* desses diplomas internacionais, portanto, equivalentes; a de seu reconhecimento como lei *ordinária*; e a do caráter *supralegal* dos tratados e convenções sobre direitos humanos.²⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil, a propósito, dispõe em seu art. 5º:

§2º. 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”.

“§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Até recentemente, prevalecia o entendimento de que tratados internacionais em geral seriam recepcionados no ordenamento interno no mesmo patamar das leis ordinárias.

Contudo, no que se refere aos direitos humanos, o panorama parece caminhar num sentido de consideração diferenciada.

Pode-se extrair do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, acima transcrito, um caráter de cláusula aberta para a recepção de outros direitos decorrentes de tratados internacionais, ao que até poderiam ser considerados como integrantes dos direitos constitucionalmente consagrados e imediatamente exigíveis no ordenamento interno.²⁷

A Emenda Constitucional 45, de 2004, ao acrescentar o § 3º ao art.

26 Conforme MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 654.

27 Posição defendida por CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos, v. I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.407-408.

5º da Constituição brasileira, no entanto, parece ter trazido um alento ao problema, ao propiciar a recepção de tratados internacionais de direitos humanos, desde que votados em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por aprovação de 3/5 em cada turno, que adquirem *status* de norma constitucional. Entretanto, como ficariam os demais tratados de direitos humanos que não fossem aprovados com tal procedimento? Teríamos duas categorias de tratados de direitos humanos?

Percebe-se, no entanto, que a tese do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos que não são recepcionados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição passa a ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma o julgamento de casos a respeito da prisão civil de depositário infiel.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no art. 5º, inc. LXVII, a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, mas, diante do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que o Brasil aderiu em 1992, a legislação infraconstitucional conflitante passa a ter sua eficácia paralisada.²⁸

Convém transcrever, a seguir, decisão do Supremo Tribunal Federal, dentre outras, que ilustra o entendimento sobre o caráter de supralegalidade dos tratados de direitos humanos não abrangidos pelo § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:²⁹

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO

28 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 670-671.

29 No mesmo sentido: Pleno do Supremo Tribunal Federal, HC 87585/TO (Rel. Min. Marco Aurélio). Também no STF: HC 88240/SP, 2ª Turma, em 07/10/2008 (Rel. Min. Ellen Gracie), HC 94702/GO, 2ª Turma, em 7/10/2008 (Rel. Min. Ellen Gracie), HC 95967/MS, 2ª Turma, em 11/11/2008 (Rel. Min. Ellen Gracie), HC 92817/RS, 1ª Turma, em 16/12/2008 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), HC 94523/SP e HC 94013/SP, 1ª Turma, em 10/2/2009 (Rel. Min. Carlos Britto) e RE 404276 AgR/MG, 2ª Turma, em 10/3/2009 (Rel. Min. Cezar Peluso).

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação

constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

A complexidade do problema permanece, pois, de um lado, tem-se a abertura normativa proporcionada pela possibilidade interpretativa do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Em outra possibilidade, a equiparação de tratados de direitos humanos a emendas constitucionais, desde que recepcionados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. E, ainda, o entendimento do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos não equiparados a normas constitucionais, o que, nesse último caso, ocasiona categorias diferenciadas de direitos humanos, fato que se demonstra incoerente.

4. DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: INTERAÇÕES E A PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

No que se refere aos direitos humanos, dentre diversos outros aspectos, três questões importantes podem ser suscitadas: a) o problema da universalidade quanto ao sistema global; b) o problema do sistema regional e sua limitação ao território das respectivas regiões; c) os direitos fundamentais, que, embora possam ter como elementos legitimadores os direitos humanos, variam em graus de proteção e não são uniformes entre todos os países.

Ou seja, pode-se afirmar que os problemas quanto ao respeito e à concretização de direitos humanos e de direitos fundamentais, diante da relação complexa da sociedade mundial, não podem ficar circunscritos a uma única ordem jurídica, seja estatal ou não estatal.

O caminho parece indicar que os direitos humanos formam um “ordenamento jurídico de proteção” de maneira que não cabe considerar os ordenamentos nacionais e internacionais como estanques ou compartimentalizados. Pelo contrário, direito internacional e direito

interno devem ser compreendidos como “em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos”.³⁰

Não parece difícil perceber que a sociedade mundial contemporânea se revela multifacetada e pluralista, envolvida pelo fenômeno complexo que é o da intensificação da globalização.

De fato, as relações se intensificam de tal forma que refletem nas variadas esferas da vida social. A velocidade das comunicações e do fluxo de capital, o comércio internacional e os deslocamentos e circulação de bens e pessoas se expandem e observa-se até uma porosidade dos limites antes mais marcantes entre os Estados Nacionais. Ademais, a centralidade do poder político estatal sofre certa diminuição, que agora é compartilhado com outros diversos centros de decisão, inclusive em relações transnacionais e supranacionais.

Nesse ambiente globalizado e multifacetado convivem os ordenamentos jurídicos nacionais e os diversos outros ordenamentos, de tal forma que nos remetem a refletir sobre as relações e os reflexos que se originam nesse cenário.

Esses ordenamentos internacionais, transnacionais ou supranacionais não se ajustam aos modelos tradicionais ou clássicos de Estado e de direito internacional, gerando possibilidades teóricas de modelos como o de um constitucionalismo supranacional global, ou supranacional regional e até de constituições civis transnacionais da sociedade global (Teubner).

Abordando a discussão sobre novos paradigmas em substituição ao paradigma clássico do constitucionalismo ocidental, Canotilho propõe, embora voltada especificamente ao processo de construção europeia, uma teoria da interconstitucionalidade, já tratada primeiramente por F. Lucas Pires (*Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1998).³¹

No âmbito da supranacionalidade do caso europeu, Canotilho propõe o seguinte:

Em vez de lidarmos com os conceitos de ‘constiti-

30 Nesse sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. p.401-403.

31 A propósito das tendências do constitucionalismo global: CANOTILHO J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 259-345.

cionalismo multilateral` (*multilevel constitutionalism*), de `constitucionalismo cooperativo e multidimensional`, de `federalismo e confereralismo constitucional`, preferimos servir-nos de uma teoria da interconstitucionalidade que, como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político³²

Também é interessante, como alternativa às abordagens tradicionais vinculadas ao direito estatal ou constitucional, a contribuição de Teubner a respeito de um ordenamento jurídico mundial além das ordens políticas nacional e internacional, cujos candidatos a esse direito mundial sem Estado seriam, inicialmente, ordenamentos jurídicos de empresas multinacionais, direito do trabalho, área de padronização técnica e do autocontrole profissional, direitos humanos, proteção ambiental e, inclusive, o mundo esportivo (as “constituições civis” da sociedade mundial). Esse direito global, que abrange os atores privados ou quase-públicos, permite três considerações: 1) somente pode ser exposto adequadamente por uma teoria do pluralismo jurídico; 2) (como não internacional) é um ordenamento jurídico que não pode ser mensurado conforme os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais; 3) sua relativa distância das políticas internacionais não protegerá o direito mundial de uma repolitização. Contudo, essa repolitização não será realizada pelas instituições políticas tradicionais, mas por variados processos por meio dos quais o direito mundial se acopla estruturalmente com discursos altamente especializados.³³

Para Teubner, o direito mundial se desenvolverá não a partir dos centros políticos dos Estados-nação e das instituições internacionais, mas a partir das periferias sociais.

Num sentido diferenciado, Marcelo Neves propõe e desenvolve o conceito de transconstitucionalismo, a respeito do qual, de forma descritti-

32 CANOTILHO J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 266.

33 TEUBNER, Gunther. **Global bukowina**: legal pluralism in the World Society. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28). Disponível em <https://web.uni-frankfurt.de/fb/fb01/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/Bukowina_english.pdf>. Acesso em 13 mai 2010.

va, apresenta-se a seguir alguns pontos para uma aproximação do tema.

Crítico³⁴ quanto às concepções de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, Marcelo Neves introduz o conceito de transconstitucionalismo. Como fundamento de sua argumentação, parte do conceito de “razão transversal” de Wolfgang Welsch³⁵, mas afasta-se

para analisar os limites e possibilidades da existência de racionalidades transversais parciais (‘pontes de transição’) tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (Constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial.³⁶

Como pressuposto teórico, Neves propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna de Niklas Luhmann.³⁷ Para tanto, utiliza o conceito de racionalidade transversal (Welsch), que diz respeito aos entrelaçamentos que servem de aprendizados ou influências recíprocas entre esferas da sociedade com racionalidades ou experiências diversas.³⁸

Em decorrência desses pressupostos, considera a Constituição de um Estado não só como acoplamento estrutural entre o sistema

34 Para Neves, “Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131).

35 Para uma aproximação quanto ao conceito de “razão transversal”: WELSCH, Wolfgang. **Rationality and Reason Today**.. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html>>; Acesso em 31 mai 2010.

36 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. xxii.

37 “Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais” (Conforme NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.37). O conceito de acoplamento estrutural deriva da obra de Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da biologia, mas trazido por Luhmann para o campo da sociologia. Sobre o desenvolvimento conceitual de acoplamento estrutural ver: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis – RJ: Vozes, 2009. Título original em espanhol: *Introducción a la Teoría de Sistemas – Lecciones* publicadas por Javier Torres Nafarrate. p. 128-151.

38 A propósito: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 34-50.

político e o sistema jurídico, conforme desenvolvido por Niklas Luhmann, “mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito”, e que a Constituição transversal “pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem”.³⁹

Para se definir as questões que dizem respeito ao transconstitucionalismo, é preciso desvincular o conceito clássico de Constituição ligada territorialmente a determinado Estado. Desta forma,

Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.⁴⁰

Portanto, é nessa lógica de raciocínio que afirma que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, diante de sua transterritorialidade, e exigem soluções no entrelaçamento entre elas, que não estão circunscritas a determinado Estado.

Ao tratar especificamente do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas e como elas podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais, Neves expõe casos concretos. Aborda, então, o transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais e entre direito supranacional e direito internacional.⁴¹

Como exemplo de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal, tome-se o exemplo do disposto no art. 7º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, no âmbito do Sistema Interamericana de Direitos Humanos, que, embora permita a prisão

39 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 62-63.

40 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 119-120.

41 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 115-234.

por dívida alimentícia, proíbe a prisão civil do depositário infiel, e o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que permite a prisão civil do depositário infiel.

Conforme já se expôs, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, ao apreciar o tema da prisão civil do depositário infiel, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, que não sejam recepcionados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira como equivalentes à emenda constitucional, têm status hierárquico de supralegalidade. Tal entendimento muda o paradigma anterior no direito brasileiro de considerar os tratados internacionais ratificados como normas ordinárias. Com essa nova orientação, compreende-se nesse caso que a norma constitucional brasileira apenas admitiu a prisão civil do depositário infiel, mas que as normas infraconstitucionais que preveem a prisão civil, antes ou após o ato de adesão (art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como o art. 652 do Novo Código Civil - Lei n. 10.406/2002) não podem estar em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao comentar a referida apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, Neves observa que na discussão que se travou a respeito, ou nesse diálogo entre ordenamentos, “parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas”.⁴²

Sob outro ângulo, no entanto, um tratado internacional de direitos humanos pode caracterizar uma restrição a direitos fundamentais, como por exemplo a colisão entre o disposto no art. 77, n. 1, *b*, do Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional), que prevê a possibilidade de prisão perpétua, e o disposto no art. 5º, inc. XLVII, *b*, que veda penas de caráter perpétuo.⁴³

42 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 146.

43 O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, foi aprovado em 17/7/1998 e foi assinado pelo Brasil em 7/2/2000. Foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6/6/2002, pelo Decreto Legislativo n. 112. O Decreto presidencial n. 4.388 que o promulgou é de 26/9/2002. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi constitucionalizada a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional com o acréscimo do § 4º ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Muito embora possa existir uma tendência de que, num caso concreto, deva ser exigida a comutação de pena para o máximo de 30 anos para a entrega à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, ainda não há entendimento sedimentado a respeito.

De todo modo, adverte Neves que

a disposição para o aprendizado em ambos os lados os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisivo para o sucesso nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.⁴⁴

Portanto, ao se considerar a relação entre ordens internacionais e ordens nacionais estatais, o transconstitucionalismo remete ao diálogo e à razão transversal, não prevalecendo o tratamento privilegiado pelo Estado, nem pelo direito internacional público.

Uma outra situação de transconstitucionalismo ocorre no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, como um sistema multicêntrico de ordens cujas relações são heterárquicas, embora haja hierarquia no seu interior.⁴⁵

Decorre que o transconstitucionalismo de um sistema mundial de níveis múltiplos relaciona-se com os problemas de direitos fundamentais e de direitos humanos que perpassam em diversos tipos de ordens jurídicas (estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais). Portanto, diversas ordens jurídicas podem estar entrelaçadas simultaneamente para a solução de determinado caso. Como exemplo aplicável a um caso brasileiro, menciona o Habeas Corpus n. 82.424/RS, em cuja decisão o Pleno do STF entendeu como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo considerado antissemítico por negar o holocausto, caso em que foram utilizados na fundamentação do acórdão

44 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 147.

45 Com a expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, Neves pretende “ressaltar uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 236-237).

argumentos de direito estrangeiro, do direito internacional público, e ainda com menção ao caso *Jersil v. Dinamarca*, apreciado pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, julgado em 23/9/1994.⁴⁶

Por último, ao tratar dos limites e possibilidades do transconstitucionalismo, Neves aponta que, com relação às considerações empíricas, o problema que se apresenta é quanto à assimetria das formas de direito como condição negativa; quanto a sua exigência funcional, o transconstitucionalismo serve como fator de integração sistêmica em uma sociedade complexa como a atual; como pretensão normativa, é fundamental para a integração social principalmente no que diz respeito ao problema da inclusão/exclusão de pessoas.⁴⁷

De todo modo, sem embargo das dificuldades inerentes ao tema, os problemas constitucionais não se restringem ao “constitucionalismo provinciano”, pois as interações e os diálogos entre as ordens diversas, sejam elas nacionais, internacionais, estatais, supranacionais ou transnacionais, são quase que decorrência lógica de uma sociedade multifacetada e fragmentada, que ao mesmo tempo interage numa complexa rede de abrangência global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do tema proposto, desenvolvido neste artigo por alguns fragmentos de ideias, destina-se a servir de esboço para uma reflexão a propósito das possibilidades e das dificuldades na interação entre ordens jurídicas diversas, em especial no que concerne aos tratados de direitos humanos e aos direitos fundamentais.

Para tanto, a estrutura deste texto foi organizada para a) primeiramente, apresentar as distinções e significações das categorias “direitos humanos” e “direitos fundamentais” que, para fins deste artigo, podem ser compreendidas em ordenamentos distintos; b) descrever sinteticamente o sistema internacional de proteção dos direitos humanos nos âmbitos do Sistema Global (ONU) e Sistemas Regionais (Interamericano,

46 Sobre o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos e o exemplo mencionado: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 249-270.

47 Sobre limites e possibilidades, NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 280 e seguintes.

Europeu, Africano), abordando em especial o problema da universalidade; c) tratar da questão da internalização dos tratados dos direitos humanos e da relação com a normatização interna, constitucional e infraconstitucional, sob o ponto de vista hierárquico; d) por último, um pequeno esboço quanto a algumas das possibilidades de interações entre direitos humanos e direitos fundamentais como ordens jurídicas diversas, apresentando sinteticamente uma descrição do transconstitucionalismo conforme conceituado e desenvolvido por Marcelo Neves.

Embora se possa admitir que convivamos num cenário de intensa globalização nos mais diversos aspectos, em que a circulação de informações, ideias, bens, capital e pessoas possam se apresentar, aparentemente, como uma tendência de universalidade, ao mesmo tempo percebe-se que os valores como a liberdade, a igualdade e o modo de vida em geral não são compartilhados da mesma forma pelos indivíduos, pelos grupos sociais e pelos centros de poder.

Tal paradoxo se faz igualmente presente quando se pretende a universalidade dos direitos humanos no sistema global no âmbito da ONU.

Também os obstáculos de assimilação e concretização são sentidos nos sistemas regionais de direitos humanos, tomando-se como exemplo o sistema interamericano de direitos humano com relação aos Estados que compõem a OEA.

Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais, positivados nas Constituições, que tem justamente nas conquistas de direitos humanos sua força legitimadora privilegiada, também não são compartilhados homogeneamente entre os povos e os Estados nacionais. Contudo, os problemas concretos das pessoas e dos Estados se interrelacionam, de forma que interessam a mais de uma ordem jurídica.

Percebe-se, assim, que os limites territoriais e do poder centralizado dos Estados nacionais não circunscrevem de forma absoluta e delimitada toda a gama de relações sociais e culturais, seja no aspecto interno, seja no aspecto externo. Nesse contexto, não parece o melhor caminho optar-se pela hegemonia ou preponderância do direito internacional, nem pela do direito dos Estados nacionais.

A interação de ordens normativas diversas pode não ser a melhor resposta para a complexidade do problema, mas descortina possibilidades não só teóricas e acadêmicas, mas também práticas, no sentido

de se buscar propor soluções que ao menos não excluam as pessoas da conquista de sua dignidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionario di Politica. v. 2.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos, v. I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

CANOTILHO J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA, Marcos Leite; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

HEYNS, Christof; PADILLA, David and ZWAAK, Leo. **Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização**. *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2006, vol.3, n.4, pp. 160-169. ISSN 1806-6445. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/09.pdf>, acesso em 13/4/2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: General Theory of Law and State.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Título original: Einführung in die Staatslehre: Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis - RJ: Vozes, 2009. Título original em espanhol: Introducción a la Teoría de

Sistemas – Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001. p. 27-53. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/677>, acesso em 11/05/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio. E. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Global bukowina: legal pluralism in the World Society**. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28).

https://web.uni-frankfurt.de/fb/fb01/1_Personal/em_profes/teubner/dokumente/Bukowina_english.pdf. Acesso em 13/5/2010 .

WELSCH, Wolfgang. **Rationality and Reason Today**.

<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html> Acesso em 31/5/2010.

CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

Isaac Sabbá Guimarães

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Doutorando pela Univali

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO I. LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DA HUMANIDADE. I.1 Liberdade dos antigos. I.2 Liberdade e suas vicissitudes ao longo do medievo. I.3 O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão. I.4 A liberdade dos modernos (o Iluminismo e a nova perspectivação do homem). II. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADES. II.1 A experiência constitucional inglesa. II.2 A experiência constitucional americana. II.3 A experiência constitucional francesa (modelo do constitucionalismo da Europa continental). III. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. III.1 Novas gerações de direitos. III.2 A irrenunciabilidade dos direitos ancestrais como fundamento de sentido e ordem para o homem e a necessária positivação na Constituição. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

RESUMO

O presente artigo intenta afirmar a posição de que os direitos clássicos

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 71 - 126	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	-------------	----------------

sicos, também chamados de direitos de liberdade, são, no percorrer da história do direito constitucional, imprescindíveis apesar do sucessão de gerações de direitos. Para tanto, primeiramente o autor estabelece a idéia de liberdade, apresenta os movimentos de constitucionalização e discorre sobre as gerações de direitos, quando estabelece um seu conceito fundamental e explicativo da idéia central do texto.

ABSTRACT

This paper is an intent to research the sense of classics rights, how non refused rights. The author call then frequently liberty rights (also rights of first generation). At first, the author presents a large philosophical idea of liberty, then parts to origins of constitutionalism, when he talks about generations of rights and its fundamental concept, that central aspect in this paper.

PALAVRAS-CHAVE: direitos de liberdade – direitos humanos – gerações de direitos – direitos fundamentais – direito constitucional.

KEY-WORDS: liberty rights – human rights– generation of rights – fundamental rights– constitutional rights.

INTRODUÇÃO

Ao lançarem-se os olhos para os alvares da *constituição* das civilizações humanas, logo se perceberá que desde a antiguidade há uma preocupação gravitando em torno de dois eixos fundamentais para a elaboração racional do convívio social (que bem pode ser reconhecido como convívio político-social, uma vez que a *pólis* – onde se dão os jogos de interação humana – é o próprio elemento que amalgama a idéia¹ de

1 Utilizaremos a boa e velha ortografia da língua culta escrita no Brasil, com diferenças em relação a outras modalidades idiomáticas de raiz comum que não se compaginem com o interesse de unificação pretendido pelas comunidades lusófonas (isto também em parte, porque os portugueses continuam ciosos – com toda a razão – de seu modo de falar e escrever e resistem, por isso, à unificação, que se não pode dar

sociedade organizada), o da *práxis* e o da técnica teorizada, formando duas linhas discursivas complementárias entre si (e indissociáveis)², mas com pontos de interseção: referimo-nos àquilo que para a filosofia antropológica pode ser considerado como uma aporia, que é a indiscutível propensão humana para a auto-realização, característica só concebível se conjugada com a idéia de liberdade pessoal, inclusive para a escolha de direções para a vida, mas que necessária e condicionalmente se vincula à concepção do homem como *ser-em-sociedade*. Ora bem, desde Aristóteles se tem a noção de que a perfectibilidade do homem só é possível através de sua vivência em meio social; e este será o elemento condicional, que só por si torna a questão problemática. Tentemos melhor explicar a situação.

As experiências de governos autoritários, ainda presentes em alguns Estados onde, pela violência e coação, se optou pelo fundamentalismo teológico (e teocrático), ou que representam as sobras do stalinismo, ou que concretizam o ressurgimento pela via do populismo de um modelo de socialismo de todo em todo anacrônico, são, como facilmente se percebe, posições muito claras de domínio e de subjugação, que em nada se relacionam com a idéia de auto-realização, de liberdade pessoal e de progresso (não apenas material, mas espiritual e humano). A extrema apatia de povos subjugados por um modelo de governo que não permite a manifestação das liberdades religiosa, de expressão e política, coincide, como bem se sabe, com baixos índices de qualidade de vida, com a falta de progresso material e de perspectivas para o futuro. Por outras palavras e à guisa de primeira aproximação, segundo entendemos, a perfectibilidade humana estará diretamente relacionada com as concretizações de liberdade ou, ao menos, com sua otimização, só possíveis, no entanto, onde os Estados se constituem sob a égide da democracia. Mas, de pronto - e aí se encontra a aporia instalada no sistema dialético operado entre *práxis* e técnica teorizada -, surgem as hipóteses restritivas do conceito de liberdade. A primeira e fundamental equaciona-se com o aspecto determinista que enforma o

por via de decreto).

- 2 Acerca da intrigante questão de predominância de uma ordem de conhecimento sobre a outra, ou sobre a possibilidade de autonomização das referidas categorias, cf. SARTORI, Giovanni. A política: lógica e método nas ciências sociais. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, *maxime* p. 75-87. Título original: La política: lógica e metodo in scienze sociali.

ser humano: o homem está condenado a viver em sociedade e por isso deve ser entendido como um *ser-em-sociedade*. Desta forma, a idéia de liberdade terá contornos determináveis pela circunstância do homem – de estar inserido na sociedade e ter de nela amoldar-se e moldá-la –, e jamais poderá ser absolutizada sob pena de dar-se sua negação³. A segunda encontra-se no fato decorrente do aperfeiçoamento do Estado⁴, que, conforme terá dito Pontes de Miranda, criou técnicas de liberdade, sendo a principal delas aquilo que denominamos de liberdade legal. A idéia de liberdade estará presuntivamente encerrada nas regras do direito e, portanto, seu âmbito estender-se-á sobre tudo aquilo permitido ou, simplesmente, não proibido por lei. Assim, o Estado – de modelo democrático, frisemos –, que assume o monopólio da preservação da *pax* social, cria e fiscaliza as regras dos jogos sociais, tendo ele próprio autolimitar-se em nome dos valores anteriormente referidos, especialmente os da auto-realização do homem e aperfeiçoamento. Justamente por isso o Estado constitui-se como suposto de organizador e garantidor de direitos de liberdade: seu documento político-jurídico fundamental estabelece áreas de competências para o desenvolvimento da vida social(-política), que incluem o respeito pelos direitos de liberdade tanto nas relações horizontais – entre os cidadãos – quanto nas verticais – entre o Estado e os cidadãos.

Os estudiosos, no entanto, têm apontado uma série de fatores que repercutem diretamente na organização política e jurídica dos Estados contemporâneos⁵, colocando em causa a possibilidade de novas ondas

3 A manifestação talvez mais veemente de liberdade humana inscreve-se no domínio que o homem tem sobre sua vida, dizendo até onde deve ela prosseguir. E as pro-pensões tanáticas coroariam um tal postulado o que, contudo, é vedado.

4 Segundo entendemos, não se pode pensar na idéia de Estado como sistema orgânico, com funções determinadas, agregando elementos materiais e ideológicos (culturais) de um povo, antes do pensamento de Maquiavel (a quem se atribui o emprego do vocábulo *Stato*, para designar as Repúblicas e Principados) e da experiência política ocorrida em algumas repúblicas da Itália renascentista, dentre as quais Florença, terra daquele pensador político. Antes, durante o medievo, havia a descentralização e a própria concorrência entre poderes políticos, a falta de uma concepção de unidade e de projeto, para além da indeterminação espacial para o exercício das atividades de governo.

5 Embora alguns autores, como Sousa Santos, falem da pós-modernidade (cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, *passim*), entendemos preferível a cautela de Ferreira de Melo, para quem passamos pelo momento de crise de paradigmas da modernidade, justificando a transição dos tempos (cf. MELO, Osvaldo Ferreira de. *O papel da política*

de constitucionalismo e, até mesmo, os valores hauridos da Constituição. Desde a queda do muro de Berlim e do fim da guerra fria, com o esfacelamento do *establishment* soviético, opera-se o encurtamento das distâncias (ideológicas e materiais) no globo. A própria evolução tecnológica contribui para que hoje as cercas divisórias dos lindes sejam colocadas abaixo, tornando possível aquele cosmopolitismo de que Kant, embalado pelo romantismo setecentista, falava em A paz perpétua. As comunicações deram maior visibilidade aos fenômenos humanos (e sociais), transmitindo as mais variadas informações em tempo real, de modo que hoje o novo horizonte de direitos esteja diretamente relacionado com isso, chegando a obnubilar outras categorias de direitos fundamentais. O neoliberalismo diminuiu o papel do Estado, que pouco intervém na economia, que vem passando por outros mecanismos regulatórios. O antigo modelo de produção tipo fordista foi substituído por um mais dinâmico, capaz de estabelecer-se em qualquer parte onde se mostre eficiente e barata a mão de obra. Com isso, certos localismos passaram a subjugar outros, como se houvesse uma espécie de darwinismo cultural, dando-se a isso o nome de globalização. Que não é apenas econômica, mas cultural, jurídica e política. A própria Europa, que tradicionalmente contesta determinada vertente desse fenômeno, concretiza uma experiência exitosa em termos organizacionais de sua União (política-econômica-jurídica). Em contrapartida, as planificações de cunho transnacional vão impondo um desgaste nos velhos e consolidados conceitos constitucionais e atualmente talvez já não haja cabimento para a idéia de soberania como expressão do poder político não contrastável e absoluto: há várias determinantes que fazem não só revisar seu conceito, como o da própria Constituição de onde, em termos programáticos, a soberania se justificava a partir daqueles referenciais muitas vezes repetidos por cientistas políticos e constitucionalistas. Aliás, a própria idéia de Constituição dirigente atravessa o declínio conceitual. Pois bem, diante desse quadro de reformulação dos paradigmas (econômicos, políticos e jurídicos – e jurídico-constitucionais), em o qual os programas constitucionais deixam de ter relevância para a promoção da liberdade positiva – a que substancialmente se revela na função prestacional do Estado –, até há bem pouco tida como essen-

jurídica na construção normativa da pós-modernidade. In DIAS, Maria das Graças dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira de. Política jurídica e pós-modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 81-94).

cial e complementar da liberdade negativa – a que se fundamenta na abstenção do Estado diante das manifestações de liberdade humana –, terá cabimento a sustentação de uma teoria constitucional de estabelecimento e garantia de direitos fundamentais de primeira geração, os direitos de liberdade?

O artigo pretende dar uma resposta à questão problemática, percorrendo duas formulações metódicas. Em primeiro lugar, situando-a no pensamento filosófico antropológico, onde tentaremos descortinar a idéia de liberdade humana, mesmo que de forma reduzida em razão de estarmos a tratar do tema no espaço de um artigo. Em segundo lugar, de acordo com uma perspectiva orteguiana da história como sistema, verificaremos como os direitos de liberdades tomaram substantivação ao longo da experiência jurídica ocidental. Como já se deu a entender, delimitaremos a linha discursiva atendendo a duas balizas: nossa ancestralidade cultural judaico-cristã e o modelo democrático de Estado de direito. A pesquisa bibliográfica servirá para dar arrimo, através do método dedutivo, à formulação de nossa posição quanto à sustentação de uma teoria constitucional de positivação dos direitos e garantias das liberdades. As categorias que constituem diretrizes para o desenvolvimento do texto, encontram-se já destacadas na parte preambular do trabalho e são, à medida que delas nos ocupamos, conceituadas no corpo do texto.

I. LIBERDADE COMO FUNDAMENTO DA HOMINIDADE

O romantismo de onde brotou Jean-Jacques Rousseau via numa ancestralidade, há muito perdida na lembrança de todos, a existência do *status naturalis*, em que os homens, desvestidos da maldade, conviviam pacificamente, em liberdade pura – ou absoluta –, que lhes permitia estarem integrados ao meio. Ao tratarem desta característica humana, o pensador político genebrino, assim como os outros que imaginaram a formação do Estado por contrato, Hobbes (este, como sabido, com um entendimento pessimista acerca do homem) e Locke, e, ainda, o moralista Kant, pretendiam deslindar a própria natureza dos homens que, no entanto, era confrontada com a evolução das sociedades ou com certas propensões adquiridas, como a da cobiça: então, essa natureza que dá os contornos da hominidade deveria ser domada pelo uso da

razão, visando a um fim prático de convivência. Vistas assim as coisas, a primeira nota que se deve escrever com relação à idéia da liberdade arranca da questão da natureza humana. Existirá, *de facto*, uma natureza humana, em a qual encontraremos certos aspectos comuns a todos, dentre os quais a liberdade que, por isso, deve ser entendida como elemento inerente ou fundante da hominidade?

Vem a propósito desse debate inesgotável, a lembrança de um capítulo escrito por Ferreira da Cunha, em o qual, tendo como alegoria uma crônica de Vinicius de Moraes, pondera sobre a existência da natureza humana, e, referindo-se à página de nosso poeta, interroga-se se os homens estão presos a determinadas circunstâncias, assim como Vinicius é levado a descrever a cena vivida numa praça de Florença (como se estivesse fadado a isso). Ao descrever a questão, o jurista português lança uma síntese inquietante: “Talvez não haja mesmo uma natureza humana (mas o que significa isso de não a haver?), mas então não há, de veras, sequer Homem.”⁶ Pois bem, advogar a existência da natureza humana é aceitar o determinismo de idéias, que condicionam os caminhos por onde o homem vai espalhando suas angústias enquanto vive; e, então, os obstáculos encontrados e as escolhas tomadas constituem a tragédia de sua existência, que foi toda descoberta por um Shakespeare, quem escrutinou o espírito do homem dizendo verdades impagáveis (e imorredouras), as mesmas sobre as quais se estruturou uma *philosophia perennis*; é, também, entender que o homem está predestinado a cumprir uma missão já inscrita na natureza e que ele a depreende pelo uso da razão; e, ainda, que existem imperativos categóricos universais, a indicarem como o homem deve pautar sua vida. Desta lógica emerge a aporia filosófica: se há limites naturais para o homem, que lhe determinam o *como-viverá*, então a idéia da liberdade ficará bastante reduzida, justificando-se apenas na ausência de coação contra quem se acha a exercê-la; será uma liberdade no singular, que não se compaginará, portanto, com a possibilidade das escolhas arbitrárias sobre os modos de vida, ou em dar-se vazão à criatividade (estética, *v.g.*, e, então a idéia de arte, já tão humilhada pelas expressões contemporâneas – *de facto*, pobres de substrato estético e efêmeras – será apenas uma utopia), preferindo o homem dogmatizar (através das asserções religiosas, morais etc.) sua existência (social) em torno de um conjunto

6 CUNHA, Paulo Ferreira. O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural e direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.

de verdades *ne varietur*. Ou, segundo pensa Nietzsche, quando adquiriu a *má consciência* – “a profunda doença que o homem teve de contrair sob a pressão da mais radical das mudanças que viveu – a mudança que sobreveio quando ele se viu definitivamente encerrado no âmbito da sociedade e da paz”⁷ –, o homem domou a liberdade desbragada, transformou o não-egoísmo em valor moral, feriu-se gravemente como se fosse um escultor de cinzel à mão dando a si próprio uma nova forma, esta que deverá ser consentânea com as verdades indesmentíveis, criadas, contudo, sob o signo de divindades míticas, cuja autoridade não permite que se duvide.

As ponderações de Ferreira da Cunha acabam, no entanto, numa perturbadora reticência: afinal, se duvidarmos da natureza humana, como justificaremos os aspectos somáticos, a inteligência, a capacidade para adaptação, o raciocínio, que compõem os caracteres dignificantes da espécie humana? Então, teremos de admitir que o homem possui uma constituição própria, que o torna diferente dos demais seres vivos, e que pode – por que não? – ser denominada de *natureza humana*. Mas, diferentemente, não possui o aparato instintivo: nasce desprovido de uma natural orientação para enfrentar o meio, contando, tão somente, com sua aptidão racional para dar orientação à sua vida. O homem, por outras palavras, encontra um mundo a desbravar – sempre a desbravar – e sua missão é justamente ter de enfrentá-lo, pavimentando seus caminhos ou escolhendo aqueles já sedimentados, mas, em todo caso, tendo de fazer escolhas, que é isto o que lhe resta e dá substância à sua natural missão, que é ter de viver. Parafraseando Ortega y Gasset, diríamos que a vida do homem se conjuga no gerúndio e, por isso, ela é um constante *faciendum*. São significativas, a este respeito, as observações de Baptista Machado:

[...] o organismo humano carece de meios biológicos necessários para proporcionar estabilidade à sua conduta. Por isso mesmo, não tem um “mundo próprio”, como os outros animais, isto é, não se acha enclausurado num “envolvimento” natural biologicamente fundado. Neste aspecto, aparece-nos como um ser deficiente, caracterizado

7 NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da moral: uma polêmica. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 72. Título original: Zur Genealogie der Moral.

por uma incompletude essencial. Mas, por isso mesmo que se não acha enclausurado num “mundo próprio”, diz-se “aberto para o mundo”.⁸

Esta abertura para o mundo e a incompletude conotam diretamente com o estado de insegurança que é a própria existência, obrigando ao homem estabelecer as bases a partir das quais procurará aperfeiçoar-se, progredir e auto-realizar-se. Cria seu ambiente – a sociedade –, em o qual se acha indissolúvelmente ligado; desenvolve estratégias para nela manter-se em relativa harmonia e dá-se conta, por fim, ao longo da experiência haurida em meio às relações sociais(-políticas) dos contornos (e, numa outra fase, da própria substância) dos seus direitos que são, numa palavra, a representação, em termos racionais e compreensíveis como se se tratassem de regras do jogo, das liberdades. Por outras palavras, tudo aquilo laborado pela inteligência humana para a consecução de sua missão de viver, que se cristaliza em determinada cultura como instituições ou direitos, é a própria expressão da liberdade.

Mesmo que se diga que ao criar seu ambiente o homem fica em *relativa clausura* (Baptista Machado), há de ter-se em consideração o fato de que pode ele ainda deliberar sobre aspectos de sua vida individual (inclusive aqueles que implicam no auto-aniquilamento); tentar mudar a configuração da sociedade para que ela preserve bens caros à humanidade (vê-se isso quando se trata da preservação do meio ambiente); e exigir que se lhe respeitem determinadas esferas de autopromoção. Não é por outro motivo que Tomás de Aquino, ao enfrentar uma *quaestio disputata*, escreve: “deve-se dizer que o homem não está ordenado para a sociedade política com todo seu ser e com todas suas coisas.”⁹ Ou seja, a sociedade política (o Estado) criada pelo homem, não deve penetrar todo seu ser, instrumentalizando-o para os fins que coloquem em causa sua dignidade. Quanto aos direitos do homem, não se pode dizê-los propositadamente concebidos como pura expressão de domínio, com a finalidade de coarctar a liberdade, mas como resultante do meio sociocultural. De outra forma, podemos entender que os direitos são o reflexo de tudo o que o homem como *ser-em-sociedade* criou para si, através do livre uso da razão. Numa síntese, diremos que, por mais

8 MACHADO, J. Baptista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. 9. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 7.

9 TOMÁS DE AQUINO, S. Suma teológica. V. III (I-II, q 21, art. 4, 3). São Paulo: Loyola, 2003, p. 298. Título original: Summa theologiae.

relativizada que seja a idéia de liberdade, ela torna-se a expressão da humanidade.

I.1 LIBERDADE DOS ANTIGOS

Se nos for lícito afirmar que a liberdade do homem, como uso da razão e expressão da potência¹⁰, se molda segundo a experiência histórica das sociedades, também estaremos autorizados a afirmar que esta idéia, que se constrói, como é suposto, pelo acúmulo de experiências, não atenderá a uma progressão linear. É ela desvendada de forma errática pelas várias culturas, que ao se entrecruzarem em certos momentos históricos possibilitarão uma nova dialética tendente ao melhoramento das técnicas de sua aplicabilidade nas relações entre os homens. Não será exatamente por isso que o ocidente é tido como tributário das influências judaico-cristãs (havendo mesmo quem refira a existência de uma cultura ocidental de raiz judaico-cristã)? Ou, que os expedientes jurídicos criados para o asseguramento da liberdade física entre os períodos do baixo medievo e a modernidade, embora ocorrentes em diversas partes da Europa continental e na Inglaterra, acabaram sendo obscurecidos pelo *habeas corpus*, que também veio a difundir-se entre nós, aqui ganhando novos contornos? Pois bem, ao afirmarmos esta espécie de descontinuidade na definição das liberdades, queremos advertir que poderemos, no espaço de um artigo, apenas verificar uma idéia geral sobre o pensamento e a prática da liberdade. Ainda assim, verificando tão somente aqueles marcos culturais da civilização ocidental. Começemos, pois.

a) Embora diversos povos da antiguidade tenham criado sistemas jurídicos (tingidos, é verdade, com tons de moral religiosa e de misticismo, e este é o aspecto marcante da primeira história das civilizações), como foi o caso dos egípcios e dos babilônios, foram os judeus que conseguiram não só sistematizar as regras presentes na tradição oral (*Mishné Torah*) e escrita (*Torah* – que contém o Pentateuco) de seus preceitos éticos através de estudos de comentadores e da jurisprudência, cristalizando-as tanto no *Talmud* do período babilônico (a partir do séc.

10 No sentido aristotélico, significando a capacidade de provocar mudança.

IV a.C) quanto no *Talmud* jerusalemita (*Talmud ierushalmi*)¹¹, que se gestou a partir do séc. I, como, ainda, forjaram as bases de um *jusumanismo* que transcendeu seu tempo e sua cultura, entroncando-se, através do cristianismo, nas civilizações ocidentais.

É lógico que os preceitos éticos presentes nas antigas escrituras e no que se vai sedimentando como direitos do homem, têm na divindade a representação do ser que os dirige e em relação ao qual se atribuem os julgamentos supremos; aliás, esses preceitos aos quais os judeus estão obrigados a observar justificam-se mais pela dignificação da divindade do que na da própria hominidade, porque tudo decorrerá de Deus, inclusive quando se pensa sobre a disponibilidade do corpo e da vida; ou seja, o homem (da cultura judaica) dignifica-se pelo respeito a Deus. Assim, os preceitos referidos aos cuidados com a higiene, com o corpo e com a saúde, *v.g.*, explicam-se não por uma filosofia antropocêntrica, mas pelo fato de o homem ter sido criado à imagem de Deus¹². Ao tratar das leis sobre o comportamento, e enfocando semelhante aspecto, Maimônides refere:

*Aquele que regula a sua vida segundo as leis da medicina com o único objetivo de manter um físico forte e vigoroso e gerar filhos que façam o seu trabalho em seu benefício, e se esforcem na vida para o seu bem, não está seguindo o caminho certo. Um homem deve ter como objetivo manter a saúde e o vigor físicos, a fim de que sua alma esteja disponível, livre e sã, em condições de conhecer o Eterno.*¹³

Há nisso um forte aspecto determinista, que pode melhor ser compreendido na passagem em que Belkin trata do propósito de cumprimento das *mitsvot* (preceitos):

Quando um judeu cumpre os mandamentos positivos e negativos da Torá, ele está, de certo modo, fazendo o seguinte pronunciamento: “Eu não sou o

11 Sobre o direito talmúdico, cf. FALK, Ze'ev. O direito talmúdico. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.

12 BELKIN, Samuel. A filosofia do Talmud. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003. p. 20. Título original: In his image - the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.

13 MAIMÔNIDES. Mishné Tora. O livro da sabedoria. Tradução do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992, p. 162.

senhor completo do mundo nem de mim mesmo; eu não possuo autoridade ilimitada sobre as coisas da Criação e, portanto, tudo o que eu fizer ou deixar de fazer com as coisas da Criação depende da vontade do dono da Criação – o próprio Deus.”¹⁴

Mas se é assim, então a civilização judaica abriu mão de todas as liberdades em nome das representações que faz da divindade, como se estivesse abdicando até mesmo de seu étimo de humanidade? Estará Nietzsche com razão ao afirmar que “Os judeus, são [...] o povo *mais funesto* da História Universal: no seu efeito ulterior, de tal modo falsearam a Humanidade que ainda hoje o cristão se pode sentir anti-judeu, sem a si mesmo se compreender como a *última conseqüência do judaísmo*.”¹⁵ Terá cabimento a lancinante afirmação de que “A história de Israel é inestimável como história típica de toda *desnaturalização* dos valores da natureza [...]”¹⁶, como se a estrutura moral e os dogmas religiosos daquele povo fosse, *de facto*, um proceder *contra natura* e contra a própria idéia de hominidade? As respostas não nos parece devam ser arrancadas de premissas tão reduzidas. Por vários motivos. Primeiro, porque o conjunto ético judaico, ao arrimar-se nas representações da Perfeição divina, reconhece o que a ontologia e a filosofia moral tratam em outros níveis, ou seja, deixa dito que o homem é um ser aberto e tendente ao melhoramento pessoal e social. Justamente por isso, reconhecendo a falibilidade do homem, o judaísmo cria uma forma de governo teocrático-democrático¹⁷, em que o rei não podia estar acima das leis, vindo a elas se submeter como qualquer outro. Belkin refere, a este propósito, que “Ele [o rei] não estava isento de observar a lei, mas devia submeter-se a ela como qualquer outro homem e estava sujeito ao mesmo padrão de punição aplicado a todos os homens.”¹⁸ Em segundo lugar, porque a legislação judaica formulou os conceitos de fraternidade e de respeito pelo outro, de forma que não só a caridade¹⁹, como forma

14 BELKIN, Samuel. A filosofia do Talmud, cit., p. 21.

15 NIETZSCHE, Friedrich. O anticristo. Anátema sobre o cristianismo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 39. Título original: Der Antichrist.

16 *Ibidem*, p. 40.

17 O termo teocracia deve-se ao historiador judeu Falvius Josefus, quem narrou a conquista de Israel por Roma e a diáspora do povo judeu no ano 70.

18 BELKIN, Samuel. A filosofia do Talmud, cit., p. 72-73.

19 O vocábulo *tzedaká*, em hebraico significa justiça, mas é empregue, também, no sentido de caridade, o que lhe confere um amplo valor semântico, que concorda

de dar conforto material e espiritual ao outro, mas a tolerância são já princípios filosóficos que permitem o progresso pessoal dos indivíduos e a busca da auto-realização – tudo, entendemos, convergindo para a idéia de liberdade. Em terceiro lugar, o respeito pelos direitos do homem irá manifestar-se tanto no sistema judicial (estruturado em colegiados que decidiam por maioria, exigindo a imparcialidade dos juízes, que, em razão disso, estavam proibidos de receber presentes, de decidir em favor de um homem pobre por piedade, de distorcer um julgamento contra alguém de má reputação, de ouvir uma das partes na ausência da outra²⁰), quanto na punição, cuja execução não podia exceder o decreto judicial, nem expor o condenado ao vilipêndio (o corpo do executado não deveria permanecer insepulto, não execução de alguém sob suspeita, proibição de excesso na execução da pena²¹). A justificativa da prudência judicial está no fato de esse sistema ético entender que o homem é falível e que deve respeitar ao outro nível de conhecimento, que é o da própria perfeição em Deus. Mas, pela via do misticismo e da moral religiosa, os judeus da antiguidade estabeleceram uma série de direitos do homem, diretamente relacionados com a liberdade. Por isso, e finalmente, podemos dizer que o *lóghos* da estruturação dessa civilização se encontra fulcrado nos costumes e crenças que naturalmente se incorporaram na carga cultural do povo judeu, que antes de representar uma espécie de auto-imolação, como poderia ter dito o filósofo atormentado que deblaterava contra toda espécie de redução dogmática, era a própria e consciente expressão de seu modo de pensar; era – e continua a ser – a manifestação da psicologia daquele povo, não podendo, já por isso, haver maior prova de sua liberdade.

b) Ao pensar-se na civilização grega, logo vem à mente a forma política criada em Atenas, que se tornou o panteão desejado pelos pensadores para os Estados da modernidade, mas, muita vez, erroneamente proclamado como o que inspirou um regime de liberdades políticas modernas. As idéias de democracia e de liberdade gregas devem ser vistas com alguma reserva, por mais de um motivo. Tentemos, no entanto, para melhor situarmos a questão, uma aproximação ao campo ideativo e prático dessas liberdades.

com a própria filosofia da religião judaica.

20 MAIMÔNIDES. Os 613 mandamentos. Tradução de Giuseppe Nahaissi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990, p. 313-315. Título original: Tariat ha-mitzvoth.

21 MAIMÔNIDES. Mishné Tora, cit., p. 102.

Ficaram célebres as palavras que Péricles proferiu no seu discurso em homenagem aos mortos durante a guerra do Peloponeso, registrado por Tucídides, quando o governante de Atenas, pretendendo levantar o moral de seus soldados, ressalta as qualidades de sua forma de governo ao mesmo tempo em que detratava o modelo espartano:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas; [...] a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.

[...] mantemos nossa cidade aberta a todo o mundo e nunca, por atos discriminatórios, impedimos alguém de conhecer e ver qualquer coisa que, não estando oculta, possa ser vista por um inimigo e ser-lhe útil.

[...] Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento de assuntos políticos; [...] nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação.²²

Pois bem, já de antemão percebemos que não se pode julgar a Grécia antiga pelo que normalmente se fala sobre Atenas, pois é indiscutível o fato de que ela se compunha de várias realidades sociais, políticas e culturais, sendo os jônios, espartanos e atenienses, dentre os mais conhecidos, apenas algumas das etnias que habitaram aquele mundo. Não será desarrazado pensarmos, portanto, em civilizações do mundo helênico, ao invés de as tratarmos no singular. Mas a cultura ateniense acabou se tornando a mais conhecida em razão daquilo que, do ponto de vista literário (relatos históricos, as tragédias, diálogos filosóficos),

22 TUCÍDIDES. História da guerra do Peloponeso. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 109-111.

produziu, chegando até nós como relato vívido do que ocorrera naquelas terras do Mediterrâneo. E um dos aspectos destacados é justamente a forma de governo democrática de que fala Péricles, mas que, como se verá, não potenciava as liberdades mais do que em outras culturas.

Atenas conheceu, com efeito, o regime de governo tirânico e somente no início do século V a.C. passa por uma revolução social e política que criará, possivelmente através do gênio de Clístenes, um dos principais mecanismos tendentes à democracia: o ostracismo, que deveria impedir o retrocesso político. Mossé explica que “[...] a lei previa uma pena de exílio temporário fixada em dez anos, aplicável a quem parecesse suscetível de instaurar uma tirania em proveito próprio”²³, guardando alguma familiaridade com os atuais instrumentos democráticos que suspendem os direitos políticos de alguém. A autora adverte que “[...] o ostracismo viria a constituir uma temível arma nas mãos do povo, e os inúmeros *ostraka*, que chegaram até nós, demonstram que nenhum político ateniense escapou à desconfiança popular.”²⁴ Mas como essa liberdade política se dava e quem, efetivamente, dela podia dispor?

A participação popular exaltada por Mossé deve ser entendida com cautela, uma vez que a sociedade grega (na acepção ampla) era estamental, estabelecendo classes de indivíduos, nem todos detentores de direitos de liberdade. O pensamento de Platão, a este respeito, propunha a formação de uma elite, tornando “[...] as relações muito frequentes entre os homens e as mulheres de escol e, pelo contrário, muito raras entre os indivíduos inferiores de um e de outro sexo; além disso, é preciso educar os filhos dos primeiros e não os dos segundos, se quisermos que o rebanho atinja a mais elevada perfeição.”²⁵ E no campo político, apenas os homens livres ou libertos podiam manifestar-se na *ágora*, mas não será estranho ao pensamento do discípulo de Sócrates que somente os melhores podiam governar a *pólis*, referindo: “[...] com efeito, neste Estado [idealizado pelo filósofo] só mandarão os que são verdadeiramente ricos, não de ouro, mas dessa riqueza de que o homem

23 MOSSÉ, Claude. Atenas: a história de uma democracia. 3. ed. Tradução de João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 23. Título original: *Histoire d'une démocratie: Athènes*.

24 *Ibidem, ibidem*.

25 PLATÃO. A república. 3. ed. Tradução de Sampaio Marinho. Portugal (s/l): Publicações Europa-América, s/d, p. 186-187 (livro V).

tem necessidade para ser feliz: uma vida virtuosa e sábia”²⁶, imaginando, portanto, uma *sofiocracia*²⁷, um governo de sábios. Por fim, não se pode esquecer que os gregos adotavam o regime escravocrata e não tinham o apreço pela vida humana que as sociedades modernas conhecerão pela influência dos valores morais judaico-cristão, sendo que, conforme observa Amaral, nem mesmo o aristotelismo “[...] foi capaz de descobrir o valor absoluto da pessoa humana: por isso, não se insurge contra a escravatura, ou contra a “exposição” dos recém-nascidos.”²⁸

c) Há uma larga distância entre gregos e romanos no que concerne à concepção de mundo, a cosmovisão. Se os gregos almejavam a vida contemplativa e voltada para a aquisição da sabedoria, que constituiria a virtude máxima, os romanos mostrar-se-ão pragmáticos e é Cícero quem refere no início do livro primeiro de *Da república* que “[...] não é bastante ter uma arte qualquer sem praticá-la. Uma arte qualquer, pelo menos, mesmo quando não se pratique, pode ser considerada como ciência; mas a virtude afirma-se por completo na prática, e seu melhor uso consiste em governar a República e converter em obras as palavras que se ouvem nas escolas.”²⁹ E não será por outro motivo que os romanos destacar-se-ão naquilo que os demais povos antigos ficaram para trás, na sistematização de um *corpus iuris* e na prática forense que, conforme Hauriou, terá sido eficiente inclusive na proteção de certas liberdades.³⁰

É claro que os romanos também estabeleceram sua sociedade de

26 *ibidem*, p. 258.

27 A expressão não é nossa, mas de Amaral, que refere: “Assim, Platão dá como assente, no início da evolução, a existência de sua Cidade ideal, a *sofiocracia*”. AMARAL, Diogo Freitas do. História das ideias políticas. V. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 102.

28 AMARAL, Diogo Freitas do. História das ideias políticas, cit., p. 130.

29 CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. 5. ed. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d, p. 19-20. Título original: *De republica*. Não podemos esquecer, contudo, que os romanos admiravam a filosofia grega e nela instruíam-se. É novamente Cícero quem nos revela isto numa das cartas ao filho, em que escreve: “Ainda que tu, Marco, meu filho, te encontres em Atenas a estudar há já um ano sob a direcção de Cratipo, importa, no entanto, que sejas instruído com grande empenho nos preceitos e doutrinas da filosofia devido ao elevado prestígio não só do mestre mas também da cidade, podendo aquele enriquecer-te com o seu saber enquanto esta, com seus exemplos”. CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução, introdução, notas, índice e glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 15 (livro I). Título original: *De officiis*.

30 Cf. HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 38-40.

forma estratificada, havendo várias esferas sociais, incluindo aquelas em que seus membros eram coisificados, *tout court*. É Miranda quem nos dá uma boa noção disso:

Em Roma, quem se encontra fora do círculo do Estado é hostis; o que se encontra no raio menor do império, mas fora da res publica, é hostis submetido – servus, dediticius, súbdito ou cliente; o que se encontra no raio menor, mais próximo da res publica, embora, ainda assim, fora dela é o aliado – socius, amicus; o que se acha na sociedade de res publica, mas fora do governo, é o civis, o qual toma parte na assembleia do populus; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o nobilis da aristocracia; e este, na medida em que tem o poder executivo, é o magistratus e, na medida em que tem o direito de o controlar, é o pater, membro do senado.³¹

O *servus* nada mais era que *res* e, enquanto não libertado, não gozava de direitos. No entanto, aqueles que os possuíssem podiam reclamá-los em juízo, havendo, inclusive, a garantia do direito de liberdade física, o interdito *de hominelibero exhibendo*³², que, como o *habeas corpus*, dirigia-se contra quem irregularmente detinha, enclausurava ou de qualquer forma impedia a fruição da liberdade de movimentos de alguém e podia ser impetrado por mulher ou por menor *impuber pubertate proximi* (emancipado por outorga do pai ou em razão de sua morte) em favor de parente. Mas as expressões de direitos de liberdades são, entre os romanos, um amplo leque, incluindo a liberdade política, “[...] isto é, a participação de cidadãos no governo da Cidade”³³ e as liberdades

31 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 28. Cretella Júnior, ao tratar do *status libertatis*, refere, no entanto, que “No mundo romano, em relação à liberdade movimentam-se pessoas que, conforme a circunstância, recebem os nomes de *livres, semilivres, escravos, ingênuos, libertos, libertinos*, “in mancipio”, *colonos*”, o que nos dá a noção de que a categoria em que se enquadram as pessoas determinará a modalidade de sua liberdade. Cf. CRETILLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 90. V., também, CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 53 e s.

32 Sobre a matéria, conferir nosso Habeas corpus: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 144-146.

33 HAURIOU, André. Droit constitutionnel et institutions politiques, cit., p. 38.

civis que, mesmo com o fim da república, continuam presentes entre os cidadãos.

O constitucionalista francês, ao mencionar o direito de contratar livremente o casamento – *justes nocces* –, a liberdade testamentária, a liberdade do comércio e da indústria e a propriedade privada, assinala que o direito romano cunhou não só um aspecto embrionário de liberdade individual, como aperfeiçoou o sistema jurídico no sentido de que as liberdades devessem ser respeitadas pelo poder.³⁴ E, por isso, conclui;

*Pode dizer-se, finalmente, se se quiserem sintetizar os aportes sobre Roma, que o gênio romano racionalizou o diálogo entre Poder e Liberdade, precisando-lhe os termos e, sobretudo, trazendo o essencial do problema para o plano jurídico, quer dizer, fazendo intervir, nas aproximações entre Poder e Liberdade, as idéias conjugadas de justiça, de bem social e de valor dos procedimentos.*³⁵

A história da liberdade dá um grande salto com a civilização romana, portanto, em termos qualitativos. Se, por um lado, os romanos, da mesma forma como se verifica no exame comparativo de outras civilizações da antiguidade, estruturaram uma sociedade em estamentos, por outro lado, começaram a definir o âmbito das liberdades legais, não só criando mecanismos jurídicos para sua garantia, como, também, determinando as relações entre cidadãos e os níveis de poder através da intervenção judicial.

I.2 LIBERDADE E SUAS VICISSITUDES AO LONGO DO MEDIEVO

Como antes dito – e o simples percurso da história confirma-o –, o desenvolvimento do que ordinariamente se chama de cultura ocidental e da própria consciência dos âmbitos de liberdade consolidados em direitos (que podem ser constitucionais, mas são antes direitos humanos), não obedece a um programa, nem se pode dizer ter-se operado de forma retilínea. As muitas vicissitudes da antiguidade impediram que a civilização romana se tornasse o eixo central do ocidente moderno:

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

³⁵ HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., p. 40. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

houve rupturas que determinaram uma nova (e talvez fundamental) escala histórica, a intermédia, em a qual o processo de civilização deixa de refletir sobre o homem, criando uma experiência cultural teocêntrica, enquanto que as expressões de poder político são plurais, dificultando a concepção de idéia de Estado nacional (a bem da verdade, então absolutamente inexistente) e, por isso, do próprio relacionamento entre *auctoritas* e povo. Para uns, como S. Agostinho, Roma não poderia ser o esteio para novos tempos justamente por ter-se tornado autodestrutiva, na medida em que não só proliferou as guerras de sedição, como, também, seus costumes levaram à corrupção dos espíritos³⁶; para história – a que se conta desde o ocaso de Roma –, as invasões bárbaras e o choque cultural causado pelo cristianismo foram decisivos para a fragmentação daquela civilização.

O cristianismo primitivo, aquele que buscou sua afirmação inclusive pelas guerras, como as que vivenciou Agostinho de Hipona, quem, nascido cidadão romano, tornou-se *lui-même* divulgador panfletário da nova religião, *de facto*, contribuiu para minar as bases da civilização dos césaes. E não só. Conseguiu, ao longo dos séculos, reverter a cosmovisão do homem ocidental que surgia a partir do mundo heleno-latino,

36 Em passagem eloqüente de *A cidade de Deus*, o bispo de Hipona refere contra os historiadores romanos: “Se, portanto, estes historiadores pensaram que o que caracteriza uma honesta liberdade é não esconder as mazelas de sua própria pátria (que de resto noutras ocasiões não deixaram de exaltar com altos encómios), quando não tinham outra melhor razão para immortalizar os seus cidadãos – que nos convém a nós fazer (a nós de quem quanto maior e mais certa é a esperança em Deus, tanto maior deve ser a liberdade), quando eles imputam ao nosso Cristo os males presentes para alienarem os espíritos mais débeis e menos esclarecidos desta cidade [a cidade de Deus], única na qual devemos viver para sempre em felicidade? Nós não dizemos contra os seus deuses coisas mais horríveis do que os seus autores cuja obra eles lêem e elogiam. Deles é que colhemos os factos que relatamos – apenas não somos capazes de os relatar nem tão bem nem tão completamente.” E, após várias indagações que põem em causa as crenças e os próprios deuses romanos, Agostinho prossegue: “– Onde estavam [os deuses] quando em Roma, após demoradas e graves sedições, a plebe, abrindo as hostilidades, acabou por se retirar para o Janículo, tendo sido tão funesta esta calamidade que se resolveu (o que só em perigo extremo se fazia) nomear Hortênsio ditador? [...] De resto as guerras multiplicavam-se então por toda parte a tal ponto que, por falta de soldados, se recrutavam proletários (assim chamados porque tinham por missão única gerar prole para o Estado, uma vez que, devido à sua pobreza, não podia fazer parte do exército).” AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 330 e 333 (as interpolações com colchetes são nossas). Título original: *De civitate Dei*.

passando de antropocêntrica para teocêntrica. Ao criticar Cícero, a quem jocosamente denominava de *philosophaster* (um filósofo amador), Agostinho, deixando entredita esta nova experiência cultural, refere: “Desta maneira, [Cícero] não só nega a presciência de Deus, mas também procura destruir toda a profecia, mesmo que ela seja mais clara do que a luz, com vãos argumentos e opondo a si mesmo certos oráculos que facilmente se podem refutar – mas nem sequer isto mesmo consegue.”³⁷, desta forma revelando, por um lado, que Deus está no centro da vida humana – portanto, também da vida social –, e, por outro lado, estreitos limites do determinismo, uma vez que a promessa de graça divina ou de castigo limitarão as áreas de expansão da liberdade humana³⁸. É por isso que Agostinho condena com veemência o suicídio, aquele que seria o mais fundamental e individual dos gestos de liberdade, referindo: “Só nos resta concluir que temos de aplicar apenas ao homem as palavras *não*

37 *Ibidem*, p. 485 (a interpolação com colchetes é nossa).

38 Ao tratar do pensamento de Agostinho acerca da liberdade, Brown refere: “[...] para Agostinho, a liberdade só podia ser a culminação de cura”. E, mais adiante, explica: “Em Agostinho, portanto, a liberdade não pode ser reduzida a um sentimento de escolha: trata-se de uma liberdade de agir plenamente. Tal liberdade deve envolver a transcendência do sentimento de opção. É que o sentimento de opção é sintoma de desintegração da vontade: a união final do conhecimento e do sentimento envolveria de tal maneira o homem no objeto de sua escolha, que qualquer outra alternativa seria inconcebível.” (BROWN, Peter. Santo Agostinho: uma biografia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 465-466. Título original: Augustine of Hippo). O rigorismo do bispo de Hipona vai muito mais longe e ele tende a reconhecer e a abandonar as tentações proporcionadas pelos sentidos. Por isso, ao falar das tentações do ouvido, refere que “Os prazeres do ouvido me prendem e escravizam com mais tenacidade. [...] Sinto que todos nossos afetos interiores encontram na voz e no canto um modo próprio de expressão, uma como misteriosa e excitante correspondência. No entanto, muitas vezes me seduzem” (AGOSTINHO, Santo. Confissões. 3. ed. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 2006, p. 307-308. Título original: Confessiones). Mais adiante, ao tratar da tentação do olhar, a *concupiscentia oculorum*, Agostinho é pungente: “Os olhos amam a beleza e a variedade das formas, o brilho e a luminosidade das cores. Oxalá tais atrativos não me acorremem a alma. [...] A própria rainha das cores, a luz que inunda tudo o que vemos, me alcança de mil maneiras, onde quer que eu esteja, durante o dia, e acaricia-me até mesmo quando me ocupo de outra coisa e dela me abstraio.” (*op. cit.*, p. 309-310). Há uma noção do *belo*, do esteticamente agradável aos sentidos que, no entanto, rivaliza com outra categoria fundamental para o pensamento e cultura medievais, que é a da fé em Deus, o único ente ao qual deviam os homens aspirar a comunhão salvadora. Tal rigorismo agostiniano entra nos séculos da baixa Idade Média, com vários seguidores. Acerca disso, cf. ECO, Umberto. Arte e beleza na estética medieval. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, *maxime* p. 26 e ss. Título original: Arte e bellezza nell'estetica medievale.

matarás – nem a outro nem a ti próprio matarás pois quem a si próprio se mata, mata um homem.”³⁹

O determinismo teológico-filosófico do período medieval, considera – como pensava, aliá, S. Agostinho, quem não nega a legitimidade do rei autocrata, capaz de impor o mais severo dos regimes desde que isso implique na ascensão do homem da cidade terrena (a *Civitas diaboli*) para a cidade divina (a *Civitate Dei*) – que o homem terá como missão a procura da redenção, situação que apenas começa a sofrer alguma mudança com S. Tomás de Aquino. Ao tratar da teologia medieval, Maritain escreve que o homem

*[...] carrega a herança do pecado original, nasce despojado dos dons da graça, e, se bem que não sem dúvida substancialmente corrompido, é ferido em sua natureza. Douro lado, é ferido para um fim sobrenatural: ver a Deus como Deus se vê; é feito para atingir à vida mesma de Deus; é atravessado pelas solicitações da graça atual, e se não opõe a Deus seu poder de recusa, é portador, desde a terra, da vida propriamente divina da graça santificante e de seus dons.*⁴⁰

O tomista francês vai mais longe em suas observações quando refere que o pensamento filosófico-teológico da Idade Média era dominado por S. Agostinho e que aquele período era “puramente e simplesmente” católico cristão, estabelecendo-se, pois, como paradigma cultural:

Quando afirmava ao mesmo tempo a plena gratuidade, a soberana liberdade, a eficácia da graça divina, - e a realidade do livre arbítrio humano; quando professava que Deus tem a primeira iniciativa de todo bem, que ele dá o querer e o fazer, que em coroando nossos méritos ele coroa seus próprios dons, que o homem não pode salvar-se sozinho, nem começar sozinho a obra de sua salvação, nem preparar-se para ela sozinho, e que por isso mesmo ele só pode o mal e o erro; - e que entretanto é livre quando age sob a graça divina; e que, interiormente vivificado por ela, é capaz de atos bons e meritórios; e que é o único responsável do mal

39 *Ibidem*, p. 158. Ao referir-se sobre o suicida, S. Agostinho escreve: “Antes se reconhece neste caso uma alma débil que não é capaz de suportar a dura servidão do corpo nem a estulta opinião do vulgo.” (op. cit., p. 163).

40 MARITAIN, Jacques. Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã. 5. ed. Tradução de Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, p. 10. Título original: Humanisme intégral.

*que pratica; e que sua liberdade lhe confere no mundo um papel e iniciativas de importância inimaginável; e que Deus, que o criou sem ele, não o salva sem ele; assim pois, quando a Idade Média professava essa concepção do mistério da graça e da liberdade, é puramente e simplesmente a concepção cristã e católica ortodoxa que afirmava.*⁴¹

O pessimismo agostiniano em relação ao homem – que é essencialmente marcado pelo pecado original –, é, inegavelmente, também verificado como característica do ocidente medieval, sendo sensível nas mais diversas expressões, inclusive artísticas, bastando que se compare a arte pictórica do período com o que se sucede a partir da Renascença, uma espécie de revolução cultural em termos abrangentes. E nesse ambiente, que havia passado por invasões dos bárbaros, pela instabilidade e insegurança, onde vamos observar, no plano político, duas notas de relevo: a primeira, a fragmentariedade do poder político, que vai distribuído entre o rei, a igreja, os barões e os senhorios corporativos. Não há, portanto, um poder central que coordene um projeto de Estado. Aliás, será acertado dizer, apoiados em Heller, que “[...] a denominação “Estado medieval” é mais que duvidosa”⁴². Em segundo lugar, conforme lembra Miranda⁴³, a influência das concepções germânicas em boa parte da Europa continental, faz com que o príncipe esteja no centro da vida política. Não será por outro motivo que a justiça deve representar e zelar pela dignidade do príncipe. Em Portugal, onde não se chegou a experimentar o feudalismo característico do continente, havia a figura do rei itinerante, estabelecendo ele próprio a unidade do povo e distribuindo a justiça, ao mesmo tempo em que constituía o *corpus iuris* do que se pretendia como Estado unitário. Tem, por isso, perfeito cabimento a observação feita por Pérez-Prendes com relação à forma de governo: “A função institucional dos monarcas medievais centrou-se em constituir a expressão mais elevada da autonomia jurídica da comunidade política, tanto no interior como no exterior dela. Para obter êxito, é-lhe atribuída máxima autoridade no uso da força, nos campos bélico e jurídico.”⁴⁴

41 *Ibidem*, p. 11.

42 HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158. Título original: Staatslehre.

43 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da constituição, op. cit., p. 30.

44 PÉREZ-PRENDES, José Manuel. Instituciones medievales. Madri: Editorial Síntesis, 1997, p. 89. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

Ora, nesta sua condição, o rei, mais ou menos ao modo como Maquiavel recomendou no seu pequeno-grande livro *O príncipe*, praticava atos de magnânimos, inclusive podendo impedir a execução da pena de morte; intervinha, também, nas situações em que a salvaguarda de um mínimo de paz social era importante para a estabilidade do trono. Em Portugal, as Posturas do rei Afonso II, de 1211, proibiram a vingança particular na casa do inimigo (uma herança do direito germânico) e já no século XII, durante o reinado de D. Afonso Henriques, deu-se *carta de fidelidade e segurança* para colocar-se a salvo todo muçulmano vítima de perseguições.⁴⁵ Também na Península Ibérica, vamos encontrar no reino de Aragão um expediente jurídico capaz de controlar eventuais abusos cometidos durante a prisão de quem estivesse a responder à ação penal, a *manifestación de personas*, através do que se podia, inclusive, obter a medida *casa por cárcere*, uma espécie de prisão domiciliar. Contudo, cabe destacar que estamos tratando do cenário medieval, cuja constituição social era eminentemente estamental e o direito à *manifestación* não se destinava a plebeus nem àqueles que estivessem sujeitos ao Tribunal do Santo Ofício; ou seja, os direitos de liberdade existiam para poucos⁴⁶.

I.3 O RENASCIMENTO COMO FORÇA MOTRIZ CULTURAL DO RECONHECIMENTO DE NOVOS PAPÉIS PARA O CIDADÃO

Ao fim do século XV a Itália auspícia uma das mais importantes revoluções culturais de que se tem tido notícia, o Renascimento. As bases intelectuais da Idade Média são colocadas em causa pelo humanismo, que lança um olhar para a antiguidade greco-latina, retomando seus princípios estéticos. O homem passa a ser esculpido e retratado sem os pudores antes determinados pela Igreja; com isso, ela própria é questionada, inclusive no que tem de influente no poder político – o poder espiritual que até então vinha compartilhando com o poder temporal do monarca o estabelecimento de direção e ordem para as sociedades, é colocado em causa e vai, pouco a pouco, perdendo seu posto. O antropocentrismo cultural toma lugar do teocentrismo.

45 Sobre as garantias de liberdade em Portugal da Idade Média, cf. nosso *Habeas corpus*, cit., p. 149-154.

46 Sobre as garantias de liberdade em Espanha da Idade Média, cf. nosso *Habeas corpus*, cit., p. 146-149.

Verificam-se, também nos campos político e econômico, profundas transformações. Os Estados monárquicos unificados consolidam-se, destacando-se Inglaterra, França, Espanha e Portugal; há já inspiração para a formação dos Estados-nação, cuja *ratio* política não mais se mescla com a moral⁴⁷; os avanços tecnológicos da navegação impulsionam a travessia dos mares e a descoberta de novas terras possibilita o surgimento dos grandes impérios; a economia puramente feudal será substituída por um mercado que atravessa as regiões fronteiriças. Isto tudo, somado ao que o humanismo vinha cunhando em termos intelectuais, vai repercutir na formação de novas concepções de liberdade.

É verdade que as coisas não se operaram simplesmente dum momento para outro: a Renascença, antes de ser caracterizada como o puro e instintivo olhar para a estética da antiguidade clássica e pela circunstância das descobertas (tecnológicas e marítimas), é resultado da *intelligentsia* brotada numa sociedade que conhecia alguma organização política e que já reivindicava certas liberdades ainda na baixa Idade Média. A propósito disso, Skinner refere que na metade do século XII, na região norte da Itália, “[...] o poder dos cônsules foi suplantado por uma forma mais estável de governo eletivo à volta de um funcionário conhecido como *podestà*, assim chamado porque era investido com o poder supremo – ou *potestas* – sobre a cidade.”⁴⁸, abrindo, com isso, a senda para as liberdades dos modernos. A cidade-república de Florença é uma das que se destaca quanto ao modelo de governo e pelas liberdades políticas, entendendo o cientista político de Cambridge que a irradiação disso pelo norte da Itália provocará interesse em duas questões, “a necessidade de conservar-se a liberdade política e os perigos para a liberdade que representavam, na península, os exércitos mercenários permanentes.”⁴⁹ Assim, surgem as condições para as opções republicanas que, *de facto*, vão se verificando, na mesma medida em que o Estado-nação vai tornando-se realidade. Mas o período é de transição e, portanto, antes de os paradigmas culturais estarem consolidados,

47 Maquiavel oferece-nos uma idéia de razão do Estado que poderíamos denominar de amoral, no sentido em que se mostra pragmática e tendente à concepção de programas nacionais.

48 SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 25.

49 *Ibidem*, p. 219. Título original: The foundations of modern political thought.

eles mesclam-se, havendo o convívio dos antigos com os novos. É por isso que na Florença de Maquiavel e de Dante, Lourenço, o Magnífico, patrono das artes e amante da boa vida, atentou contra as liberdades públicas; e Jerônimo Savonarola, um monge que detém força política em fins do século XV, influenciará a queima de livros e de obras de arte durante a quaresma de 1497⁵⁰. É, portanto, o período de agonia medieval, que ainda estertorava.

I.4 A LIBERDADE DOS MODERNOS (O ILUMINISMO E A NOVA PERSPECTIVAÇÃO DO HOMEM).

A ebulição de novas idéias ao longo da Renascença dá-se em momento de crise dos paradigmas da cultura medieval, quando, portanto, há uma espécie de exaustão de seus valores. Há nisso a preparação para o ingresso da Europa num novo estágio histórico-civilizacional, o da Idade Moderna, quando o Estado surge em sua inteireza conceitual sob a forma de Estado-nação, isto é, tendo como referenciais ideológico e político a estruturação dos objetivos depreendidos do próprio povo, e como propulsor disso o poder político, que se transforma em soberania.

O movimento cultural-político-econômico-jurídico de fins do século XVI, dominado pelos humanistas, será, dessa forma, o arrimo para a circunstância⁵¹ moderna, e já no século XVII, quando um Baruch Spinoza, bebendo nas fontes intelectuais do judaísmo, mas vivendo o cosmopolitismo dos Países Baixos, para onde muitos judeus se refugia-

50 Cf. CHEVALIER, Jean-Jacques. Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997, p. 7. Título original: Les grandes œuvres politiques.

51 O termo é aqui empregue no sentido orteguiano – *circum-stantia* –, ou seja, tudo o que está “[...] em nosso próximo derredor” e que, na visão global do homem como ser histórico, será representado por círculos concêntricos. Ao interpretar a filosofia circunstancial de Ortega y Gasset, Kujawski refere que “A circunstância inclui-se sucessivamente, em outra circunstância maior, num jogo de círculos concêntricos, cuja circunferência ou periferia é o universo” (KUJAWSKI, Gilberto de Mello. Ortega y gasset: a aventura da razão. São Paulo: Moderna, 1994, p. 15). E melhor aclarando seu pensamento, Ortega refere: “O homem rende o máximo de sua capacidade quando adquire plena consciência de suas circunstâncias. Por elas se comunica com o universo.” (ORTEGA Y GASSET, José. Meditações de Quixote. Tradução de Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967, p. 47. Título original: Meditaciones del Quijote).

ram após o decreto de expulsão dos reis católicos em 1492, pregará o panteísmo e a democratização das práticas religiosas⁵²; o pensamento cartesiano, por outro lado, introduzirá o problema da dúvida ao mesmo tempo em que fulcra o conhecimento do homem no *cogito*; mais adiante, já durante o iluminismo do século XVIII, o enciclopedismo tentará minar as forças da igreja católica, e Voltaire, no seu Dicionário filosófico, tratará da liberdade de pensamento e da tolerância, que, sem dúvida, contrastavam com os dogmas religiosos daquele período⁵³. Vê-se, por tudo isso, a erupção de uma nova consciência do homem, de suas potencialidades e de sua dignidade, formando um novo ambiente cultural, que será propício à estruturação dos direitos dos modernos.

As mudanças nos campos econômico e social, decorrentes dos avanços científicos e das descobertas, que propiciaram o surgimento do capitalismo, repercutirão na forma de como os modernos considerarão os direitos de liberdade. Se durante a antiguidade a falta de delimitação entre as esferas privada e pública, bem como a convocação dos homens livres ou libertos para os negócios políticos na *ágora* grega ou no *forum* romano os massificava – ao mesmo tempo em que se viam outras classes de pessoas sem as liberdades políticas –, a partir da Idade Média haverá, por um lado, a submissão do homem a uma expressão poliárquica de organização política e, por outro lado, o modelo econômico baseado no feudalismo tradicional que não permitia se definissem as margens de liberdades individuais. Contudo, o aparecimento, por primeiro em Florença e posteriormente no restante do continente, da liberdade gremial

52 Cf. SPINOZA, Baruch. Tratado teológico-político. Tratado político. Tradução para o espanhol de Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996, p. 31 e s. (em outras edições, cf. capítulo V, do primeiro dos livros, Tratado teológico-político). Esse panteísmo surgido com Spinoza terá força na filosofia de uma moral prática norte-americana, especialmente com Emerson, quem combaterá o dogmatismo puritano dos colonos. Sobre isso, cf. a apresentação que fizemos à tradução de INGENIEROS, José. Para uma moral sem dogmas. Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-22.

53 Cf. VOLTAIRE. Dictionnaire philosophique. Paris: Flammarion, s/d, verbetes *liberté de penser e tolérance*. Com relação a esta última idéia, que se tornará uma das que se tornam centrais no momento pós-revolucionário francês, o filósofo comenta tratar-se de “[...] um apanágio da humanidade. Todos nós somos seres sujeitos a falhas e a erros; perdoemo-nos reciprocamente nossas falhas, esta é a primeira lei da natureza”. E, mais adiante, Voltaire conclui: “Mas é ainda muito claro que nós devemos nos tolerar mutuamente, porque somos todos falíveis, inconseqüentes, sujeitos à mutabilidade e ao erro”, dando as pistas necessárias para a compreensão do pluralismo (fizemos, aqui, uma tradução livre do texto).

e industrial e da liberdade aquisitiva e comercial do indivíduo, quando já se podia constatar a existência de uma classe burguesa, permitirá um princípio de estruturação dos direitos individuais; o que será posto em evidência através dos contrastes entre a forma de governo do *ancien régime* e o ambiente cultural e econômico (é por isso que, no campo político, Peces-Barba considera o estágio do absolutismo um episódio necessário para que, além centralizar o poder político e estabelecer alguns papéis de domínio, tornasse “[...] nítida uma das primeiras funções que se atribuem aos direitos: a de limitar o poder do Estado”).⁵⁴

Há dois momentos paradigmáticos relacionados com essa absoluta viragem no modo de tratar as liberdades: a declaração de independência dos norte-americanos e a revolução francesa de 1789; aqueles, os europeus anglo-saxônicos renovados, partindo de uma circunstância diversa da dos franceses, já que sua matriz política-jurídica havia consolidado o âmbito das liberdades civis em cartas de direitos desde o século XVII, enquanto que os *révolutionnaires* lutavam contra um regime que não garantia liberdades; uns, concebendo sua existência política e declarando as liberdades fundadoras do Estado que surgia e os outros destituindo as velhas bases políticas de que eram constituídos, depondo, por outras palavras, o *ancien régime* para, partindo das redefinidas expressões socioculturais, tratar da transformação da ordem social⁵⁵; os primeiros, já ciosos das liberdades conhecidas pelos reinóis britânicos e transportadas para as colônias, mas pouco a pouco destituídas de certas garantias, enquanto que os últimos, majoritariamente pequenos

54 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et FERNANDES GARCÍA, Eusebio (organizadores). Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998, p. 22 (fizemos aqui uma tradução livre).

55 Grimm, ao tratar dos movimentos de constitucionalismo, refere que “A explicação da origem do constitucionalismo moderno acabou por adaptar-se ao exemplo francês. Este modo de proceder não tem, naturalmente, o sentido de colocar em dúvida a prioridade americana na constitucionalização: quando a assembléia nacional francesa se dispôs a elaborar uma constituição, já podia recolher o exemplo americano. Não obstante, a decisão francesa não consistiu em uma simples imitação ou recepção do processo americano. A revolução francesa não foi originariamente a implantação de a implantação de um Estado constitucional estabelecido segundo aquele modelo: sua meta antes se encontrava na transformação da ordem social.” (GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 61-62. Título original: Die Zukunft der Verfassung).

agricultores – 85% da população francesa vivia nos campos –, eram arrojados pelo feudalismo e pela excessiva taxaço de seus produtos⁵⁶. No entanto, ambas experiências de constitucionalismo provêm de fontes comuns, que marcarão a concepço das liberdades: o jusracionalismo, o contratualismo e a teoria da divisão de funçoões do Estado. Por isso que tanto a Declaraço de Direitos da Virgínia, de 1776, quanto a Declaraço de Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, são escritas pelos representantes do povo; ambas reconhecendo direitos naturais e inalienáveis dos homens, regidos pelos princípios da igualdade e universalidade; ambas determinando a separaço de poderes como forma de impedimento de abusos e, principalmente, estatuindo que as liberdades são definidas pela lei (*a law of land, a loi*). Eis a marcante contribuico desse momento que representa um divisor de águas entre o velho e o novo: a idéia de que as liberdades do homem devem permanecer a salvo de intromissões do Estado – liberdade negativa –, cabendo à entidade política garantir-lhe o âmbito de desenvolvimento pessoal e definir, pela lei, sua extensão, ou, na fórmula que até hoje vige nas constituicoes, a conotaço de liberdade com tudo o que for expressamente permitido ou não proibido em lei. Passou-se a experimentar a idéia de liberdade legal.

II. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADES

As experiências de proclamaço de direitos em documentos políticos de *fin de siècle*, embora não tenham sido as primeiras se abarcarmos em nossa visão a organizaço político-jurídica inglesa, representaram um ponto de partida para as quatro grandes ondas de constitucionalizaço (*vagues de constitutionnalisation*⁵⁷). O que se relaciona com o fenômeno político do constitucionalismo, cujas premissas são o estabelecimento dos direitos individuais e a delimitaço da esfera de atuação estatal,

56 Vovelle refere que todo campesinato sofria ainda, embora em graus variados, o domínio do sistema “senhorial”. A aristocracia nobiliárquica, no seu todo, detinha parte importante do território, talvez 30%, enquanto o clero, outra ordem privilegiada, possuía entre 6 a 10%” (p. 12). Mais adiante, o historiador escreve: “Os primeiros sinais de mal-estar aparecem na década de 80 do século XVIII nos campos franceses: uma estagnaço dos preços dos cereais e uma grave crise de superproduço vitícola” (p. 22). (VOVELLE, Michel. A revolução francesa. 1789-1799. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edicoes 70, 2007. Título original: La révolution française, 1789-1799).

57 Cf. HAURIOU, André. Droit constitutionnel, cit., p. 75 e s.

justamente como técnica de preservação das liberdades. Mateucci, ao abordar o tema, refere que sobre o constitucionalismo já se disse se tratar de “[...] técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.”⁵⁸ Trata-se, numa palavra, de um definitivo rompimento com os paradigmas da liberdade dos antigos, pois, enquanto estes eram absorvidos em sua individualidade, o âmbito de liberdade dos modernos “[...] tem o caráter nitidamente antropocêntrico; coloca os valores referentes ao homem num grau mais elevado em relação aos negócios públicos; marca o surgimento de uma visão do homem como ente autônomo; ele irrompe consciente de seu papel exigindo o estabelecimento de limites ao poder absoluto [...]”⁵⁹.

É verdade que a *primeira grande onda de constitucionalização* (Hauriou) teve início com a revolução francesa de 1789 que, paradoxalmente, teve seu marco político-jurídico numa declaração, de caráter autônomo e declarativo e sem as abrangências regulatória e programática só possíveis na constituição. No entanto, não podemos deixar de lado outros processos de constitucionalização que, como experiências políticas, igualmente pretenderam estabelecer a esfera de direitos de liberdade e a delimitação do poder estatal, de modo a que não houvesse intromissão naquela área.

II.1 A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL INGLESA

A primeira onda de constitucionalização, assim como seu momento precedente verificável com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), partem de movimentos revolucionários cruentos, que pretendiam, num e noutro caso, a reorganização das bases sociopolíticas e o estabelecimento do Estado, ocorrendo, nisso, a necessária redefinição ideológica que deveria dar consistência à idéia de Estado-nação. Os colonos da América Norte,

58 MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola et PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. V. 1. Tradução de João Ferreira *et alii*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 247-248. Título original: Dizionario di politica.

59 SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Habeas corpus, cit., p. 82.

unidos pela identidade étnica e cultural, viam nas terras ocupadas um lar nacional e antes mesmo de as terem declarado como tal haviam dado passos importantes em direção à constituição política, como foi o caso do pacto de *Mayflower*, de 1620⁶⁰; os franceses, por sua vez, já haviam se organizado como Estado-nação, com poder político central e estrutura burocrática, mas o modelo de governo absoluto havia chegado a um ponto de saturação que não mais se adequava, por um lado, com as carências de grande parte da população e com os reclamos da *bourgeoisie* e, por outro lado, com o ambiente cultural forjado ao longo do *Siècle des Lumières*. Mas na Inglaterra os movimentos políticos tendentes à sua constituição decorreram de forma diferente.

É óbvio que não se quer aqui afirmar a inexistência de conflitos que, em verdade, ocorreram ao tempo da *Magna Charta Libertatum* (1215), passando pela revolução que instalou a chamada República de Cromwell e, mais tarde, a restauração da monarquia (1660) e a revolução de 1688, que pôs fim à dinastia dos Stuarts, e o superveniente *Bill of Rights*. Mas é certo que o poder político inglês se desenvolveu guiado pelo caráter institucionalizante daquele povo, que vê na multissecular monarquia um símbolo de identidade nacional e que conhecia o gérmen de sistema parlamentar de governo desde fins do século XIII, sabendo-se que já em 1295 o Parlamento atuava com os três estados, clero, lordes e comuns⁶¹. O povo inglês passou por um processo de progressiva consolidação de suas instituições políticas que mais bem está relacionado com as experiências de efetiva atividade política, que denota seu pragmatismo, do que propriamente com o decalque de modelos ou de ideários. René Pinon, ao tratar das liberdades daquela parte da Europa insular, refere que “As instituições inglesas não derivam do desenvolvimento dum princípio lógico e abstrato; elas são o produto dos fatos essencialmente empíricos, resultantes da dinâmica da história e da vida.”⁶² De forma que poderemos afirmar, com base na categoria desenvolvida por Hauriou⁶³, que o

60 Cf. REY CANTOR, Ernesto. Teorías políticas clásicas de la formación del estado. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996, p. 63-64.

61 Cf. CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Tomo I. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996, p. 51.

62 PINON, René. La conception britannique de la liberté. Revue Politique et Parlementaire, t. CCXXVII, octobre-décembre, 1938, p. 395.

63 Lamentavelmente André Hauriou não aplica a categoria *diálogo* entre *autoridade* e *liberdade* à experiência constitucional britânica, embora ela caiba à perfeição.

diálogo entre *auctoritas* e *liberdade* foi travado desde cedo pelos ingleses, numa primeira etapa através da elite formada por nobres, formulando na *Magna Charta* as noções de *rule of law* e *law of land*, que se prestam a conceder segurança jurídica e garantia à liberdade física e, numa segunda fase, já com o Parlamento funcionando nos moldes que até hoje se conhecem, escrevendo no § 9º do *Bill of Rights* (1689) “Que a liberdade de expressão e os debates ou atividades no parlamento não devem ser objeto de acusação nem de impedimento nem de questionamento por nenhuma jurisdição ou instituição alheia ao mesmo”, enquanto que no § 1º, reservou-se a prerrogativa de fiscalização de certos atos do rei, dispondo “Que o pretendido poder de suspender as leis ou sua execução por autoridade real sem consentimento do parlamento, é contrário ao direito”, com isso a um só tempo abrindo caminho para a democracia representativa e liberdades políticas e para o controle do poder político, pelo impedimento de atos típicos de governo autocrático.

Ao analisar a circunstância política da Inglaterra, Grimm aponta outros dois aspectos de relevo (que ao fim e ao cabo confluem para aqueles acima mencionados) para sua experiência constitucional. Em primeiro lugar, o fato de ter-se desenvolvido uma burguesia, liberta do sistema feudal, que não se opôs ferozmente ao regime monárquico, mas, pelo contrário, tornou-se seu arrimo na medida em que desfrutava de mobilidade social, ascendendo a categorias nobiliárquicas. Em segundo lugar, o constitucionalista alemão menciona que a Reforma, em vez de ter fortalecido o poder monárquico, atribuiu maior valor ao Parlamento⁶⁴, que passa a ocupar as funções do legislativo e executivo. De fato, o *Bill of Rights* estabelecerá um programa de monarquia parlamentar sobre o qual Hume refere, não sem uma dose de ufanismo, que “[...] embora o rei tenha direito de veto na elaboração das leis, este direito é na prática considerado tão pouco importante que tudo o que é votado pelas duas Câmaras é com certeza transformado em lei, sendo o consentimento real pouco mais do que uma formalidade.”⁶⁵

Esses dois aspectos intervêm diretamente na consolidação das liberdades civis dos ingleses que, muito antes de quaisquer outros povos do continente, estenderam as regras de direito destinados aos

64 GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 63.

65 HUME, David. *Ensaio morais, políticos & literários*. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 143.

estamentos superiores da sociedade a todos os cidadãos, ao longo dum processo de amadurecimento das instituições políticas. O *habeas corpus act*, de 1679, garantia jurídica do direito à liberdade física, *v.g.*, é apenas o momento culminante do que se vinha operando na experiência jurídico-jurisdicional desde antes da *Magna Charta*, através do *writ de homine replegiando* (ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança), do *writ of mainprize* (ordem destinada ao *Sheriff*, para o restabelecimento da liberdade ao detido mediante arbitramento de fiança), do *writ de odio et atia* (que estabelecia condições para a liberdade de quem fosse acusado do crime de homicídio) que, no entanto, eram expedientes jurídicos ainda de aplicação restrita e, tal como acontecia com as regras do art. 29 da *Magna Charta*, manejados fundamentalmente por pessoas de elevada condição social. Além do mais, não se pode esquecer que as prisões *per speciale mandatum regis* determinadas pela Coroa e pelo *Privy Council* escapavam ao controle de legalidade, situação que só sofrerá alguma mudança a partir de 1592, quando a Justiça inglesa passa a exigir justificação para os mandados de prisão. Não tarda para que isto se constitua numa garantia para todo cidadão inglês, quando, em 1627, no julgamento do caso Darnel, a Corte julga, baseada na *Magna Charta*, a ilegalidade da prisão decretada *per speciale mandatum regis*⁶⁶. Todos esses episódios que engrossam o caudal do *common law* tendem para que se fixem os direitos de liberdade dos ingleses, que ganham garantias através dos *Acts of Parliament*. Grimm refere que as ameaças contra as liberdades dos ingleses existentes até a *Glorious Revolution*, de 1688, são repelidas pela tradição parlamentar que “[...] se investia da condição de defensor de uma situação jurídica liberal desde há muito em vigor”, não tendo sido necessário “[...] o recurso ao direito natural para legitimar os direitos de liberdade, mas apenas a remição ao bom direito antigo.”⁶⁷ Um tal sistema que, como referido por politólogos, está longe de caracterizar a monarquia pura, mas, para o pensamento de Hume, se trata de um sistema misto, em que as características de república são evidentes, permite não apenas o controle do poder político, como, também, o exercício das liberdades civis. Ao tratar disso, o filósofo escocês dá como exemplo a liberdade de imprensa, que consiste, inclusive, na possibilidade de “[...] criticar abertamente qualquer medida decretada

66 Cf. nosso *Habeas corpus*, cit., p. 155-161.

67 GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 87. Aqui fizemos uma tradução livre do texto.

pelo rei ou por seus ministros.”⁶⁸, que, segundo seu entendimento, é liberdade que decorre da forma mista de governo⁶⁹. Fecha-se, assim, o círculo: o pragmatismo político dos ingleses permitiu a estruturação de instituições auto-reguláveis, que impedem arbitrariedades e indevida invasão na esfera de liberdades individuais, ao mesmo tempo em que as garantem.

II.2 A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL AMERICANA

O movimento de constitucionalização observado nos Estados Unidos da América percorre, podemos assim dizer, um caminho que estava previamente traçado. Primeiro porque as colônias britânicas que lhe deram corpo jamais conheceram o feudalismo, nem muito menos os riscos do absolutismo. Os colonos emigrados da metrópole para o novo mundo, já conheciam as liberdades civis e levaram-nas em sua bagagem; respeitavam às hieráticas instituições que formavam o eixo central de sua vida política e jurídica, especialmente o Parlamento, com seu sistema de autolimitação e de controle da legalidade; havia uma classe burguesa em ascendência, que gozava não apenas das liberdades, mas era economicamente independente, inclusive a ponto de reclamar contra os pesados tributos impostos pelo Parlamento inglês. Em segundo lugar, a circunstância enfrentada pelo Império Britânico, por um lado combalido política e economicamente após a Guerra dos Sete Anos, por outro lado tendo se tornado demasiado grande, vendo-se na contingência de organizar burocraticamente seu domínio, permitiu que os colonos estivessem menos sujeitos a intervenções opressoras. As colônias, em boa verdade, passaram a funcionar de forma autônoma, embora tivessem governadores coloniais indicados pela coroa, pagos pelas assembleias locais⁷⁰. Por último, esse ambiente em que se permitia a livre produção, a não interferência na esfera privada do indivíduo e a relativa estruturação de funções políticas, adequava-se aos ideais de uma filosofia política e econômica do liberalismo, propícia, portanto, à preservação dos direitos de liberdade.

68 HUME, David. Ensaios, cit., p. 101.

69 *Ibidem*, p. 102.

70 Cf. DRIVER, Stephanie Schwartz. A declaração de independência dos Estados Unidos. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 10.

No entanto, a Inglaterra passou a impor pesados tributos às colônias, primeiro através da Lei do Açúcar (1764), depois pela Lei do Selo (1765) e, por fim, pelas Leis Townshend (1767), as quais desrespeitavam nitidamente o princípio *no taxation without representation*. Para além do mais, as garantias jurídicas de índole processual, foram modificadas, como as que se referiam às regras de competência judicial. Por outras palavras, o Parlamento inglês estava suprimindo garantias jurídicas dos colonos, que se insurgiram através de grupos organizados, como o dos Filhos da Liberdade e por meio de deliberação da maioria das colônias, que passaram ao franco desrespeito às leis da Inglaterra. Aí estavam as condições para a independência das colônias e para a constituição de um novo Estado.

É de observar-se que os direitos de liberdade que apareceram nas cartas políticas dos Estados Unidos, primeiro a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, depois a Constituição norte-americana, de 1787, não são apenas de inspiração inglesa ou o puro e simples decalque das leis constitucionais da pátria-mãe. A essa altura, o ideário liberal e a filosofia jusnaturalista de Locke e Rousseau propagavam-se e ganhavam a simpatia de homens como Benjamin Franklin e Thomas Paine, este, apesar de inglês, um verdadeiro entusiasta da independência das colônias e defensor da revolução francesa de 1789, participando da propaganda panfletária ao escrever *Senso comum e Direitos do homem*. É esta base intelectual e filosófica que está sensivelmente presente no primeiro dos documentos políticos, cujo art. 1º declara que

Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e contam com certos direitos inatos dos quais não se pode privá-los nem despojá-los por nenhum compromisso ao entrarem num estado de sociedade; e que todos estes direitos são, principalmente, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e conservar a propriedade e de perseguir e de lograr a felicidade e a segurança.

E aí estão uma natureza humana que não se compagina com a estrutura estamental e rigorosamente orgânica de sociedade, os direitos naturais presentes desde sempre e depreendidos pelo homem ao entrar na sociedade política, que é assim concebida pela disposição livre em contrato de todos os que deixam o *status naturalis*, e eis, ainda, o próprio sentido da Constituição, que é o de permitir a realização de objetivos comuns, a felicidade e a segurança. É claro que há, também, um sentido

pragmático na Declaração de Direitos, cujo art. 8º, inspirado no *Bill of Rights* inglês, dispõe sobre as garantias processual-penais, como a do conhecimento da acusação a que se é submetido, confrontação de testemunhas e acusadores, julgamento por júri formado por doze homens, para além da garantia de não se fazer prova contra si mesmo e a regra da legalidade para a supressão da liberdade.

A constituição dos Estados Unidos, a mais curta e longeva de quantas que a história da democracia pode registrar, prescreve não mais que princípios e garantias fundamentais, os quais darão sustentáculo às liberdades civis e ao processo. Assim, a liberdade só será restringida mediante regular processo e julgamento; o Estado tem seu poder de persecução criminal limitado; os acusados têm direito de serem informados sobre a natureza e causa da acusação e de serem julgados por júri popular em todos os casos criminais, além de gozarem de assistência profissional para a defesa (sexta emenda à Constituição); ninguém estará obrigado a fazer prova contra si (quinta emenda). Em suma, a Constituição norte-americana ultrapassa os âmbitos declarativo e programático para tornar-se ela própria instrumento de aferição do processo legal: é, pois, verdadeiro documento político-jurídico de natureza instrumental.

II.3 A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL FRANCESA (MODELO DO CONSTITUCIONALISMO DA EUROPA CONTINENTAL)

Em França o fenômeno de constitucionalização aparece de forma tumultuada, em meio a uma revolução que não representa apenas um movimento popular para tornarem efetivos os direitos de liberdade mediante o reconhecimento de determinados princípios, como ocorrera entre os norte-americanos, nem para confirmar uma tradição política que desse arrimo ao âmbito de liberdades, como se verificou entre os ingleses. Ali, dirá Grimm, “[...] não existia uma tradição comparável de direitos de liberdade catalogados, que unicamente necessitassem de ampliação e de serem elevados ao nível constitucional para adotarem o caráter de direitos fundamentais.”⁷¹ Isso em razão de que naquele país vigorava um regime absolutista de governo que, por um lado, impunha

71 GRIMM. Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 90. A tradução é nossa.

pesada carga de tributação ao povo e, por outro lado, apesar de deliberar em conjunto com seus conselhos, o rei exercia o poder político que não conhecia um contrapeso que mitigasse as arbitrariedades; além do mais, o feudalismo, que à época revolucionária já não mais existia na vizinha Inglaterra, era, em França uma estrutura complexa atrelada a um sistema econômico tradicional que se baseava na produção do campo; também importava numa abissal injustiça na distribuição de riquezas, uma vez que a nobreza e a igreja detinham quase 40% do território francês⁷²; por fim, esse sistema atribuía ao senhor a prerrogativa de aplicar sua justiça aos camponeses que vivessem em suas terras.

Em contrapartida, França abrigou (e irradiou para o continente) o iluminismo de fins do século XVIII, cujos postulados de racionalismo não apenas colocavam em causa os dogmas da igreja e sua influência sobre a vida política do Estado, como, também, difundiam novas concepções acerca do homem e de sua dignidade. Voltaire reconhecerá o caráter de perfectibilidade, que se compaginará com as idéias de liberdade, de solidariedade e de tolerância. É o pano de fundo para que se reclame a mediação do diálogo entre a *auctoritas* e o povo através do entendimento desse signo de hominidade. Isto que é a um só tempo anterior e transcendente ao Estado permitirá a redefinição da idéia de democracia, ao menos no que concerne às concepções de formação da sociedade política e de soberania: e o pensamento político de um Rousseau dará suficiente sustentáculo para se reconhecer que a ela provém, em verdade, do povo e o modo de organização do Estado, através da Constituição, “[...] é a propriedade de uma nação e não daqueles que exercem o governo”, como terá defendido um dos grandes entusiastas da revolução de 1789, Paine⁷³. Para que se dê cabimento a essa lógica de organização política da sociedade, é crucial que se delimitem as funções e os poderes do Estado, o que só se alcança, segundo pensa Montesquieu, com a separação de poderes e a técnica controle recíproco.

Para além do ambiente intelectual que contagiava os domínios políticos da França pré-revolucionária, não se pode esquecer que outros fatores igualmente contribuíram para que se perpetrasse contra o absolutismo. A revolução das colônias norte-americanas e os princípios

72 VOVELLE, Michel. A revolução francesa, cit., p. 12.

73 PAINE, Thomas. Direitos do homem. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005, p. 169.

inscritos no *Bill of Rights* de 1776, inspirariam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o exemplo do regime monárquico vindo da Inglaterra serviria ao novo sistema de monarquia constitucional⁷⁴. A partir disso e dos contornos constitucionalistas da reunião dos Estados Gerais, que viriam a se transformar em Assembléia Nacional Constituinte, já se podia falar na deposição do *ancien régime* e de uma longa revolução, que se inicia em 1789 e estende-se por vários anos de instabilidade, com as perseguições jacobinas e o regime de Robespierre e constituições de vida curta, que não impedem um ciclo de alternância de formas de governo que passam da monarquia absoluta à monarquia limitada, desta para república democrática, que se transforma em ditadura. O que ocorre, em suma, é uma revolução em sentido amplo, que importava na reestruturação do Estado francês. Ou, como afirma Paine, “Não foi contra Luís XVI mas contra os princípios despóticos do governo que a nação se revoltou. Esses princípios não tinham nele sua origem, mas no *establishment* original, muitos séculos atrás, e haviam se tornado demasiado profundamente arraigados para serem eliminados [...]”⁷⁵, e os experimentos acabam se tornando o expediente para alcance dos fins revolucionários. No entanto, a revolução – ou, como alguns querem, as revoluções que se sucedem a partir de 1789 – trará importantes contribuições para a primeira fase de constitucionalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que formalmente não cabe no conceito de Constituição e, talvez por isso, um Marcello Caetano sequer a cite entre os documentos políticos de França⁷⁶, já dispõe as balizas que delimitam a soberania do Estado que, aliás, está fulcrada na nação e “[...] nenhum corpo, nenhum indivíduo poderá exercer autoridade que não emane diretamente dela” (art. 3); que o Estado só estará regularmente constituído quando houver garantia

74 Cf. CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional, cit., p. 94.

75 PAINE, Thomas. Direitos do homem, cit., p. 33.

76 Por algum tempo desenvolveu-se a polêmica entre os defensores da expressão constitucional da declaração autônoma de direitos fundamentais e seus detratores, que, como Hesse, entendiam que a Constituição confere pretensão de vigência às normas de direitos fundamentais. Acerca do debate, cf. nosso Habeas corpus, cit., p. 85-87. Gicquel e Hauriou, no entanto, pontificam a importância das declarações de direitos da fase clássica do direito constitucional. GICQUEL, Jean et HAURIUO, André. Droit constitutionnel et institutions politiques. Paris: Éditions Montchrestien, 1985, p. 153.

dos direitos e separação dos poderes (art. 16); que os limites à liberdade apenas poderão ser estabelecidos mediante lei (art. 4), cujo conteúdo estará relacionado a proibições de ações prejudiciais para a sociedade (art. 5). A declaração, portanto, encerra dúplex caráter, o de estabelecer controle dos poderes estatais ao mesmo tempo em que dispõe sobre direitos e garantias de liberdades: há, por um lado, controle das funções mediante o sistema de tripartição de poderes, implicando, *ipso facto*, na própria organização burocrática do Estado; as liberdades, por outro lado, apresentam-se em duas dimensões, a dos direitos definidos pela norma e a das garantias, que podem ser reclamadas para sua salvaguarda (art. 12). Tudo isto, ao fim e ao cabo, podendo ser esquematizado ao modo como elaborou Carl Schmitt, para quem “[...] a esfera da liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo *ilimitada em princípio*, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la é *limitada em princípio*.”⁷⁷

Se não se trata propriamente de Constituição, pelo menos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém um indelével aspecto ideológico que propende para a estruturação não só dos direitos de liberdade, mas, também, do próprio Estado. E parece que ela foi por muito tempo entendida desta forma, já que até a Constituição francesa de 1946 não havia um capítulo específico estipulando os direitos e garantias individuais, que permaneciam íntegros na Declaração.

EM SUMA, a primeira onda de constitucionalização, que tem na revolução francesa de 1789 e no seu encarte de direitos de liberdade o ponto de irradiação para o constitucionalismo europeu, mas que começa antes, com as declarações de direitos e a constituição dos Estados Unidos, é, em sua gênese, fundamentalmente marcada por pelo menos três aspectos: o primeiro, de caráter sociológico, relaciona-se com “[...] a chegada ao poder da classe média, da burguesia”⁷⁸, que é fato verificável nas duas experiências constitucionais referidas. As primeiras constituições nasceram do descontentamento da burguesia que, por um lado, era cônica de sua importância, especialmente para a vida econômica de seus países e, por outro lado, haviam adquirido não só a noção das arbitrariedades dos regimes de governos, como daquilo que

77 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução castelhana de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 138. Aqui fizemos uma tradução livre do texto.

78 HAURIOU, André. Droit constitutionnel et institutions politiques, cit. p. 153. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

a intelectualidade propunha em termos ideológicos. Não será errado, portanto, referir, como Carl Schmitt, que os Estados desse período de constitucionalização eram Estados burgueses. O segundo aspecto radica-se no liberalismo que dominou a filosofia política e a economia de fins do século XVIII. O livre estabelecimento, a busca do progresso pessoal e a não-interferência estatal são características que advêm do postulados da economia liberal. No campo ontológico e ético, o individualismo torna-se premissa para a demarcação da esfera de liberdades do homem. O terceiro aspecto, que de alguma forma pode dar amparo, segundo entendemos, à teoria da unidade do Estado de Heller, refere-se ao liame existente entre “[...] o desenvolvimento da consciência nacional e o movimento constitucional.”⁷⁹ Nas duas experiências constitucionais do século XVIII, havia um forte pendor revolucionário, que se traduz no desejo de organização política nacional. Por fim, não podemos esquecer que o movimento de constitucionalização brotou no meio revolucionário, que para uns importou na libertação e fundação do Estado, enquanto que para outros a revolução depunha um regime antigo de governo e redesenhava a estrutura social-política do Estado já existente, mas em ambos os casos recorrendo-se às lutas.

III. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O movimento de constitucionalização de fins do século XVIII, com toda a circunstância que o envolveu, indicando, fundamentalmente, para a necessidade de ampla organização das sociedades políticas (que, de forma genésica, também já havia nas colônias norte-americanas), tem importância que transcende o mero aspecto histórico. As bases das liberdades individuais e políticas foram aí sedimentadas, sofrendo poucas alterações nas supervenientes ondas do constitucionalismo. Além do mais, esse fenômeno político de *fin de siècle* reserva um lugar de destaque para a Constituição, como documento imprescindível para as necessárias (re)estruturações sociopolíticas. A primitiva idéia de pacto, de contrato social, dá lugar à força jurídica e política vinculativa que se projeta em todo *corpus iuris* do Estado.

Mas as constituições da primeira onda correspondem ao momento

79 *Ibidem*, p. 155.

fundacional dos Estados modernos, cuja estrutura-tipo apresentava aspectos facilmente identificáveis. O ambiente econômico foi forjado a partir do pensamento liberal, que não exigia mais do que a liberdade para estabelecer-se e produzir. A experiência jurídica, que durante os séculos de influência germânica era costumeira, tinha, agora, na entronização da lei positiva, a tendência para a laicização e para conferir segurança às liberdades civis, mas estava por fazer-se. O Estado – que era burguês – devia ser limitado, de modo a não interferir no âmbito das liberdades. Isso tudo permitindo-nos compreender um cenário de complexidades bem distintas das que viriam com uma nova revolução industrial no século XIX, com as guerras mundiais do século seguinte e com as reivindicações sociais. E as bases do modelo de Constituição declarativa de direitos naturais imprescritíveis e universais, que concernem à idéia de liberdade, e a garantia de sua preservação através da limitação do poder estatal e da lei, já não seriam suficientes para manter a estrutura dos Estados em cada sucessivo momento de complexidade. Novas gerações de direitos estavam para ser reconhecidas.

III.1 NOVAS GERAÇÕES DE DIREITOS

O Estado do *ancien régime* era o ente político personificado na figura do príncipe, que monopolizava o poder e em nome de quem a soberania significava criar e revogar leis; que tratavam antes dos deveres do que dos direitos dos homens. Com a primeira onda de constitucionalismo, ocorre uma viragem completa, em que os Estados assumirão as características gerais de seu conceito moderno. Já nem se pensará em cidades-Estados como as que formavam boa parte da Europa continental, que se refunda toda esquadrinhada em Estados-nação, em que aquela parte espiritual, que se pode chamar de psique do povo, dará substância à unidade territorial e de soberania. O poder político, por outro lado, não estará pura e simplesmente representado pela *auctoritas* com prerrogativas de mando, pois que encontrará limites ditados por uma ordem legal tendente ao reconhecimento da esfera de liberdades individuais. Se antes havia apenas o conjunto de deveres, agora o direito passava a estabelecer as liberdades dos homens e cidadãos. Mas já a partir do século XIX esta estrutura de Estado, com seu esquema reduzido de funções, não será suficiente para atender os novos interesses. A revo-

lução industrial põe em evidência a classe proletária, responsável pelo processo de produção e geração de riquezas e, no entanto, gozando de situação não mais vantajosa do que a dos camponeses do século XVIII. As reivindicações de direitos sociais e econômicos eclodem durante esse período, em o qual o Manifesto comunista de Marx e Engels é publicado (1848). Os direitos individuais, os de primeira geração, que expressam a liberdade dos modernos, ou, nas palavras de Benjamin Constant, “[...] o direito a não estar submetido a não ser às leis [...]”, eram insuficientes, como dá a entender a Constituição francesa de 1848 e, mais tarde, com maior importância, a Constituição de Weimar, de 1919, tratando de direitos sociais referidos à proteção da família, da educação e do trabalho, quando se transpõe o limite do Estado liberal para avançar-se ao Estado do bem-estar social.

Se a primeira geração de direitos implica no reconhecimento da liberdade negativa, ou seja, na liberdade de não ser molestado e, no que concerne ao Estado, priorizando-se a não-interferência (uma situação que antagoniza com o regime de opressão do absolutismo e que surgiu como declarada luta contra esse estado de coisas), podendo essa liberdade ser esquematicamente reduzida à expressão berliniana *estar livre de (liberty from)*⁸⁰, a segunda geração de direitos expressará a liberdade positiva, ou seja, a liberdade de auto-realização, ou, na fórmula de Berlin, *estar livre para (liberty to)*⁸¹. Esses novos direitos aparecem logo após a Primeira Grande Guerra que, no entanto, não é determinante para o aparecimento das reivindicações dos direitos econômicos e sociais; aliás, não há nesta fase lutas armadas contra regime autoritário. Por fim, em vez de não-interferência, esses direitos são preenchidos pelas prestações estatais, o que justifica denominar-se o Estado assim constituído como de bem-estar social, ou Estado-providência.

Mas como a história é também feita de movimentos cíclicos determinados por momentos críticos, a destruição da Europa ao longo da Segunda Grande Guerra Mundial e o morticínio de milhões de pessoas, inclusive deliberado pelo programa do regime nazista de extermínio de certas minorias, como a de judeus e ciganos, criou uma nova consciência política mundial em torno dos direitos humanos, que veremos repre-

80 Cf. BERLIN, Isaiah. Quatro ensayos sobre la libertad. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 220-231. Título original: Four essays on liberty.

81 *Ibidem*, p. 231-236.

sentada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. O avanço que aí se dá não decorre pura e simplesmente por influência do experimento vivido pela Liga das Nações, em cuja efêmera existência não logrou atingir seu principal objetivo, o de coordenar os litígios entre Estados estrangeiros de modo a preservar a paz; no entanto, pode encontrar um étimo filosófico em Kant. Afinal, o filósofo de Königsberg já havia entendido que nenhum Estado tem direito à guerra de punição (*bellum punitivum*)⁸², nem a impor coerção⁸³, devendo, pelo contrário, procurar a paz, constituindo uma espécie de “liga” ou “aliança da paz”. E explica que “Essa liga não se propõe a adquirir qualquer poder do Estado, porém somente a manter e garantir a *liberdade* de um Estado para si mesma e, ao mesmo tempo, para outros Estados coligados.”⁸⁴, desenvolvendo-se a partir disso uma *república mundial*. É nessa *república mundial*, onde é suposto tratar-se de domínio de todos, que o homem deverá gozar do direito à hospitalidade, tornando-se um homem cosmopolita. Pois bem, a terceira geração de direitos, que poderia ter sido concebida por um Kant, mas advém da circunstância política e social mundial de pós-guerra, identifica-se com o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e com o desenvolvimento. Já não se referirá ao homem com ser individual, mas aos grupos de indivíduos, à família, ao povo, e à própria humanidade. Perspectiva-se nessa nova geração de direitos, portanto, a proteção do homem em níveis que transcendem as fronteiras dos Estados e o ser ideal detentor de uma natureza, para o compreender na sua essencial veste de pessoa humana, carecedor de atenções indispensáveis para a caminhada rumo ao aperfeiçoamento. Ao referirem-se à própria humanidade, esses direitos devem ser positivados arrancando do consenso dos Estados, de maneira que possam ser exigidos em foros internacionais.

Não se pode esquecer, entretanto, que a terceira geração de direitos é também marcada por três importantes aspectos. Em primeiro lugar, a declaração universal de direitos, que logo passa a apanágio dos Estados da modernidade comprometidos com o progresso dos povos, arrimando-se não apenas no respeito aos direitos econômicos e sociais,

82 KANT, I. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. A paz perpétua: um projeto para hoje. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 36.

83 *Ibidem*, p. 46

84 *Ibidem*, p. 48.

mas num princípio fundamental de solidariedade que rompe fronteiras, coincide com o momento histórico categorizado por Hauriou como o da quarta onda de constitucionalização⁸⁵. É durante o pós-guerra, atravessando os anos 60 até chegar à década de 70, que há a descolonização e o surgimento de novos Estados, obviamente procurando seu posto na escala dos Estados desenvolvimentistas, muitos dos quais sem uma precisa direção a tomar no campo ideológico (o mundo estava dividido em dois grandes blocos e o juízo de valor que se fazia era simplesmente maniqueísta, não havendo lugar para outras situações ideológicas). Em segundo lugar, as Constituições desse período, iniciando pela Lei Fundamental da Alemanha Federal, depois pela Constituição da República Democrática Alemã e, já na década de 70, pela Constituição portuguesa e pela Constituição espanhola, inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana, de inspiração humanista e cujo conceito diz respeito à ontologia, como norma que preside a todos os direitos fundamentais. O primeiro dos documentos políticos citados insculpe o princípio já no seu art. 1º, prescrevendo que a dignidade é inviolável e o Estado obrigado a respeitá-la e protegê-la; e que, ademais, “O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça”, ou, por outras palavras, que os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana que, como tal, é patrimônio natural de todos os homens. O terceiro aspecto está relacionado com a observação de Bobbio, segundo a qual os direitos do homem são históricos e uma série de fatores determinará a especificação e a aceitação de novos direitos⁸⁶. Assim, a Declaração Universal de Direitos não é obra acabada, mas apenas a diretriz histórica que permitirá a admissão de outros interesses humanos como direitos novos, segundo são depreendidos dentro da dinâmica de desenvolvimento humano.

Há quem sustente, como Paulo Bonavides, a existência de outra geração de direitos – ou, em sua terminologia, “dimensão de direitos” –, que é determinada pela circunstância da política global e pelos avanços tecnológicos, exigindo não apenas o redimensionamento da democracia, como, também, o direito à informação e ao pluralismo. No entanto não estamos seguros de que estejamos, *de facto*, diante de

85 Cf. HAURIUO, André. Droit constitutionnel et institutions politiques, cit., p. 79.

86 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campús, 1992, p. 32 e s. Título original: L'età dei diritti.

um novo ciclo de reconhecimento de direitos fundamentais. Primeiro, porque as circunstâncias que dizem determinantes dos novos direitos não estão muito bem definidas, nem sugerem um ponto paradigmático de revolução constitucional. As gerações de direitos anteriores foram marcadas pela exaustão de modelos em relação ao trato das novas necessidades e interesses humanos, de forma que foram os momentos de crise que determinaram ou a declaração de direitos, ou o consenso em torno deles. No atual *hic et nunc* histórico, no entanto, não se observa isso de maneira muito clara. Em segundo lugar, o direito à informação, *v.g.*, pode melhor estar alinhado à situação que Bobbio referiu como de especificação de novos direitos decorrentes dos direitos humanos, do que propriamente uma insurgência para sua concretização. Ademais, como questão hoje de domínio global, o direito à informação pode ser antes tratado nos foros internacionais dos Estados para posteriormente ser positivado. Em terceiro lugar, o próprio âmbito globalizado das decisões políticas, jurídicas e econômicas, não se compagina com a necessária positivação constitucional de novos direitos.

O que antes se referiu, com apoio em Bobbio, não permite apressarmos uma opinião no sentido de que a necessária (e natural) especificação dos direitos para atender à dinâmica histórico-cultural – que parte daquelas amplas diretrizes consensualmente aceitas pelos Estados –, coloca um ponto final na seqüência de rupturas revolucionárias e de redefinição dos direitos humanos; mesmo que, por um lado, as atuais Constituições visem mais a programas para concretização de direitos fundamentais (nessa parte tornando-se, portanto, suscetíveis de reformas), do que propriamente à positivação de novos direitos e que, por outro lado, a inclusão das regras de recepção de normas proclamadas em tratados internacionais, como ocorre em nossa Constituição e na da República portuguesa, *v.g.*, mitigue o papel dos movimentos de constitucionalização, tudo isso, provavelmente, decorrente dum fenômeno que podemos chamar de cosmopolitismo político, jurídico e econômico. Isto porque a circunstância global não é de pura tranqüilidade, bastando para reforçar nossa posição lembrarmos de um dos mais emblemáticos episódios políticos ocorrido justamente na União Européia, um dos palcos da globalização, onde as planificações políticas, jurídicas e econômicas deviam assentar-se numa Constituição européia, que acabou, no entanto, sendo rejeitada por França e Holanda, em 2005. A globalização – ou as globalizações, como prefere Boaventura Sousa

Santos – não é capaz de pôr cobro aos localismos, embora os aspectos locais cada vez mais se nos pareçam vulneráveis diante daquele fenômeno. A tentativa de unificarem-se a ortografia e regras de acentuação gráfica da língua portuguesa entre os países da chamada comunidade lusófona, *v.g.*, que não considera os particularismos no modo de falar de cada povo, nem mesmo os traços psicológicos que aí se denotam, fazendo com que o português do Brasil seja sensivelmente diferente do que se fala em Portugal ou em Angola, é uma tentativa mal arremedada de aproximação cultural que, no entanto, vem sofrendo forte e legítima resistência por parte dos falantes de além mar; mas o acordo está já em vigor, atropelando, de maneira brutal, aspectos culturais dos povos de língua portuguesa, que não se sabe até quando resistirão à força do decreto. Por outras palavras, podemos dizer que existe um movimento que se pode chamar de contraglobalização, baseado na justa renitência de certos localismos (que é justa por estar fundada na tradição cultural dos povos)⁸⁷. Isto implica reconhecer uma tensão que atualmente existe entre localismos e globalização, às vezes expressada de forma dramática quando um aspecto cultural, *v.g.*, tenta resistir à pressão de uma cultura hegemônica. Embora o direito à cultura esteja previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em Constituições contemporâneas, como a nossa, e que as legislações europeias têm destinado especial atenção a determinados aspectos culturais, como os lingüísticos, não duvidamos que o fenômeno da globalização possa, ainda, abrir uma nova fronteira para divisarmos direitos e garantias fundamentais relacionados

87 Ao tratar do fenômeno de massificação (de padronização) num âmbito menor – o da Europa da era comunitária –, mas que não deixa de ser expressão de globalização, que, para lembrar de uma metáfora do crítico literário Harold Bloom, parece com o tanque *Merkavah* do exército israelense, passando por cima de tudo e de qualquer obstáculo, Touraine refere que os europeus enfrentaram o drama do “[...] abandono de todo o nacionalismo, abertura à diversidade do mundo, mantendo-se contudo profundamente ligados ao país que os modelou, tanto pelas suas instituições, pela sua língua, pela sua literatura como pela sua história.”, de forma que o cidadão europeu da contemporaneidade continua, no fundo, cidadão francês, italiano, espanhol, português, e mais que isso, continua preso às tradições locais, falando o dialeto que teima em resistir à língua nacional e preservando seus costumes (cf. TOURAINE, Alain. Um novo paradigma. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p.49. Título original: Un nouveau Paradigme.).

A expressão *contraglobalização* é nossa, mas se aproxima daquilo que Sousa Santos denomina de globalização contra-hegemônica, fundamentada no direito à diferença, no respeito às minorias, inclusive culturais (cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo, cit., *maxime* p. 194 e ss.).

à proteção dos nacionalismos, dos regionalismos, dos localismos, que são aspectos de identidade dos povos e sem os quais sequer se pode pensar em programas políticos, jurídicos e econômicos para os Estados.

III.2 A IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS ANCESTRAIS COMO FUNDAMENTO DE SENTIDO E ORDEM PARA O HOMEM E A NECESSÁRIA POSITIVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

Há quem condene a expressão *geração* de direitos preferindo referir sobre suas *dimensões* que, segundo se percebe do percurso histórico, se amalgamam de tal forma que quase se tornam indissociáveis, como se fosse um organismo vivo do direito, de modo que ao se falar da cláusula de proibição de arbitrariedade na prisão, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. IX), imediatamente poderemos relacioná-la a uma série de garantias fundamentais de índole processual presentes nas Constituições; dizem os estudiosos que o vocábulo *geração* faz supor a sucessão de períodos, como se cada um se sobrepujasse ao outro em importância, o que para nós é equivocado.

De facto, se pensarmos na idéia de *geração* cunhada por Ortega y Gasset, teremos de reconhecer que ela significa uma variedade humana datada e, por isso, diretamente relacionada com cada *hic et nunc* histórico. Insere-se, pois, na ordem de sucessões históricas, permitindo-nos divisar aspectos marcantes em cada uma. Mas não só. Ao tratar do tema relacionado com a evolução dos povos segundo o reconhecimento de gerações, diz Ortega que “[...] essas mesmas diferenças de estaturas supõem que se atribua aos indivíduos um mesmo ponto de partida, uma linha comum, sobre a qual uns se elevam mais, outros menos, e vem a representar o papel que em topografia é o nível do mar.”⁸⁸, deixando entredito, pois, que as gerações se inscrevem dentro de um sistema histórico, em o qual uma geração não deve prescindir da outra. Mais adiante, o filósofo espanhol refere que “[...] cada geração representa uma certa altitude vital, a partir da qual se sente a existência de uma determinada maneira. Se tomamos a evolução de um povo em seu conjunto, cada uma de suas gerações apresenta-se como um momento de sua vitalidade, como uma

88 ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. *In* Obras completas, tomo III. Madrid: Taurus, 2005, p. 564. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

pulsção de sua potência histórica.”⁸⁹ Esse momento de vitalidade próprio de uma *geração* faz supor o poder criativo que está sujeito, segundo entendemos, à exaustão, quando a força generativa se transforma, *tout court*, em puro acúmulo histórico que servirá à *geração* superveniente. Daí termos de concordar com Ortega quando refere “[...] que as gerações nascem umas das outras, de sorte que a nova já se encontra com as formas que a existência deu à anterior.”⁹⁰ Mas se é assim, também é de admitir-se que a idéia de *geração* é mais ampla que a da de *dimensão*, que apenas planifica no tempo uma dada circunstância, já que “Para cada geração, viver é, pois, uma tarefa de duas dimensões, uma das quais consiste em receber o vivido – idéias, valorações, instituições etc. – pela antecedente; a outra, é deixar fluir sua própria espontaneidade.”⁹¹

Se não estivermos de todo enganados, a idéia de *geração* aqui exposta – que se não refere apenas ao homem biológico ou àquele ser descrito pelas ciências naturais, mas àquele de cujo élan vital decorrem, como obra criativa, as instituições, os valores, as idéias – prestar-se-á para o entendimento da história dos direitos humanos, muitos dos quais positivados nas Constituições como direitos fundamentais. Então, já não parecerá tão disparatada como propugnam os defensores das dimensões de direitos. Pois que cada nova *geração* será resultado do acúmulo histórico de experiências, nem sempre implicando reconhecer numa *geração* a completa razia do que anteriormente se havia construído. Aliás, as gerações podem parecer-se interdependentes, na medida em que esse acúmulo de experiências se distende no tempo, tornando-se explicação do presente e prognóstico para o que está para ocorrer. “Houve gerações – diz Ortega – que sentiram uma suficiente homogeneidade entre o recebido e o próprio. Então, vive-se em *épocas cumulativas*.”, justificando-se seu estudo por uma ciência que se pode denominar de *meta-história*.⁹² Não terá ocorrido algo semelhante com as gerações de direitos que conhecemos?

A verdade é que o marco inicial dos direitos humanos, identificado como aquele em que se definem os direitos como forma de delimitação das áreas de atuação do Estado – oponíveis, portanto, contra a *auctoritas*,

89 *Ibidem, ibidem*. Os itálicos são do original.

90 *Ibidem, ibidem*.

91 *Ibidem, ibidem*.

92 *Ibidem*, p. 565. O itálico é do original.

ao mesmo tempo em que esta deve, por outro lado, não interferir na área das liberdades cidadãs – é, podemos assim dizer, aquela primeira *geração* moderna de direitos que tem início no século XVII, na Inglaterra, e é estabelecida sobre a linha que serve para medir as demais *gerações* que lhe sobrevivem. Mas as demais *gerações*, já descritas, não se desenvolvem, *tout court*, lateralmente em relação à primeira, senão que dela partem num sentido ascendente e sempre, assim vemos, de forma interpendente. Por outras palavras, as *gerações* de direitos aparecem como fenómeno jurídico e político em que cada qual traz a carga de experiências e valores adquiridos pela precedente, de modo que todo o vivido anteriormente se torna patrimônio cumulativo do homem. E isto é tão evidente que basta para demonstrar o que aqui defendemos lembrarmos que a crise do Estado do bem-estar não expurgou os direitos sociais de segunda geração, por um lado ferrenhamente defendidos por grupos de pressão política contrários ao neoliberalismo, por outro lado redimensionados a partir de uma nova forma de salvaguarda, pela participação do terceiro setor; enquanto que os direitos que se tornaram transnacionais, reconhecidos em tratados internacionais, convocando as nações para o dever de solidariedade e de desenvolvimento dos grupos humanos, encontram seu étimo fundante nos primitivos direitos do homem e do cidadão do século XVIII. Por outras palavras, as *gerações de direitos* surgidas nos albores do século XX não excluem os direitos ancestrais, aqueles celebrizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; pelo contrário, deles dependem diretamente em razão da força axiológica que exercem, dignificando o homem não apenas na sua individualidade, mas como pessoa humana; por isso, ao fim e ao cabo, referindo-se a todos os homens.

Ao tratar da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros, Bobbio ressalta a importância daqueles direitos de *primeira geração*, referindo que “[...] a doutrina liberal, embora historicamente condicionada, expressou uma exigência permanente [...]: essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da *luta contra os abusos do poder*.”⁹³ Mais adiante, dando prova de sua afirmação, alega que

Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam a Constituição,

93 BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 277-278. Título original: Teoria generale della politica. Itálico no original.

invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação dos poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista.

Apropriando-nos da lição do filósofo italiano, podemos dizer que aqueles direitos clássicos de liberdade estão sempre sendo convocados – ou melhor, já se inscreveram no caráter do homem moderno –, não apenas para que se dê consecução às liberdades, mas como forma de arrimar axiologicamente o reconhecimento de qualquer outro direito do homem. Não é por outro motivo que o jurisfilósofo espanhol Joaquín Costa, na virada do século XIX, vai mais longe, entendendo que os direitos de liberdade são

[...] inerentes à pessoa individual, e dizem-se naturais e por isso não legisláveis, porque existem por si, como uma das qualidades constitutivas do ser humano, não dependendo da vontade social nem estando, portanto, entre as faculdades do poder público desconhecê-los, suprimi-los ou limitá-los: se são incluídos no Código Civil (Portugal) ou na Lei Fundamental (Espanha), é por mero acaso, por motivos puramente históricos, como uma solene afirmação da personalidade individual por parte do Estado que até então a havia, de fato, negado, ou, se se prefere, como uma negação dessa negação anterior e como um afiançado transitório contra possíveis veleidades e tentações de retrocesso.⁹⁴

Hoje é possível reconhecer que tais direitos estão permanentemente inscritos no caráter dos homens. Há mais de dois séculos os temos praticado, quando os movimentos de trabalhadores exigiram melhores condições, quando os negros norte-americanos reclamaram igualdade, quando alguns povos lutaram por sua autodeterminação, mas, também, quando se deu a revolução feminista, ou quando se lutou contra o *apartheid* e, em nossos dias, quando se protesta contra os movimentos de globalização ou contra o regime neoliberal. Ao se tentar

94 COSTA, Joaquín. La ignorancia del derecho. Barcelona: Manuel Soler, 1901, p. 47. Há tradução nossa do livro: COSTA, Joaquín. A ignorância do direito. Tradução, notas e apresentação por Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.

tolhê-los, como agora ocorre na Venezuela com o fechamento de canais de televisão por decreto do presidente Hugo Chávez, num explícito ataque contra as liberdades de imprensa e de pensamento, a comunidade local e estrangeira é violentada e não se conforma. Há nisso um acinte inaceitável que afronta os valores éticos ocidentais. Não será exagero, em suma, afirmar que qualquer homem é cômico de suas liberdades e o regime de governo que se pretenda legítimo terá de pautar-se pelo respeito aos direitos de liberdade. Contudo, o conhecimento dos direitos de liberdade, fundamente arraigados na consciência e na cultura ocidental será suficiente para sua planificação no mundo concreto, das práticas políticas, podendo, como entendia Joaquín Costa, prescindir-se de sua positivação no *corpus iuris* do Estado?

Como início de resposta à questão problemática, lembremos, dentre os pressupostos gerais para o aparecimento da Constituição moderna citados por Grimm⁹⁵, que foi através dessa técnica jurídico-política que se pôde determinar “[...] um objeto constitucionalmente regulável sob a forma de um poder estatal diferenciado e unitário”; e, também, “[...] submeter a decisão dos problemas da ordem [...]”, que passam a ter melhores contornos pela positivação jurídico-legal. Mas é igualmente importante ter em consideração que o inicial movimento de constitucionalização pretendia que a sociedade pudesse desenvolver-se e aperfeiçoar-se, supondo, para isso, a não-interferência do Estado regulamentada, de maneira que pudesse salvaguardar a esfera das liberdades individuais através de mecanismos jurídicos, como o direito de resistência, da cultura européia e, entre nós, através de providências judiciais, como a da ordem do *habeas corpus* ou do mandado de segurança. Hoje, entretanto, como Grimm observa com precisão, as condições e os pressupostos mudaram, inclusive pelo fato de a Constituição ter-se tornado fenômeno universal, não sendo instrumento jurídico-político típico dos Estados de sistema liberal-burguês. Segundo o constitucionalista alemão, “[...] esta circunstância não só prova a persistente força de atração do pensamento constitucional mas, também, talvez, a falta de outras opções capazes de solucionar os problemas da legitimação e limitação do poder político.”⁹⁶ Por outras palavras, podemos aqui sustentar que a Constituição continua sendo o instrumento capaz de

95 GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 61. A tradução por nós feita é livre.

96 *Ibidem*, p. 72. A tradução é nossa.

harmonizar e vincular o *corpus iuris* e, nos Estados democráticos de direito, tornando-se a um só tempo instrumento motriz para política-jurídica concernente ao respeito dos direitos humanos e conjunto de normas fundamentais para sua salvaguarda.

EMSUMA, não poderemos prescindir da positivação dos direitos de liberdade na Constituição, por duas principais razões: em primeiro lugar, ao transcender o aspecto formal, a Constituição abrigará, por um lado, os valores axiológicos consensualmente dominantes na comunidade, mas, por outro lado, organizará as relações em nível horizontal, entre os do povo, em linha vertical, entre o povo e a *auctoritas*; tais relações desenvolvem-se segundo os direitos fundamentais ali prescritos e nas normas de caráter infraconstitucional do Estado, que devem ser coerentes com aqueles direitos de liberdade; de forma que a Constituição terá papel que poderemos denominar de instrumental. Em segundo lugar, também podemos dizer que a Constituição é ainda, para nossa cultura jurídica pelo menos, um documento que vincula política e juridicamente a todos do Estado; por conseqüência, a positivação dos direitos de liberdade representará não apenas força, mas segurança jurídica.

CONCLUSÕES

Embora possamos localizar na história das civilizações, desde os mais remotos tempos da antiguidade, não apenas a pretensão de uma liberdade fundamental do homem, mas, também, traços inequívocos de concretizações jurídicas de seu aspecto conceptual, é com a Idade Moderna que ocorrem significativos avanços no sentido de sua proteção contra o poder da *auctoritas* estatal. Para tanto, o ponto de partida, quanto ao aspecto ideológico, é a viragem radical operada no diálogo entre o homem – aqui encarnando a figura de *homo politicus*, que, como produto histórico-cultural, é, também, *homo phaenomenon* – e a *auctoritas*, o ente, portanto, investido de poder político – o que é bastante evidente nesse período de viragem, quando a própria idéia de soberania radicava-se no príncipe, por isso sendo corrente falar-se *princeps legibus solutus est*. O processo dialógico é aqui operado não apenas pela ilustração setecentista com sua pregação panfletária em torno do jusracionalismo e do positivismo científico, mas pela dinâmica da economia, que deixa de ser feudal para se tornar capitalista e pelas inevitáveis contendas, que

na Inglaterra estabeleceram um regime monárquico parlamentar e *acts* de garantia das liberdades, no novo continente o surgimento dos Estados Unidos e em França a deposição do *ancien régime* e o início de uma onda de constitucionalização. Quanto aos aspectos políticos e jurídicos, teremos o surgimento do Estado, com as funções delimitadas segundo o esquema filosófico liberal, tratando-se, portanto, do Estado de não interferência, o Estado-garantia (das liberdades burguesas), o Estado burguês. Mas, principalmente, se trata de um Estado que se constitui a partir de um documento de cariz político e jurídico, cuja soberania já não será personificada pelo príncipe, e a própria *auctoritas* é criada pela lei e a ela submetida. Assim, as ondas de constitucionalização tornam-se fenômeno que impulsiona o reconhecimento e consolidação de direitos.

A pretensão de suficiência embutida nas primeiras declarações de direitos e na Constituição norte-americana e das demais que surgiram ao longo do século XIX, no entanto, encontra-se com a complexidade das sociedades modernas. Os avanços tecnológicos e científicos, a revolução industrial e os conflitos mundiais, representam uma humanidade em constante e rápido movimento, que precisa, por isso, ser reconhecida em suas peculiaridades. Daquela primeira experiência de *fin de siècle*, surgem outras novas gerações de direitos, que se podem dizer derivadas por especificação dos amplos conceitos de direitos humanos e, segundo uma análise *meta-histórica*, interdependentes, projetando-se a cada momento histórico como o acúmulo dos valores e experiências de tudo o anteriormente vivido. Já não se trata, *tout court*, de *dimensões* de direitos, de planos onde localizamos os direitos de cada momento histórico, mas de verdadeiras *gerações*, que são as variedades de direitos de cada tempo, que antes evoluem em linha ascendente em a qual vão se acumulando as cargas de experiências, em vez de uma ordem de sucessão linear.

Em razão disso, pode reconhecer-se nos direitos da *primeira geração* uma cláusula de irrenunciabilidade. Por mais que hoje tratemos de direitos humanos referidos a toda humanidade e que não descartemos a possibilidade de surgimento de uma nova geração de direitos, aqueles, os direitos de liberdade, os direitos de primeira geração, permanecem como verdadeiro arrimo de todo esse organismo vivo que chamamos de direitos humanos. Seja pelo aspecto instrumental, pois que muitos dos novos direitos podem ser entendidos como conseqüências – ou especificações – dos direitos ancestrais, seja pelo aspecto axiológico, que justifica um étimo fundante dos valores do homem, reconhecíveis como

verdadeiros direitos. E a forma de se lhes dar força jurídica e política, para além do aspecto harmónico em relação a todo conjunto de direitos fundamentais, é através de sua positivação na Constituição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGOSTINHO, Santo. A cidade de Deus. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. Título original: De civitate Dei.

AGOSTINHO, Santo. Confissões. 3. ed. Tradução de Maria Luiza Jardim Amaranite. São Paulo: Paulus, 2006. Título original: Confessiones.

AMARAL, Diogo Freitas do. História das ideias políticas. V. I. Coimbra: Almedina, 1998.

BELKIN, Samuel. A filosofia do Talmud. O carácter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003. Título original: In his image – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.

BERLIN, Isaiah. Quatro ensayos sobre la libertad. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998. Título original: Four essays on liberty.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'età dei diritti.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Título original: Teoria generale della política.

BROWN, Peter. Santo Agostinho: uma biografia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: Augustine of Hippo.

CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Tomo I. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CHEVALIER, Jean-Jacques. Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997. Título original: Les grandes œuvres politiques.

CÍCERO, Marco Túlio. Da república. 5. ed. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. Título original: De republica.

CÍCERO, Marco Túlio. Dos deveres. Tradução, introdução, notas, índice e

glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000. Título original: De officiis.

COSTA, Joaquín. La ignorancia del derecho. Barcelona: Manuel Soler, 1901.

CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUNHA, Paulo Ferreira. O ponto de Arquimedes: natureza humana, direito natural e direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.

DRIVER, Stephanie Schwartz. A declaração de independência dos Estados Unidos. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ECO, Umberto. Arte e beleza na estética medieval. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, *maxime* p. 26 e ss. Título original: Arte e bellezza nell'estetica medievale

FALK, Ze'ev. O direito talmúdico. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.

GICQUEL, Jean et HAURIOU, André. Droit constitutionnel et institutions politiques. Paris: Éditions Montchrestien, 1985.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Título original: Die Zukunft der Verfassung.

HAURIOU, André. Droit constitutionnel et institutions politiques. Paris: Éditions Montchrestien.

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HUME, David. Ensaios morais, políticos & literários. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

INGENIEROS, José. Para uma moral sem dogmas. Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009. Título original: Para una moral sin dogmas.

KANT, I. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. A paz perpétua: um projeto para hoje. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. Ortega y gasset: a aventura da razão. São Paulo: Moderna, 1994.

MACHADO, J. Baptista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. 9. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

MAIMÔNIDES. Mishné Tora. O livro da sabedoria. Tradução do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

MAIMÔNIDES. Os 613 mandamentos. Tradução de Giuseppe Nahaïssi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990. Título original: Tariag ha-mitzvoth.

MARITAIN, Jacques. Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã. 5. ed. Tradução de Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965. Título original: Humanisme intégral.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola et PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. V. 1. Tradução de João Ferreira *et alii*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. Título original: Dizionario di politica.

MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. In DIAS, Maria das Graças dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira de. Política jurídica e pós-modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOSSÉ, Claude. Atenas: a história de uma democracia. 3. ed. Tradução de João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Título original: Histoire d'une democracie: Athènes.

NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da moral: uma polêmica. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Título original: Zur Genealogie der Moral.

NIETZSCHE, Friedrich. O anticristo. Anátema sobre o cristianismo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: Der Antichrist.

ORTEGA Y GASSET, José. Meditações de Quixote. Tradução de Gilberto de Mello Kujaski. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967. Título original: Meditaciones del Quijote.

ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In Obras completas, tomo III. Madrid: Taurus, 2005.

PAINE, Thomas. Direitos do homem. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et FERNANDES GARCÍA, Eusebio (organizadores). Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998.

PÉREZ-PRENDES, José Manuel. Instituciones medievales. Madri: Editorial

Síntesis, 1997.

PINON, René. La conception britannique de la liberté. *Revue Politique et Parlementaire*, t. CCXXVII, octobre-décembre, 1938.

PLATÃO. A república. 3. ed. Tradução de Sampaio Marinho. Portugal (s/l): Publicações Europa-América, s/d.

REY CANTOR, Ernesto. Teorías políticas clásicas de la formación del estado. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Habeas corpus: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SARTORI, Giovanni. A política: lógica e método nas ciências sociais. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Título original: La política: logica e metodo in scienze sociali.

SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Título original: The foundations of modern political thought.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução castelhana de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SPINOZA, Baruch. Tratado teológico-político. Tratado político. Tradução para o espanhol de Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996.

TOMÁS DE AQUINO, S. Suma teológica. V. III (I-II, q 21, art. 4, 3). São Paulo: Loyola, 2003. Título original: Summa theologiae.

TOURAINÉ, Alain. Um novo paradigma. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: Un nouveau Paradigme.

TUCÍDIDES. História da guerra do Peloponeso. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

VOLTAIRE. Dictionnaire philosophique. Paris: Flammarion, s/d.

VOVELLE, Michel. A revolução francesa. 1789-1799. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007. Título original: La révolution française, 1789-1799.

O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DIREITO AO CONTRADITÓRIO EM HABEAS CORPUS

Eduardo Sens dos Santos

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestrando em Direito pela UFSC*

1. INTRODUÇÃO

Na classificação mais moderna, o *habeas corpus* é considerado “ação constitucional”. Se é ação, todas as implicações desse conceito devem ser reconhecidas e aplicadas na prática. Uma delas, a que importa para esta tese, é a garantia de contraditório.

Não se compreende porque os tribunais do país ainda não atentaram para este pequeno grande detalhe. Na verdade, até se compreende, dada a inexistência de controles mais eficazes sobre a atividade do Ministério Público ou sobre a eficiência na atuação dos promotores. Diferentemente de outros países, em que órgãos como esse prestam contas não apenas quantitativas, mas também qualitativas à sociedade, o Ministério Público brasileiro aparentemente não vê como séria a necessidade de instituição de uma política de eficiência em suas funções. Daí porque não atentam os órgãos responsáveis para aspectos como a relação entre pedidos de condenação em alegações finais, sentenças de absolvição e recursos. O mesmo se diga em relação ao *habeas corpus*.

Não se pretende, é óbvio, provocar a criação de uma política institucional de mérito pelo número de condenações. Mas, é mais óbvio ainda, se o Ministério Público requer a condenação e não a obtém, de três opções devemos escolher apenas uma: ou pediu errado a condenação, ou se omitiu na formulação de recurso, ou, o que é menos provável, diante da argumentação do juiz acabou convencido, o que pressupõe novamente que não analisou com cuidado o caso quando pediu a condenação. Essa providência estimularia até mesmo uma maior *responsabilidade* nas conclusões das alegações finais e na formulação da denúncia.

Pois bem. Se o contraditório é garantia dada a todos “os litigantes”, conforme prevê expressamente o texto constitucional, quando o litigante for o Ministério Público, ou mesmo o acusador particular, deverá também ser resguardada essa garantia.

A tese implica analisar os seguintes fatores: a) como está disciplinado o processo de *habeas corpus*; b) quais as correções necessárias diante da Constituição da República de 1988; c) qual o papel do Ministério Público em segundo grau (procuradorias de justiça); d) ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório; e) quais as implicações do desrespeito à garantia do contraditório em relação ao Ministério Público; e f) sugestões práticas e conclusões.

2. O PROCESSO DE HABEAS CORPUS

Apesar da extensão do capítulo destinado ao “*habeas corpus* e seu processo” no Código de Processo Penal, poucos dispositivos referem-se especificamente ao procedimento. Relega-se aos tribunais de justiça a expedição de “normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária” (art. 666).

Em relação aos *habeas corpus* de competência originária dos tribunais de justiça, o que é evidentemente a situação mais comum, determina o Código de Processo Penal que “a petição de *habeas corpus* será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se”.

É nítida a intenção de dar ao procedimento o caráter mais célere possível. Tanto é que, se alguma das câmaras criminais estiver reunida no momento da distribuição da ação, deverá o secretário apresentá-la diretamente ao presidente da câmara. Sabe-se perfeitamente bem, contudo, que diante da avalanche de processos nos tribunais brasileiros tal prática hoje é impossível. Fica o registro, todavia, apenas para deixar clara a postura pela celeridade, que será adiante discutida.

Na sequência, determina o Código de Processo Penal que o presidente da câmara (na prática atual, o relator) poderá requisitar da autoridade coatora informações por escrito (art. 662) e que, tão logo elas sejam apresentadas (ou quando dispensadas), “o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte”.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, o regimento interno não contém maiores regras. Prevê apenas a possibilidade de requisição de informações à autoridade e o poder de avocar os autos quando “indispensável à instrução do feito”. Nada menciona sobre a manifestação do Ministério Público. Na prática do TJSC, porém, o Ministério Público é ouvido na qualidade de *custos legis*, por uma das procuradorias criminais.

No Supremo Tribunal Federal o regimento interno prevê que, depois de “instruído o processo”, será ouvido o procurador geral da República em dois dias (art. 192, §1º). No Superior Tribunal de Justiça também há previsão para que, depois de “instruído o processo”, seja “ouvido o Ministério Público”, que, nesse caso, é representado pelos subprocuradores da República (art. 202).

É interessante notar que no Projeto de Novo Código de Processo Penal, apresentado ao Senado por comissão de juristas especialmente formada para a matéria em abril de 2009[1], consta que o Ministério Público (que no caso é a procuradoria de justiça, ou seja, segundo grau), terá vista dos autos por cinco dias (art. 646).

Apenas a título de comparação, na legislação argentina sobre *habeas corpus* é prevista a notificação escrita ou oral do Ministério Público, que “terá no procedimento todos os direitos outorgados aos demais intervenientes” e a quem se garante o direito de “apresentar os pedidos que crer convenientes e recorrer da decisão qualquer que seja

seu sentido” [2].

Como se vê, no direito processual penal brasileiro não há previsão de intimação do Ministério Público, de primeiro ou de segundo grau, para resposta ao pedido formulado na ação constitucional de *habeas corpus*. Limitam-se os regimentos e o próprio Projeto de Novo Código de Processo Penal a colher a manifestação do Ministério Público em segundo grau, ou seja, do órgão que não é considerado “litigante” no processo judicial em que ocorre a suposta coação que fundamenta o *habeas corpus*. Colhe-se a posição do *custos legis*, que via de regra e salvo excepcionalíssima situação, não tem conhecimento direto das provas produzidas e está afastado muitas vezes mais de mil quilômetros do local dos fatos, dadas as dimensões territoriais do Brasil.

3. CORREÇÕES NECESSÁRIAS

Como todo processo, o processo de *habeas corpus* deve se pautar não apenas pelas regras legais vigentes, mas também pelas normas constitucionais aplicáveis.

A Constituição da República de 1988 previu expressamente como direito de todo litigante, seja pessoa física ou jurídica, seja instituição pública ou privada, seja o Ministério Público ou o réu, o direito ao contraditório: “Aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inc. LV).

Trata-se do princípio da *audiência bilateral*, muito bem sintetizado por Antônio, Ada e Cândido da seguinte forma:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas: *ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra*; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético[3].

Prosseguem os autores informando que “decorre de tais princípios

a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório” [4].

Essa norma constitucional, portanto, deve permear todo e qualquer processo, inclusive o processo de *habeas corpus*. O Código de Processo Penal, na omissão, é inconstitucional por negar a um dos litigantes essa garantia processual. Os regimentos internos igualmente. Deverão todos, portanto, ser atualizados, sob pena de tornarem-se nulas as decisões assim proferidas.

4. PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU

A função das procuradorias de justiça criminais em segundo grau de jurisdição inverte-se em relação à das promotorias de justiça criminais. Ao passo que estas são em regra parte nos processos, e só excepcionalmente atuam como *custos legis*, as procuradorias são em regra *custos legis*, e só excepcionalmente atuam como parte.

Pode-se dizer, portanto, que a função das procuradorias não é de *parte processual* no sentido estrito, ou seja, de quem pede ou requer algo ao tribunal; a função das procuradorias é de fiscal da lei. Salvo os casos específicos em que atua como parte em sentido estrito (por exemplo, na ação penal de competência originária dos tribunais), portanto, as procuradorias de justiça não têm função agente.

Apenas para exemplificar, pode-se citar o exemplo do processo nas ações de revisão criminal, em que o próprio Código de Processo Penal determina a abertura de “vista dos autos ao procurador-geral, que dará *parecer* no prazo de dez dias” (art. 625, §5º). Ora, se remete para “*parecer*”, remete para que seja emitida uma posição imparcial sobre o caso em julgamento. E, se a função é dar “*parecer*”, está evidente que não se trata de parte, já que parte não “dá *parecer*”, mas “*requer*” o que entender de direito.

Ainda exemplificando, nos recursos cíveis em geral, como os agravos de instrumento e apelações, o Ministério Público, quando é *parte recorrida*, é instado a se manifestar pelo membro *de primeiro grau*. O membro de segundo grau, ainda assim, é novamente instado a se

manifestar, mas dessa vez como fiscal da lei. Nos recursos criminais em geral também ocorre assim: no recurso em sentido estrito, na apelação, no agravo em execução, em todos esses recursos o promotor de justiça (primeiro grau) é quem se manifesta como parte. O procurador exerce a função de *custos legis*. Nem poderia ser diferente, já que o conhecimento da causa é sempre mais profundo no primeiro grau.

Na atualidade, em que a sobrecarga de trabalho das promotorias de justiça afeta negativamente as funções institucionais do Ministério Público (art. 129), vem-se paulatinamente discutindo a necessidade da manutenção de estruturas equivalentes às dos tribunais no segundo grau do Ministério Público. Sem acesso às informações completas do caso, sem contato direto com os envolvidos, enfim, distante dos fatos, o Ministério Público em segundo grau acaba falando sobre o que lhe é apresentado pela parte. E, no caso dos *habeas corpus*, opina à vista do que lhe é apresentado justamente por aquele contra quem litiga o Ministério Público: o acusado. O Ministério Público em segundo grau, assim, acaba tendo de se posicionar apenas diante da versão e documentos apresentados pela parte interessada em ver deferido o *habeas corpus*, situação evidentemente prejudicial a própria Instituição.

Questão interessante que surge neste momento é a da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, princípios previstos expressamente no §1º do art. 129 da Constituição da República. Por unidade entende-se que os membros do Ministério Público, sejam de primeiro ou de segundo grau, integram um só órgão sob a direção única do procurador-geral. Ressalva-se, é claro, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, já que entre os diversos ramos do Ministério Público (Estadual, Federal, do Trabalho, Militar) há unidades autônomas. Além disso, se é indivisível, não há vinculação aos membros em relação aos processos em que atuam. Podem ser substituídos e sucedidos por outros membros, inclusive pelo segundo grau, sem que haja, no plano exclusivamente jurídico, maiores problemas[5].

De fato, se o Ministério Público é uno e indivisível, tanto faz, nessa bela teoria, falar no segundo grau o promotor ou o procurador de justiça. Qualquer dos membros é Ministério Público e, assim, pode-se objetar, estaria atendido o princípio da *audiência bilateral*, que para garantir o contraditório exige que a parte contrária seja ouvida pelo juiz.

Já se desenvolveu linhas acima o argumento de que essa posição

afeta negativamente o trabalho do Ministério Público. Com a audiência de um membro que está distante, por vezes mais de mil quilômetros, do local dos fatos, e que não mantém contato com os membros que atuaram no caso, e, que salvo raras exceções se dá por satisfeito apenas com os documentos apresentados pela parte, não há dúvidas de que fatalmente corre sério risco a persecução penal promovida pelo próprio Ministério Público. Na verdade, o que ocorre é a falta de respeito material à garantia do contraditório. Formalmente pode até estar lá, mas na essência, não há verdadeiro contraditório.

Não é de se espantar, portanto, o número elevado de *habeas corpus* deferidos à vista das informações nos autos. Nem se diga que as “informações” são prestadas pelo juiz da causa, já que sua função, além da imparcialidade que deve manter, é meramente de relatar o caso do ponto de vista processual.

Apenas para exemplificar, imagine-se o pedido de *habeas corpus* instruído com a denúncia e depoimentos do auto de prisão em flagrante, que peça a liberdade provisória de preso por furto qualificado. Omite o impetrante os documentos que atestam a reincidência. O Ministério Público em segundo grau não tem esses documentos – embora tenha condições de obtê-los. O tribunal, como qualquer juiz, atuará de acordo com o princípio dispositivo e não diligenciará para buscar os documentos. Haverá grande probabilidade de concessão da ordem de soltura, já que, ao que “tudo” o que está no processo leva a crer, terá o preso direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, portanto, não se justificaria a prisão cautelar. A reincidência, como se sabe, impede esse direito.

Em segundo lugar, diga-se que, ao passo que ocorre essa verdadeira e estanque divisão no trabalho do Ministério Público (que deveria ser indivisível), os advogados acompanham os casos desde a Delegacia de Polícia até o Supremo Tribunal Federal, quando preciso. O *mesmo* advogado acompanha, melhor dizendo. Trabalha, assim, com todas as informações, em todos os momentos processuais, inclusive aquelas muitas, inúmeras informações, que não são registradas no processo. Desde uma pergunta não consignada no interrogatório por aparentar inicialmente impertinente até mesmo uma expressão de rosto, um comportamento, tudo isso é perdido pela divisão do trabalho no Ministério Público e é, por outro lado, aproveitado pelos advogados.

Enfim, o que se pretende deixar claro é que além da supressão material do contraditório que ocorre pela falta de audiência do Ministério Público em primeiro grau, como ocorre com os agravos de instrumento, com as apelações, com os recursos em sentido estrito e agravos em execução, a inabilidade do próprio Ministério Público em exercer sua indivisibilidade traz prejuízos maiores ainda à persecução criminal pela falta de contraditório em *habeas corpus*.

5. PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES ANTAGÔNICOS: CELERIDADE E CONTRADITÓRIO

Argumento de interessante análise é aquele que faz preponderar o valor *celeridade* sobre o valor *contraditório* nos processos de *habeas corpus*. Alega-se que, em se tratando de direito máximo a liberdade, deverá o processo tramitar o mais rapidamente possível, para evitar que, em caso de efetiva lesão ao direito da parte, possa haver maior prejuízo.

É preciso, todavia, levar os direitos a sério. Se a argumentação é livre, o convencimento não precisa ser. Aliás, nem mesmo a argumentação deveria ser tão livre assim quando se trata de processos judiciais, de direitos postos em julgamento, já que um dos princípios a nortear a atuação dos atores desses processos deve ser o da *responsabilidade*.

Em primeiro lugar, não há disposição legal, constitucional ou mesmo internacional que classifique o direito à liberdade como “direito máximo”, como direito a ser buscado de qualquer forma e sob qualquer pretexto. Nem mesmo nos mais recentes estudos jurídicos se observa tal espécie de classificação. Se há algum direito, algum interesse, que atualmente se possa classificar de máximo, de basilar, de estar no topo do sistema jurídico, esse direito é o da *dignidade humana*, mas não o direito à liberdade.

E isso é de suma importância para esta tese, porque a dignidade humana é alcançada de diversas formas e, não raras vezes, até mesmo pelo cerceamento da liberdade de quem pratica crimes. Para se viver em sociedade de modo digno é preciso coibir certas condutas, que, por exemplo, retiram a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio,

a honra dos seres humanos. Por vezes, é claro, para resguardar o valor dignidade será necessário conferir liberdade a quem se encontre preso. Tudo, evidentemente, a depender da situação concreta. O valor *dignidade*, portanto, tem esta característica proteiforme[6], tem essa de se amoldar aos casos concretos para permitir a máxima eficácia desse direito fundamental em cada caso.

A celeridade do *habeas corpus*, assim, não pode ter como fundamento um direito *máximo* de liberdade justamente porque esse direito à liberdade *não é máximo* no sistema jurídico brasileiro nem, muito provavelmente, em qualquer outro. Tal valor tem peso tão grande na ponderação a ser feita quanto os outros direitos, dentre eles o próprio direito ao contraditório[7].

Aliás, quando o ato que se esteja combatendo pela via do *habeas corpus* for ato judicial, como ocorre na maior parte dos casos, entra em cena outro valor a retirar aquela carga que poderia potencializar o valor celeridade. É que, como já se trata de ato judicial, a natural presunção é de veracidade dos fatos e acerto nos fundamentos da decisão. No ordenamento brasileiro não há previsão nesse sentido, ao contrário de outros países[8], mas a jurisprudência vem reconhecendo o princípio da confiança no juiz[9].

Vale sempre lembrar, por fim, que a celeridade, apesar de ter assento recente no rol de direitos e garantias fundamentais (Art. 5º, inc. LXXVIII, incluído em 2004), posta-se ao lado daquela que é uma das mais antigas garantias processuais, prevista desde os tempos romanos, como lembra Ovídio Baptista da Silva ao tratar do que chama de princípio de bilateralidade da audiência[10]. Se assim é, não pode a celeridade receber, *a priori*, valor maior do que o contraditório.

Não é demais relembrar que na praxe forense dos tribunais brasileiros o argumento em prol da celeridade, além de tudo, é paradoxal. Ao passo em que se nega o contraditório ao Ministério Público, ou seja, ao Ministério Público de primeiro grau, ao fundamento de que “não há previsão legal”, remetem-se os autos para manifestação da Procuradoria de Justiça Criminal, providência que igualmente, como se viu, não está prevista no Código de Processo Penal ou nos regimentos internos dos tribunais estaduais, mas apenas nos regimentos dos tribunais superiores.

6. IMPLICAÇÕES DO DESRESPEITO À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

Garantias processuais implicam sempre responsabilidades processuais. Com a garantia do contraditório não é diferente. Negada pelos tribunais, estará violado o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. E, como se trata de nulidade absoluta, deve ser decretada em qualquer instância e a qualquer tempo.

O próprio Código de Processo Penal comina a nulidade pela falta de “intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública”. Como a ação constitucional de *habeas corpus* funciona na prática como ação de impugnação de decisão judicial em ação penal, não pode ser simplesmente desconsiderada a manifestação do Ministério Público neste “termo” da ação penal que foi por ele intentada.

Note-se que quando o mandado de segurança é utilizado como ação de impugnação de decisão judicial a parte que tiver *interesse processual* no objeto do mandado de segurança deve ser *citada* para responder o pedido. Não basta que a autoridade impetrada apresente informações. Na área penal, em específico, o Ministério Público deve requerer a citação do réu para contestar, conforme Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de nulidade: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

Ora, se o direito ao contraditório em favor do réu em mandado de segurança, quando não se prevê esse direito na legislação, é reconhecido inclusive por súmula do Supremo Tribunal Federal, por que o mesmo direito não é garantido ao Ministério Público em outra ação de cunho idêntico (impugnação a uma decisão judicial) como o *habeas corpus*? Evidentemente que deve assim ser, sob pena de nulidade, a mesma sanção cominada pelo descumprimento da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

7. SUGESTÕES PRÁTICAS E CONCLUSÃO OBJETIVA

A primeira providência a adotar se pretende o Ministério Público ver garantido o direito material (e não apenas formal) ao contraditório em *habeas corpus* é simplesmente requerer isso ao tribunal de justiça. Assim que o promotor tomar conhecimento da impetração, normalmente por vista dos autos depois da prestação de informações pelo magistrado, pode o membro do Ministério Público em primeiro grau peticionar diretamente ao tribunal postulando que lhe seja reconhecido o direito ao contraditório. Nesse momento, aliás, já poderá apresentar suas razões, já que normalmente terá à sua vista, no processo principal, a petição inicial da ação de *habeas corpus* proposta.

A segunda providência é passarem a requerer as procuradorias de justiça a intimação do Ministério Público em primeiro grau para manifestação, sob pena de nulidade pela desobediência ao art. 5º, inc. LV, da Constituição da República. Poderão, ainda assim, solicitar, inclusive por *e-mail* ou por telefone, informações diretas ao colega de primeiro grau sobre o caso. Nas sessões das câmaras que acompanharem, poderão os procuradores igualmente suscitar a nulidade.

A terceira providência é munir os órgãos dotados da legitimação para recursos aos tribunais superiores (no Ministério Público de Santa Catarina existe a Coordenadoria de Recursos) para que impugnem pela via do recurso extraordinário decisões em *habeas corpus* proferidas sem audiência do Ministério Público em primeiro grau. É claro que só terá chances de sucesso o recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, se houver sido suscitada anteriormente a necessidade de contraditório (pré-questionamento).

A quarta providência é propor o Procurador-Geral de Justiça a reforma do regimento interno do tribunal para incluir disposição expressa determinando a intimação do Ministério Público de primeiro grau, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, para se manifestar, querendo.

A quinta providência, mas igualmente ou até mais relevante, exige a adoção de postura semelhante à adotada pelos melhores escritórios de advocacia do país. O convencimento pessoal, ou seja, a apresentação da tese não apenas em processos judiciais isolados, mas em simpósios

destinados a magistrados, em intervalos de sessões em fóruns e tribunais e até mesmo em gabinete, por comissão especialmente designada para esse fim.

Quanto a essa última providência, já se presume haver leitores contrariados. Infelizmente, ainda é difícil ao Ministério Público adotar a mesma postura eficaz que há séculos vêm adotando os escritórios de advocacia. Não é por outra razão que as teses em prol da ampla defesa, dos delitos de bagatela, do direito penal mínimo vêm ganhando corpo nos tribunais. Pudera, para o Ministério Público parece bastar-lhe o conforto de agir como agia há duzentos anos, somente na burocracia da folha de papel, nos processos, conformado com sua pouca efetividade.

Enfim, o que se pretende defender nesta tese é simplesmente a equiparação de armas, de forças e a bilateralidade da audiência que deve nortear qualquer decisão judicial. Sem uma postura isonômica do Ministério Público perante o Judiciário, esforços isolados continuarão a encontrar resistência nos tribunais de todo o país, ao contrário da recepção que têm as causas, por mais mirabolantes que sejam, levadas à mesa dos magistrados por escritórios de advocacia.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[1] Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto*

de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>, acesso em 29 de setembro de 2009.

- [2] Art. 21 da Lei nº 23.098, de 28 de setembro de 1984: Art. 21.- Intervención del Ministerio Público. Presentada la denuncia se notificará al Ministerio Público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quien tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella. Disponível em http://www.fabiandiplacido.com.ar/leyes/ley_23098.pdf, acesso em 29 de setembro de 2009.
- [3] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 55.
- [4] *Idem*, p. 56.
- [5] Vide, por exemplo, MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1628.
- [6] Na mitologia grega, Proteu era um filho de titãs que mudava frequentemente de forma. Proteiforme, hoje dicionarizado, é adjetivo que indica o que “muda de forma com frequência”. Aurélio Eletrônico, versão 2.0.
- [7] Pelas regras da ponderação nas colisões de direitos fundamentais, recorde-se notadamente do subprincípio da necessidade, que determina só poder ocorrer restrição a direitos fundamentais (como o direito ao contraditório), quando não haja forma menos restritiva de tutelar os direitos em jogo. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- [8] “*In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence*”. Tradução livre: “No procedimento de habeas corpus movido por pessoa presa mediante julgamento de uma corte estadual, os fundamentos de fatos invocados pela corte do Estado devem-se presumir corretos. O requerente tem o ônus de ilidir a presunção de correção mediante provas claras e convincentes”. (28 U.S.C. § 2254, e, 1, : US Code - Section 2254: State custody; remedies in Federal courts. Disponível em <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/VI/153/2254>, em 30 de setembro de 2009).
- [9] HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §1º) - EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA - DOCUMENTOS NÃO ANEXADOS AO PRESENTE WRIT - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA - PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 90 DIAS - RAZOABILIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO - SEGREGAÇÃO MANTIDA. I - Na hipótese de inexistir nos autos a documentação necessária para avaliar a

manutenção do decreto preventivo, deve-se sopesar o princípio da confiança do juiz da causa, haja vista que, em se encontrando mais próximo das provas e das pessoas envolvidas no delito, detém melhores condições de avaliar a respeito da existência, ou não, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Habeas Corpus n. 2009.035923-0, de Itajaí. Relator: Saete Silva Sommariva, j. 15/09/2009

[10] SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 55-56.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO: RESERVA DO POSSÍVEL OU CONCRETIZAÇÃO IMEDIATA?

Charles Fabiano Acordi

*Capitão do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina
Mestrando em Direito – UNESA/RJ; e mestrando
em Administração – UNISUL-SC.*

SUMÁRIO

Introdução; 1. Segurança e direitos fundamentais; 1.1 Direitos humanos, um breve resumo de seu desenvolvimento histórico; 1.2 Direitos fundamentais; 1.3 O princípio da dignidade da pessoa humana; 1.4 Segurança pública; 1.5 Segurança contra incêndio; 1.6 O direito fundamental à segurança contra incêndio; 1.7 Situação atual da atividade técnica realizada pelos Corpos de Bombeiros Militares; 1.8 Poder de polícia dos Corpos de Bombeiros Militares; 2. Concretização do direito à segurança contra incêndio por meio da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário; 2.1 Conceito de ação civil pública; 2.2 Objeto da ação civil pública; 2.3 Legitimidade e interesse; 2.4 Ministério público como órgão interveniente obrigatório; 2.5 Legitimidade ativa do Corpo de Bombeiros Militar; 2.6 Termo de compromisso de ajustamento de conduta; 2.7 Execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta; 2.8 Parceria do Ministério Público e o Corpo de Bombeiros Militar; 3. “Reserva do possível” ou concretização imediata?; 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Reserva do possível; 3.3 Segurança contra incêndio; 3.4 Segurança contra incêndio como concretização imediata; Conclusão; Referências.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 141 - 174	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

RESUMO

Trata-se de um artigo organizado de forma a estabelecer todos os aspectos fundamentais para o entendimento da segurança contra incêndio no Brasil e, em especial, no estado de Santa Catarina. Está dividido em três partes: a primeira trata da segurança contra incêndio como um direito fundamental social. Para isso, um apanhado geral a respeito das origens dos direitos fundamentais introduz o assunto, para em seguida entrar na segurança contra incêndio, dando seu enquadramento e situação atual; a segunda situa a segurança contra incêndio como um interesse difuso e coletivo, sendo passível, portanto, a utilização da ação civil pública para resolver casos específicos de insegurança por intermédio, principalmente, do Ministério Público e do Poder Judiciário, que é a forma utilizada atualmente quando a fiscalização realizada pelo Corpo de Bombeiros Militar não é efetiva; por último, a terceira parte explica de forma doutrinária e prática, porque a segurança contra incêndio encontra dificuldades para sua concretização integral e imediata. Para este entendimento, é necessária uma análise política, jurídica e filosófica ampla, que é feita de forma resumida para se enquadrar na proposta deste trabalho.

ABSTRACT

This is an article arranged in order to establish all the fundamental aspects for the understanding of fire safety in Brazil and in particular the state of Santa Catarina. It is divided into three parts: the first deals with fire safety as a fundamental social right. For this, an overview about the origins of fundamental rights introduced the subject, then to enter the fire, with his background and current situation, the second is the fire as a diffuse and collective interests, is punishable therefore utilization the public civil action to resolve specific cases of uncertainty, through mainly prosecutors and the judiciary, which is the form used today when the review conducted by the Fire Brigade is not effective and, finally, The third part explains in doctrine and practice, because the fire is difficult for its full and immediate implementation. For this understanding, is need a policy analysis, legal and philosophical level, which is made in summary form to fit the purpose of this work.

PALAVRAS-CHAVE: Corpo de Bombeiros – segurança contra incêndio – Direitos fundamentais – ação civil pública.

KEYWORDS: *Fire - fire - Fundamental rights - civil public action.*

INTRODUÇÃO

A segurança é um dos assuntos que mais preocupam no Brasil, pois, sendo um país de modernidade tardia, há heranças pesadas de desigualdades sociais perpetuadas por décadas.

Muito ainda há de se fazer no Brasil na área de segurança pública. Inúmeras críticas são feitas a todos os órgãos que compõem o sistema de segurança pública nos âmbitos federal e estadual. Claro que muitas mudanças/melhorias hão de ser feitas nestes órgãos, visando a um aperfeiçoamento na prestação dos seus serviços. No entanto, todos sabem que os órgãos de segurança pública atuam primordialmente nas consequências e que a maioria das soluções estão nas causas.

Cada Unidade Federada tem uma organização própria de seus órgãos de segurança, sem contar, é claro, os órgãos federais. Por isso, qualquer análise que se faça de tais órgãos (estaduais/Distrito Federal), é prudente que não se generalize, ou pelo menos que se aponte de forma específica de quem se está tratando.

A segurança contra incêndio, espécie do gênero segurança pública, é de responsabilidade de cada Estado e do Distrito Federal. Cada um desses entes federados tem suas dificuldades e particularidades, mas a situação que prevalece na atividade técnica dos Corpos de Bombeiros Militares, órgãos responsáveis pela atividade, é a dificuldade na realização do serviço de maneira eficaz e completa.

Que as polícias do Brasil têm dificuldades para realizar suas missões de forma eficiente não é novidade para ninguém, mas que os Corpos de Bombeiros Militares têm problemas semelhantes em suas atividades (principalmente na atividade técnica) pode ser surpresa para muitos.

Muitos garotos, quando crianças, sonham em se tornar bombei-

ros quando adultos. Na maioria das pesquisas de opinião pública, os “Bombeiros” sempre figuraram como instituição de maior credibilidade. Será por isso que ninguém duvida da eficiência dos seus serviços?

Infelizmente, a atividade de segurança contra incêndio realmente enfrenta dificuldades para sua concretização imediata e integral. Por isso a necessidade do debate do tema, pela sua importância e desconhecimento do público em geral.

Muitas informações serão genéricas, mas as mais significativas serão dadas a respeito da segurança contra incêndio em Santa Catarina, tendo em vista que o presente autor é Oficial do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina e trabalha na prevenção contra incêndios há muitos anos.

A análise que será feita acerca da prevenção contra incêndio será primordialmente jurídico-filosófica, sem, no entanto, desprezar o conhecimento e experiência do autor na atividade técnica e sempre buscando a crítica imparcial.

1. SEGURANÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 DIREITOS HUMANOS: UM BREVE RESUMO DE SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Desde o período pré-socrático, a Grécia tem contribuído de maneira significativa com o desenvolvimento da ideia de direitos humanos. Naquela época falava-se da necessidade da existência de leis eternas, que não pudessem ser alteradas, pois estariam ligadas à natureza do homem.

A ideia inicial dos gregos sobre direitos humanos vem até os dias atuais reconhecida como uma fundamentação jusnaturalista. Eusebio Fernandes¹ traz outras duas importantes fundamentações dos direitos humanos, dentre outras existentes: a fundamentação historicista, que considera os direitos humanos como direitos históricos, e a fundamentação ética, que considera os direitos humanos como direitos morais.

1 FERNANDES, Eusebio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1991. p. 84.

Sem pretender se estender nos debates acerca da fundamentação dos direitos humanos, vale a pena registrar o esforço e a contribuição que o cristianismo trouxe à valorização da pessoa humana. Apesar dessa valorização não ter sido devidamente garantida pelos Estados, restou, ao menos, uma herança, que até os dias atuais é pregada e considerada.

Um marco na história dos direitos humanos foi a Revolução Francesa e, por consequência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, momento em que a burguesia cresceu e foi enaltecida a valorização do indivíduo como cidadão, sujeito de direitos.

Outro marco histórico importante foi a II Guerra Mundial. O pós-guerra fez o homem repensar seus valores e, nesse período, foi firmada a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, que relacionou um rol de direitos humanos e liberdades fundamentais comuns a todos as pessoas. A partir daí, toda legislação sobre direitos humanos no mundo começou a ser reescrita.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um tema tão apaixonante quanto os direitos fundamentais, e não poderia ser diferente, possui uma ampla e bem fundamentada doutrina a respeito. É muito difícil, nessas breves linhas, fazer uma razoável explanação a respeito. Pode-se, no entanto, começar resumindo o pensamento de muitos autores, no sentido de considerar como direitos fundamentais aqueles que a Constituição de cada país assim os definirem. É nessa linha que define Paulo Bonavides²: “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

Para garantir a preservação desse conjunto de direitos fundamentais, geralmente as Constituições (inclusive a do Brasil) dão um caráter de imutabilidade, ou, pelo menos, dificultam a modificação ou até a exclusão desses direitos. Por estar na carta política brasileira, sua modificação só é passível por emenda constitucional.

Os direitos fundamentais visam à proteção dos direitos do cidadão em face do Estado e também dos demais cidadãos, garantindo, principalmente, sua dignidade como pessoa.

2 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 514.

1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O desenvolvimento desse princípio se confunde com os próprios direitos humanos e fundamentais. Inicia, também, na antiguidade, na qual o homem era relativamente “digno”, dependendo de sua posição social.

Como já mencionado, o cristianismo deu importante significado à dignidade da pessoa humana, pois Deus teria criado o homem à sua imagem e semelhança. A partir daí, o conceito foi se espalhando e afinando-se às realidades de cada época.

Existe, na doutrina atual, uma grande diversidade de entendimentos e conceitos a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. O professor Sarlet³ traz uma definição atual e em sintonia com o ordenamento jurídico nacional:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínima para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável dos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Sem se alongar nos conceitos doutrinários da dignidade da pessoa humana, o assunto será tratado na realidade constitucional brasileira.

O título I da Constituição da República (artigos 1^a a 4^a) trata dos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. No seu artigo 1^o, inciso III⁴, a

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

4 BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2010.

Constituição traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”.

Apesar de que em alguns dispositivos, principalmente no artigo 5º, a dignidade da pessoa humana possa ser citada através de alguma garantia (específica) ao cidadão, ela ficou mesmo enquadrada como um princípio fundamental no artigo 1º, porém, sem ter determinados com exatidão seus contornos práticos de proteção.

1.4 SEGURANÇA PÚBLICA

Até o presente momento, objetivamente, foram trazidos alguns conceitos para introduzir o assunto que diretamente interessa ao tema aqui trabalhado: a segurança contra incêndio.

O artigo 5º da Constituição da República assim determina⁵:

TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Capítulo I

DOS DIREITOS E DEVERES

INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O tema que nos interessa é a segurança pública (mais especificamente a segurança contra incêndio). Por isso, observemos que o artigo 5º traz a segurança no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. Porém, nos termos de seus incisos seguintes, não há nenhuma referência ao tema. Analisando cada um dos incisos do artigo 5º, vê-se que nenhum deles sequer faz menção a respeito da segurança contra incêndio.

O caput do artigo 6º da Constituição da República também trata a respeito da segurança⁶:

5 BRASIL. **Constituição da República.**

6 BRASIL. **Constituição da República.**

Capítulo II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6 ° São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O capítulo II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS) trata dos direitos sociais. No entanto, os demais artigos desse capítulo se limitam a estabelecer direitos trabalhistas.

Os demais direitos sociais previstos no artigo 6º são descritos por todo o restante da Constituição, conforme prevê o próprio texto: “na forma desta constituição”.

Em relação ao direito social à segurança, a Constituição da República tem um capítulo somente para seu detalhamento: Capítulo III do Título V – DA SEGURANÇA PÚBLICA, artigo 144. Mas, esse artigo apenas estabelece genericamente, no caput, o conceito de segurança pública e, nos incisos, seus órgãos⁷:

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

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Nos incisos e parágrafos do presente artigo, as instituições de segurança pública e suas missões são relacionadas, mas sem estabelecer de forma concreta quais são, efetivamente, os direitos em relação à segurança pública garantidos ao cidadão.

Concluindo, a Constituição da República estabeleceu a segurança (*lato sensu*) como um direito fundamental, mas não delineou seu

⁷ BRASIL. Constituição da República.

alcance. Deixou a segurança com um conceito amplo: preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio.

1.5 SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO

Não é novidade para ninguém, dentro do território brasileiro, que a instituição responsável pela segurança contra incêndio é o Corpo de Bombeiros Militar de cada Estado e do Distrito Federal.

Anteriormente, foi observado que os Corpos de Bombeiros Militares foram inseridos como órgãos de segurança pública do país (art. 144, inc. V - polícias militares e corpos de bombeiros militares). A segurança, por sua vez, como já mencionado, foi colocada na Constituição com a dignidade de direito fundamental. Dentro deste raciocínio, a segurança contra incêndio, atribuição dos Corpos de Bombeiros Militares, é um direito fundamental.

Essa previsão constitucional é muito frágil e superficial no que diz respeito às atribuições dos Corpos de Bombeiros Militares. Em relação a isso, Lazzarini⁸ faz um relato:

Devemos entender, porém, que esse reconhecimento constitucional mal foi previsto como órgão de segurança pública, pois, conforme tratamos em anterior trabalho, embora cuidem da segurança da comunidade, os Corpos de Bombeiros Militares, em princípio, não exercem atividades de segurança pública, por ser esta uma atividade que diz respeito às infrações penais, com típicas ações policiais preventivas ou repressivas. A atividade-fim dos Corpos de Bombeiros Militares é a de prevenção e combate a incêndios. Busca e salvamento e, agora, a de defesa civil, prevista no art. 144, § 5º, final. Essa gama de atribuições dos Corpos de Bombeiros Militares diz respeito, isto sim, à tranqüilidade pública e, também, à salubridade pública, ambas integrantes do conceito de ordem pública.

8 LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 337.

Sem entrar na questão conceitual (se os Corpos de Bombeiros Militares deveriam ser considerados órgãos de segurança pública ou de ordem pública), Lazzarini menciona que só esta questão demandaria muito estudo e discussão. O importante é considerar que segurança pública é o “gênero” de que todas as atividades desenvolvidas pelos seus órgãos integrantes são espécies.

1.6 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO

Estamos quase completando uma década no novo milênio, com a oportunidade de testemunhar um desenvolvimento das políticas públicas, em prol das garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, bem maior que em qualquer outro momento da história brasileira. Os programas sociais estão em alta. A proteção dos direitos sociais está em alta. A segurança pública... Continua sendo um dos principais problemas do Brasil!

Infelizmente, as soluções dos problemas da criminalidade no Brasil são por demais complexas, onerosas e demoradas. São várias as ações necessárias, incluindo o processo de desenvolvimento social e distribuição de renda, que até está acontecendo, contudo, em um ritmo descompassado se comparado com as necessidades e as expectativas.

E a segurança contra incêndio?

Estamos bem?

Qual o conhecimento da população em relação ao assunto?

Esta é a questão! O que prevalece é um total desconhecimento da sociedade em relação à segurança contra incêndio. Ninguém a vê como um problema e, bem por isso, não costuma cobrar ou exigir os seus direitos em relação ao seu cumprimento.

Como um direito fundamental, garantido pela Constituição da República, o Estado deveria tomar todas as providências para o alcance de sua efetividade. Mas, infelizmente, não é isso que acontece. A segurança contra incêndio no Brasil é extremamente frágil. Os Corpos de Bombeiros Militares de todo o Brasil fazem o que podem, mas realizam sua missão de fiscalização da prevenção contra incêndio de maneira

quase “simbólica”.

O que é absolutamente inadmissível é a falta de informação sobre o assunto. A população, de uma maneira geral, desconhece o tema. Quando alguma grande ocorrência acontece e é divulgada pela imprensa, são inacreditáveis as informações veiculadas nos meios de comunicação. A população está sendo enganada. As autoridades públicas colocam sempre “panos quentes” e o pior é que a imprensa ainda acredita nas “desculpas” porque também não tem domínio sobre o tema.

Quando uma fábrica de fogos de artifício literalmente explode, as autoridades afirmam: “eles não tinham autorização para funcionar”, ou: “a autorização de funcionamento deles era para um comércio”.

Quando pessoas são pisoteadas em uma saída emergencial de uma boate (no escuro), por uma porta (que deveria ser pelo menos cinco vezes maior), alguém dá uma entrevista dizendo: “eles não tinham ‘ALVARÁ’”.

Por que as pessoas não se perguntam:

- Ninguém fiscalizou isso?

Difícilmente alguém ouvirá uma notícia na mídia de um grande incidente (incêndios, danos pessoais, etc.) ocorrido em edificações que possuem a devida autorização de funcionamento por parte de uma organização do Corpo de Bombeiros Militares porque as normas são bastante rígidas e os agentes dessas Instituições são militares, formados e comandados dentro de uma rígida disciplina que, portanto, não concedem (como regra) tais documentos sem que, efetivamente, estejam dentro das normas.

O maior problema é a deficiência da fiscalização por parte dos Corpos de Bombeiros Militares, qia ocorre basicamente pela fragilidade normativa existente, além, é claro, de algumas peculiaridades em relação à falta de estrutura e efetivo dos Corpos de Bombeiros Militares por todo o país. Em Santa Catarina, especificamente, em que pese também ter o problema de falta de efetivo, o maior entrave, sem dúvida nenhuma, é a deficiência normativa.

A seguir, serão levantados alguns pontos importantes para o entendimento da atividade técnica de/segurança contra incêndio e da fiscalização realizada pelos Corpos de Bombeiros Militares.

1.7 SITUAÇÃO ATUAL DA ATIVIDADE TÉCNICA REALIZADA PELOS CORPOS DE BOMBEIROS MILITARES

Desde meados da década de 70, a maioria dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados vem desenvolvendo a atividade técnica num ritmo cada vez mais acelerado. Naquela época, quando a prevenção começou a se desenvolver, a principal atividade do Corpo de Bombeiros era o combate a incêndio. De lá para cá, outras atividades se desenvolveram juntamente com a prevenção: o salvamento aquático, o salvamento em altura, o resgate veicular, o atendimento pré-hospitalar, entre outros.

Apesar das viaturas e equipamentos estarem bem mais avançados atualmente, o número de incêndios diminuiu vertiginosamente. É o resultado inversamente proporcional ao desenvolvimento da atividade de prevenção. Nada mais é do que o resultado esperado: quanto mais eficientes e amplos forem os serviços de análise de projetos e vistorias, menos incêndios terão que ser combatidos.

Um importante problema da atividade preventiva na maioria dos Estados é que há unidades de bombeiros nas maiores cidades, porém, não em todas. Aliás, na maioria dos municípios não existem bombeiros. Isso significa, também, que nesses municípios não há trabalho de prevenção contra incêndio; em cada edificação faz-se o que quiser e se quiser.

1.8 PODER DE POLÍCIA DOS CORPOS DE BOMBEIROS MILITARES

Antes de particularizar o Poder de Polícia, é necessário entender o seu conceito genérico, com a ajuda de Meirelles⁹:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 127.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual.

O art. 144, § 5º da Constituição da República, como já dito anteriormente, não atribuiu competência bem definida ao Corpo de Bombeiros, além da execução das atividades de defesa civil. As demais atribuições têm de ser definidas em lei.

A doutrina em geral não entende essa lacuna constitucional, pois a comunidade sabe há muito tempo quais são essas atribuições, até porque conta diariamente com esse serviço, disponível pelo conhecido telefone de emergência “193”. Lazzarini¹⁰ é bastante enfático quando trata da competência dos Corpos de Bombeiros Militares: “O óbvio, no entanto, é ser da competência dessas Corporações, tradicionalmente, a atividade-fim de prevenção e combate a incêndios, busca e salvamento.” Essa lacuna da Constituição da República de 1988 foi preenchida pelos Estados e pelo Distrito Federal através de suas respectivas Constituições Estaduais.

O exercício do poder de polícia do Corpo de Bombeiros Militar decorre, portanto, de um misto de delegação da Constituição da República e das normas estaduais e do Distrito Federal. Com isso, as leis se completam, não podendo, é claro, nenhuma outra norma se opor à Constituição da República. A legislação de Santa Catarina, por exemplo, impõe que o Corpo de Bombeiros Militar do Estado analise previamente os projetos preventivos contra incêndios das edificações em geral (com exceção das unifamiliares), além de acompanhar e fiscalizar sua execução, através de vistorias diversas, etc.

O exercício do poder de polícia é amplo. Só há um problema – a coercibilidade (pelo menos em Santa Catarina), art. 108, inc. III, da Constituição Estadual¹¹: “[...] e impor sanções administrativas estabelecidas em lei”.

O Corpo de Bombeiros Militar tem competência para cobrar projetos preventivos, a instalação de sistemas de segurança, enfim, de

10 LAZZARINI, 1999. p. 367.

11 SANTA CATARINA. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/constituicaoestadual.php>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

exigir tudo o que está previsto nas Normas de Segurança Contra Incêndio. O grande problema da Instituição (Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina), atualmente, está na hipótese de resistência ao seu ato de fiscalização, ao exercício do seu poder de polícia. Isso porque a previsão constitucional da coercibilidade – “sanções administrativas estabelecidas em lei” ainda não foi regulamentada, ou seja, não existe lei que estabeleça tais sanções administrativas.

Em municípios em que exista a chamada lei do Fundo de Reequipamento do Corpo de Bombeiros (FUNREBOM), tais sanções estão previstas, mas em municípios que não possuam unidades do Corpo de Bombeiros e/ou não tenham a referida lei, não há o que fazer, a não ser recorrer ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Vez por outra, mesmo em municípios que possuem Corpo de Bombeiros e lei do FUNREBOM, por motivos políticos, as sanções que deveriam ser tomadas não o são. Sobram, também, como únicas opções, o caminho do Judiciário e/ou do Ministério Público.

O presente trabalho deve, entre outras coisas, enaltecer a importância do Ministério Público e do Poder Judiciário na prevenção contra incêndios, pois trata-se de um recurso fundamental, de uma opção para casos extremos, em que interesses particulares insistem em querer prevalecer sobre o interesse comum que é a segurança.

A população não tem conhecimento, mas o seu direito fundamental à segurança contra incêndio está sujeito a interferências políticas. Lamentavelmente!

Além de ser um direito fundamental previsto pela Constituição da República, também é um interesse difuso ou coletivo, dependendo da circunstância. Por isso é importante que se faça a análise da segurança contra incêndio como objeto de ação civil pública, tendo em vista a importância dessa última na defesa dos interesses da sociedade. Sem falar da importância do Ministério Público em todo o processo e seu hodierno interesse na parceria com os Corpos de Bombeiros Militares.

2. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO POR MEIO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 CONCEITO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Uma missão pouco agradável é conceituar ação civil pública. Na doutrina brasileira são incontáveis os conceitos e muitas vezes com pouca semelhança entre si. Tudo por causa do seu nome “ação civil pública”.

Inicialmente, o nome lembra a “ação penal pública”, cuja titularidade é do Estado. Também, é diferente da ação penal privada, promovida mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal.

O caráter público ou privado da ação penal depende da natureza da parte que a promove. A ação civil pública seria, então, aquela ação civil promovida pelo Estado? Claro que não, pois o Ministério Público não é o único legitimado. A ação civil pública é “pública”, porque visa a amparar e proteger o direito social - as pessoas mais frágeis na relação jurídica.

Pode-se entender, assim, que ação civil pública seria a ação, na esfera civil, que visa a proteger os interesses metaindividuais dos mais frágeis na relação jurídica.

Mancuso¹² traz uma explicação acerca da ação civil pública que, mais do que conceituar, dá algumas das suas importantes características:

[...] a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na sequência se agregam os individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não é ‘pública’ porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses meta-individuais que, de outra forma, permaneceriam num certo ‘limbo jurídico’.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.19.

2.2 OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Na ação civil pública, o objeto é muito amplo, pois pode ser qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, ou seja, qualquer interesse supraindividual.

Essa amplitude atual do objeto da ação civil pública não é resultado de uma única lei, mas do conjunto do desenvolvimento da proteção desses interesses através dos anos. O ápice foi a sanção do Código de Defesa do Consumidor (inciso IV do art. 1º da lei n. 7.347/1985, acrescentado pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor¹³: “ – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”).

Interesses Difusos, segundo o Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I¹¹: “[...] são aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Esses interesses podem se referir a: a) pessoas indetermináveis; b) circunstâncias de fato; e c) interesses indivisíveis. Exemplo: uma fábrica que deposita dejetos industriais em um rio.

Interesses Coletivos, pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 81, inc. II são¹¹: “[...] os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Esses interesses podem se referir a: a) pessoas determináveis; b) liame jurídico; e c) interesses indivisíveis. Exemplo: pais de alunos de uma mesma escola particular, que discutem o aumento da mensalidade do colégio.

Interesses Individuais Homogêneos, também de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, art. 81, inc. III são¹¹: “[...] os decorrentes de origem comum”. Suas características são: a) pessoas determináveis; b) circunstâncias de fato; e c) interesses divisíveis. Exemplo: consumidores que compraram um mesmo tipo de automóvel, com o mesmo defeito.

13 BRASIL. Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 09 fev. 2010.

2.3 LEGITIMIDADE E INTERESSE

Se observarmos o caput do art. 5º da Lei da ação civil pública, veremos que o rol dos legitimados é grande, mas é de fundamental importância analisar que as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações só podem propor ações civis públicas se a sua respectiva finalidade institucional for uma das elencadas no inciso II do art. 5º. Isso significa que, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), que é uma autarquia federal, poderá propor ação civil pública somente em defesa do meio ambiente. Desse modo, entende-se que mais do que estar elencada no rol de legitimados, a entidade tem que possuir interesse institucional para agir.

Para análise específica do caso em tela, é importante observar que o texto da Lei n. 7.347/1985 não traz expressamente o que os órgãos da administração direta (que é o caso do Corpo de Bombeiros Militar) devem fazer para entrar em juízo com a ação civil pública. Há uma norma geral que estabelece (Código de Processo Civil, art.12)¹⁴:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores.

Portanto, em cada Estado e no Distrito Federal, os Corpos de Bombeiros Militares podem ingressar em juízo com ações civis públicas, através dos respectivos Procuradores de Estado.

Com relação ao Ministério Público, além de agir como fiscal da lei, pode, também, atuar na fase probatória, podendo requerer provas e proferir pareceres pela procedência, ou não, da ação. Quando o autor abandonar ou der causa para a extinção do processo sem julgamento do mérito, de modo infundado, injustificado, o Ministério Público deverá (princípio da indisponibilidade) prosseguir com a ação. Deverá, também, promover a execução dentro de 30 dias, quando não tiver sido impetrada por qualquer outro legitimado, no prazo de 60 dias.

14 BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 fev. 2010.

2.4 MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE OBRIGATÓRIO

A Lei Federal n. 7.347/1985¹⁵, em seu art. 5º, § 1º, torna obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as ações civis públicas. Seja como autor da ação, seja como fiscal da lei.

O art. 83 do Código de Processo Civil¹⁵ estabelece como o Ministério Público deve atuar nos casos em que intervem como *custus legis*:

Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Essa atuação do Ministério Público funciona como um terceiro interveniente, de forma autônoma e desvinculada do autor e do réu.

O art. 84, também do Código de Processo Civil, fala que nas hipóteses em que a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público e que houver sua ausência o processo será nulo - nulidade absoluta.

Essa obrigatoriedade de atuação do Ministério Público em todas as ações civis públicas, estabelecida na Lei n. 7.347/1985, é contestada por vários autores. Essa contestação baseia-se na Constituição da República, art. 127¹⁶:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

15 BRASIL. Lei n. 5869.

16 BRASIL. Constituição da República.

O art. 129, inc. IX, da CF traz outro dispositivo que sustenta a tese de não atuação do Ministério Público em todas as ações civis públicas¹⁷:

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

Se juntar esses dois dispositivos constitucionais, o art. 127, *caput*, e o 129, inc. IX, conclui-se que o Ministério Público não pode defender interesses individuais disponíveis, mesmo que previstos em lei ordinária, pois estaria indo contra sua finalidade constitucional. Dessa forma, se uma determinada associação civil propor demanda que tenha como escopo a tutela de um interesse disponível, o Ministério Público não deveria atuar como fiscal da lei, como prevê o art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985. O legislador ordinário só pode criar situações de intervenção do Ministério Público, se elas estiverem de acordo com o art. 127 da Constituição da República, ou seja, para defender interesses sociais e individuais indisponíveis.

Existe outro dispositivo em lei ordinária, que pode ferir o princípio constitucional de atuação do Ministério Público. Trata-se do art. 92 do Código de Processo Civil, que também torna obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. Acredita-se que o argumento, nesse caso, é o mesmo: se for para defender interesse individual disponível, a intervenção do Ministério Público não seria obrigatória.

Nesse sentido, relata Souza¹⁸:

Dessa forma, a interpretação a ser dada ao art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85 é a de que a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei nas ações civis públicas propostas pelos demais legitimados ativos será obrigatória desde que na demanda esteja sendo tutelado um interesse indisponível.

A jurisprudência ainda é muito divergente acerca da legitimidade do Ministério Público em relação aos interesses individuais homogêneos.

17 BRASIL. **Constituição da República**.

18 SOUZA, Motauri Giocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48

Não se pode esperar que o Ministério Público tenha nas mãos as chaves para a resolução de todos os problemas da sociedade, apesar de, muitas vezes, a imprensa tentar induzir tal procedimento. No entanto, deve utilizar de seu princípio institucional da independência funcional em defesa dos interesses sociais, utilizando, para isso, a serenidade, técnica jurídica, imparcialidade e discrição, que tão bem tem demonstrado nos últimos anos.

2.5 LEGITIMIDADE ATIVA DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR

Já foi citado anteriormente nesse artigo que o Corpo de Bombeiros Militar pode ajuizar ação civil pública através dos Procuradores de Estado. No entanto, o problema reside justamente na sobrecarga de serviço atribuído atualmente a eles. São inúmeros processos para poucos Procuradores. Por questão de lógica e de bom senso, o Corpo de Bombeiros Militar vem resolvendo administrativamente os casos de prevenção contra incêndio, no âmbito interno da corporação com os interessados; nos casos mais graves, envolvendo as administrações municipais, e quando não há mais solução, apela-se, então, pela intervenção do Ministério Público.

Seria importante a Procuradoria do Estado ter uma maior estrutura, capaz de absorver outros interesses dos órgãos do Estado, incluindo, aí, a prevenção contra incêndio, por meio do Corpo de Bombeiros Militar, que, na realidade, não se trata de interesse propriamente da Instituição, mas da sociedade, pois o tema é SEGURANÇA.

O Ministério Público, além de ter uma estrutura muito maior do que a Procuradoria do Estado tem sua legitimidade diferenciada em relação aos demais legitimados. A principal diferença entre o Ministério Público e os outros legitimados ativos está justamente no princípio da obrigatoriedade que rege a Instituição, que deve adotar todas as providências necessárias à prevenção ou reparação de um dano possível de sua tutela, sempre que identificá-lo. Esse princípio, no entanto, deve estar dentro dos limites da liberdade de convicção assegurada a seus órgãos, pelo art. 127, § 1º da Constituição da República de 1988, que trata da sua independência funcional.

O princípio da obrigatoriedade impõe ao Ministério Público não

apenas o dever de agir, mas também de fazê-lo assim que tenha elementos suficientes para tanto. Diferentemente dos demais legitimados ativos que não têm o dever, mas, sim, a faculdade de propor a ação.

Existe outro dispositivo importante na Lei n. 7.347/1985¹⁹:

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Concluindo esse pensamento, observamos que o Estado (Corpo de Bombeiros Militar) não tem o dever, mas a faculdade de propor a ação civil pública. Porém, tem a obrigação de provocar a iniciativa do Ministério Público, através de todas as informações de que dispõe. Essa obrigação se coloca, obviamente, após o exaurimento das possibilidades administrativas para resolver o problema, porque a própria legislação que trata a respeito da prevenção contra incêndio, seja ela estadual ou municipal, estabelece algumas condições para atuação do Corpo de Bombeiros Militar.

2.6 TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Inicialmente, é bom lembrar o que significa esse termo, segundo Locatelli²⁰: “Compromisso é obrigação, promessa. Ajustamento é inteireza, retidão, e num sentido mais voltado para a área do direito, é justiça.”

O art. 5º, § 6º da Lei n. 7.347/1985 (esse parágrafo foi acrescentado pela Lei n. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor)¹¹:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar

19 BRASIL. Lei 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

20 LOCATELLI, Paulo Antônio. O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta na Proteção dos Direitos Sociais. **Atuação Jurídica** – Revista quadrimestral da Associação Catarinense do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Nova prova, ano 4, n. 10, p. 23.

dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Interessado, nos termos desse parágrafo, é a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado responsável por um dano ou ameaça a interesse metaindividual.

Em se tratando de quem pode tomar o compromisso, o § 6º do art. 5º fala de “órgãos públicos legitimados”. Observando o art. 5º, *caput*, conclui-se que pode tomar o compromisso de ajustamento de conduta o Ministério Público, a União, os Estados, os municípios, as autarquias e os órgãos públicos que não tenham personalidade jurídica própria – estes por força do dispositivo no art. 82, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. Por exclusão, as empresas públicas, sociedades de economia mista, associações civis e fundações, como possur personalidade jurídica de direito privado, não podem tomar o referido termo.

Apesar de parecer claro esse dispositivo, para efeito deste artigo, é fundamental que se observe o conceito de “órgãos públicos” trazido por Meirelles²¹: “São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.”

Essa maior conceituação acerca dos legitimados para tomar o termo de compromisso de ajustamento de conduta dos interessados se fez necessária para esclarecer que o Corpo de Bombeiros Militar é um desses órgãos públicos que pode tomar o referido termo.

Há diferenças significativas entre o termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público e pelo Corpo de Bombeiros Militar. Não em relação a sua eficácia, pois a lei confere a mesma eficácia para o termo independentemente do órgão legitimado que o promoveu. Essas diferenças estão na fase anterior à assinatura do termo de compromisso, porque a assinatura do termo por parte do interessado é de caráter voluntário. Quando o interessado assina um termo junto ao Ministério Público, ele está se comprometendo a sanar a irregularidade em questão, sob pena de, não o fazendo, ser ajuizada a ação civil pública, arcando, desse modo, com o ônus de uma ação judicial, além de ter que sanar as irregularidades da mesma forma.

No caso do termo firmado pelo Corpo de Bombeiros Militar, ou qualquer outro legitimado, tem que haver uma maior motivação para que o interessado concorde em firmar o termo. Isso porque, se o interessado até aquele momento não atendeu às solicitações do Bombeiro, por meio do laudo de exigências, advertência e notificação, se até mesmo a intervenção do poder público municipal não foi suficiente para que o interessado regularizasse a situação, dificilmente ele concordará em assinar um documento dessa importância, que o comprometerá em realmente solucionar os problemas existentes. Nesses casos, a única solução é encaminhar a questão ao Ministério Público.

Entretanto, há casos em que o interessado, com sua situação irregular junto ao Corpo de Bombeiros Militar, precisa obter sua regularização, através do atestado de vistoria para funcionamento, para, posteriormente, buscar sua regularização nos demais órgãos públicos competentes, como Prefeitura Municipal, Vigilância Sanitária, entre outros. Nesses casos, o Corpo de Bombeiros Militar pode firmar o termo com o interessado, concedendo o referido atestado após a realização dos sistemas preventivos mais urgentes e necessários, obtendo, então, o compromisso de que os demais sistemas serão efetivamente instalados dentro dos prazos acordados.

2.7 EXECUÇÃO DO TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Quando o interessado concorda em firmar o termo de compromisso de ajustamento de conduta, implicitamente está reconhecendo a irregularidade existente. Por isso, quando o interessado não cumpre seu compromisso, não há necessidade de processo de cognição. O órgão público signatário do termo terá que, simplesmente, executar a obrigação assumida, através da execução de título executivo extrajudicial, de acordo com o que prevê o código de processo civil nos seus artigos 632, 644 e 645.

Qualquer dos órgãos públicos legitimados podem promover a execução do termo, sendo dever do Ministério Público.

No caso do Corpo de Bombeiros Militar, a execução pode ser promovida pela Procuradoria do Estado. Porém, o Ministério Público

está obrigado a proceder à execução, mesmo que não tenha promovido o termo de compromisso de ajustamento de conduta. Por isso, seria mais adequada a execução pelo Corpo de Bombeiros Militar que encaminhasse o termo ao Ministério Público, em virtude de sua legitimidade natural e também levando em consideração o grande acúmulo de serviço da Procuradoria.

2.8 PARCERIA ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CORPO DE BOMBEIROS MILITAR

Desde a Constituição da República de 1988, o Ministério Público deu um salto considerável em relação a sua importância em prol da justiça e cidadania, obtendo, desde então, uma credibilidade sem precedentes junto à comunidade. Sua conduta sempre imparcial conquistou grande respeito na sociedade. Na defesa dos interesses difusos e coletivos é simplesmente fundamental.

Em relação ao Corpo de Bombeiros Militar, pode-se notar, principalmente pelo que já foi comentado anteriormente neste artigo, que não lhe falta legitimidade e base legal para atuar na prevenção contra incêndios. O que lhe falta (em muitos Estados e Santa Catarina é um exemplo) é o atributo da coercibilidade em seu poder de polícia para que possa atuar com o devido respaldo. Além da boa vontade do poder público municipal, que, por vezes, não é tão “boa” assim, o Corpo de Bombeiros Militar conta com o Poder Judiciário como última alternativa para proporcionar a segurança necessária às edificações.

No entanto, antes do Poder Judiciário, está o Ministério Público, que, através do respeito e credibilidade que goza, tem resolvido praticamente todos os casos que lhe são enviados em relação à prevenção contra incêndios. É interessante ressaltar que a resolução desses casos tem-se dado administrativamente, através dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Mas isso acontece não pela boa vontade dos interessados em firmar os citados termos, mas pela real possibilidade de se verem réus de possíveis ações civis públicas, passíveis de honorários, custos e prazos não tão generosos para execução dos sistemas de segurança necessários, estabelecidos por meio de sentença.

O Corpo de Bombeiros Militar tem legitimidade para propor

ação civil pública, porém, a Procuradoria do Estado já tem atribuições demais, não sendo interessante para ambos os órgãos mais essa missão – a prevenção contra incêndios.

O Corpo de Bombeiros Militar pode, também, firmar Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta com os interessados. O problema é que são raros os casos em que esses interessados concordam em assinar o termo.

Sem dúvida nenhuma, a melhor opção para resolução de casos graves relativos à prevenção contra incêndios é o seu encaminhamento ao Ministério Público, que tem as melhores condições, em todos os sentidos, para dar uma solução a esses problemas. É conveniente esclarecer que essa “melhor solução” é para a comunidade, pois é ela que se beneficiará com a devida segurança das edificações.

Por tudo isso, é fundamental que ambas as instituições, Ministério Público e Corpo de Bombeiros Militar, conheçam bem os detalhes e a importância dessa parceria, visando a assegurar a prevenção contra incêndio pela lei da ação civil pública.

A lei n.7.347/1985, em si, é eficaz. Basta saber utilizá-la melhor.

3. “RESERVA DO POSSÍVEL” OU CONCRETIZAÇÃO IMEDIATA?

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como podemos observar até então, a segurança contra incêndio, no Brasil e no Estado de Santa Catarina, é exercida de forma ainda muito superficial, por amostragem, e, poderíamos dizer, até irresponsável.

Os Corpos de Bombeiros Militares vêm lidando com essa situação de forma muito criativa, tentando de todas as formas contornar os obstáculos para garantir a segurança das pessoas.

O que todos se perguntam é o porquê que isso acontece. Se a segurança contra incêndio, como vimos, é um direito fundamental estabelecido pela Constituição da República, o que falta para sua concretização integral e imediata?

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL

Para entender o problema da inefetividade da segurança contra incêndio, é preciso que se faça uma análise doutrinária *lato sensu* a respeito.

Como já vimos, a segurança contra incêndio foi colocada na Constituição da República como um direito fundamental social. Porém, como vários outros direitos fundamentais sociais previstos, padece de uma dificuldade de concretização. No entanto, a sociedade já não está aceitando essa inefetividade com a mesma passividade de outrora. Bobbio²² registra essa evolução:

Não faz muito tempo, um entrevistador – após longa conversa sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, sobretudo três, o aumento cada vez maior e até agora incontrolado da população, o aumento cada vez mais rápido e até agora incontrolado da degradação do ambiente e o aumento cada vez mais rápido, incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos – perguntou-me ao final, se, em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, eu via algum sinal positivo. Respondi que sim, que via pelo menos um desses sinais: a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem.

Essa discussão acerca do problema do reconhecimento dos direitos do homem remonta a idade moderna, mas se intensifica após a segunda grande guerra. Mas o que se discute é a efetividade desse discurso. Em relação a alguns direitos, conseguimos alcançar uma efetividade substancial e a outros uma estagnação ou evolução a passos lentos.

Quando começamos a estudar de forma mais profunda os direitos fundamentais, principalmente os sociais, não só no Brasil, como

22 BOBBIO, Norberto. Direitos do homem e sociedade. In: **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 19 ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 66.

também na maioria dos demais países, notamos que todos reconhecem a necessidade de efetivação desses direitos, a ponto de positivá-los, porém, no momento de efetivá-los há uma indefinição ou imprecisão do quando e como. Canotilho²³ explica esse “fenômeno”:

Como todos sabem, ‘fuzzy’ significa em inglês ‘coisas vagas’, ‘indistintas’, indeterminadas. Por vezes, o estilo ‘fuzzysta’ aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver, paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais a carga metodológica da ‘vaguides’, ‘indeterminação’ e ‘impressionismo’ que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de ‘fuzzysmo’ ou ‘metodologia fuzzy’. Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciências sociais.

Com a explicação acima, entendemos, então, que não só a segurança contra incêndio, como também grande parte dos demais direitos fundamentais sociais, sofrem do mesmo mal, a “vaguides”.

Ao mesmo tempo que Bobbio critica a indeterminação, também dá uma justificativa para essa inefetividade dos direitos fundamentais sociais²⁴:

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.

Infelizmente, esse discurso já foi decorado pela maioria dos representantes do Estado, principalmente os integrantes do executivo e legislativo. O judiciário, por sua vez, vem tentando, paralelamente

23 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 100.

24 BOBBIO, 1992. p. 80.

à doutrina dominante, mudar essa realidade. Decisões judiciais vem sendo proferidas, dando a cidadãos os direitos assegurados constitucionalmente, mas negligenciados pelos demais poderes constituídos. A concentração da “tensão” tem se desviado nos últimos anos, do poder executivo e legislativo para o judiciário. No entanto, segundo Vieira de Andrade²⁵, isso é questionável:

Na realidade, é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos da actividade estadual, incluindo, além das possibilidades financeiras, a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras pessoas, bem como a divisão de poderes que assegure uma certa liberdade constitutiva ao legislador – sob pena de, afinal, estarmos a metamorfosear o Estado-protector num Estado totalitário ou a transformar os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional, num ‘Guardião da Constituição’, no mau sentido de proporcionar a consolidação de um desequilibrado ‘Estado Judicial’.

Essa preocupação de Vieira de Andrade, traz dois pontos importantes de análise: a intervenção do poder judiciário, concedendo direitos que não foram estabelecidos pelo legislativo e aplicados pelo executivo; e o argumento para que o legislativo e o executivo não concedam todos esses direitos, que é o limite financeiro para a sua concretização. Ou seja, eles vão sendo concedidos à medida que o caixa do Estado permita. Este limite é conhecido como reserva do possível. Para entender melhor essa reserva do possível, buscamos a ajuda de Canotilho²⁶:

‘Reserva do possível’ significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

Reserva do possível significa a ‘tendência para zero’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.

Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos

25 VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais do século XXI**. [on line]. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.br/andrade.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

26 CANOTILHO, 2004, p. 107.

direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.

Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Vieira de Andrade²⁷ complementa que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a um planeamento político-institucional que deve ser efetivado ao longo do tempo, dentro do que permitirem as reservas financeiras. Acrescenta que a implementação dessas prestações devem ser atribuídas ao “poder constituído” - legislativo e executivo - e não aos juízes.

Se esse conceito de não interferência do judiciário nas atribuições do legislativo e executivo fosse plenamente respeitado, com certeza não estaríamos testemunhando a evolução na efetividade desses direitos. Pois, em muitos casos, recursos existem, mas são desviados para áreas menos importantes, ou até, como não é novidade para ninguém, vão parar em partes íntimas de autoridades políticas, paraísos fiscais, mansões, carros importados, entre outras criativas formas de corrupção conhecidas. Na realidade, o judiciário, nos tempos modernos, tem provocado um equilíbrio entre os poderes e forçado com que os demais poderes acelerem a efetivação dos direitos.

O Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF explica a importância da proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. Em suas considerações finais, faz um resumo de seu artigo e de sua posição a respeito²⁸:

Não há como sustentar respeito à Constituição e aos direitos fundamentais sem oferecer as condições institucionais mínimas para que sejam concretizados e/ou reparados.

O constituinte de 1988 reservou espaço especial ao

27 VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais do século XXI.**

28 MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra(Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 400.

catálogo de direitos e garantias fundamentais, ao positivá-los logo no início do texto constitucional, o que revela sua intensão de imprimir especial importância à sua eficácia e proteção.

A mera positivação de um denso catálogo de direitos fundamentais poderia torná-los verdadeiros artefatos simbólicos se não estivesse acompanhada de normas de organização e procedimento destinadas à sua proteção. Nesse sentido é que a doutrina especializada cuida hoje de um direito fundamental à organização e ao procedimento (Alexy) e de um *status activus procesualis* dos indivíduos (Häberle).

Nesse sentido, pode-se afirmar que as garantias processuais dos direitos fundamentais constituem também um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Não há Estado de direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais.

Claro que essa perspectiva do Presidente do STF, se enquadra bem ao direito brasileiro, a quem também concordamos. O Brasil se encontra atualmente numa situação em que é possível a efetivação de boa parte dos direitos assegurados pela Constituição, o que não acontece em boa parte dos países de modernidade tardia.

3.3 SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO E A RESERVA DO POSSÍVEL

Até o presente momento, nesse artigo, já estabelecemos algumas premissas: a segurança contra incêndio é um direito fundamental social estabelecido pela Constituição da República; os Corpos de Bombeiros Militares são as instituições responsáveis pela implementação dessa segurança e têm encontrado dificuldades para sua efetivação; os direitos fundamentais, principalmente os sociais, encontram obstáculos financeiros para sua concretização, mas a doutrina e jurisprudência majoritárias tendem a garantir sua efetivação.

Diante das assertivas acima, poderíamos, então, entender que

a segurança contra incêndio encontra-se no seio dessa discussão, de efetivação imediata ou dentro da reserva do possível.

Seria realmente justificável que, na qualidade de um direito fundamental social, a segurança contra incêndio estivesse encontrando dificuldades para sua efetivação, por falta de recursos do Estado, em que pese já termos visto que tal situação por si só não justificaria sua inefetividade. No entanto, a situação real nada tem a ver com isso!

Tratando especificamente de Santa Catarina, para não generalizar de forma equivocada em relação às outras Unidades Federadas, o Corpo de Bombeiros Militar tem plenas condições de implementar um serviço de prevenção de maneira completa e efetiva. Tem estrutura material e de pessoal suficiente para executar um serviço de prevenção contra incêndio de maneira eficaz. Não depende, portanto, de recursos por parte do Estado que inviabilize sua execução. Dificuldades em relação a efetivo existem, mas nada que justifique a inefetividade da segurança contra incêndio.

Não há razão, portanto, que justifique sua não concretização imediata. Em Santa Catarina, essa concretização ainda não aconteceu por falta de “vontade política”, ou seja, até o presente momento a coercibilidade do poder de polícia ainda não foi regulamentada pela Assembleia Legislativa, como vimos anteriormente, obrigando o Corpo de Bombeiros Militar a executar malabarismos para manter sua atividade.

O que levou a Assembleia Legislativa a não aprovar a lei que confere a coercibilidade ao poder de polícia do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina foram os *lobbies* de certas entidades (principalmente da construção civil), que não veem com bons olhos uma Instituição forte e com reais poderes de fiscalização, o que lhes permite descumprir as normas de segurança sem maiores consequências.

3.4 SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO COMO CONCRETIZAÇÃO IMEDIATA

Faz-se necessário que a população seja esclarecida que a segurança contra incêndio está sendo executada não só em Santa Catarina, como também na maioria das Unidades Federadas, de maneira precária.

Se houver essa conscientização, com certeza as autoridades políticas terão de repensar suas posições.

A segurança das pessoas nas edificações (com exceção das unifamiliares) e eventos públicos não é um direito que se possa abrir mão. Não pode ser objeto de interesse político e econômico. É um absurdo que ainda hoje essa situação permaneça.

Não estamos levando a segurança contra incêndio a sério, assim como não levamos também vários outros direitos legalmente estabelecidos. Mas essa não é uma realidade só do nosso país. Até em países desenvolvidos essa prática é recorrente. Vejamos o que Dworkin²⁹ diz sobre os Estados Unidos:

O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.

Não levar a sério a segurança contra incêndio é não levar a sério a vida humana. Definitivamente, a segurança contra incêndio não é um direito que se possa dispor, ao livre arbítrio dos governantes, principalmente porque não há importantes empecilhos para sua concretização imediata.

Enquanto essa concretização imediata não ocorrer, o Ministério Público, em primeira instância, e o poder judiciário, em segunda, continuarão a exercer o papel fundamental para resolver pelo menos os casos de maior relevância, o que vem fazendo até o momento de maneira muito importante.

CONCLUSÃO

Observa-se, ao analisar criticamente o presente artigo, que os tópicos abordados do presente tema foram expostos de maneira bem

29 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 314.

superficial. Caberia uma análise mais aprofundada e detalhada de cada ponto para uma melhor compreensão do leitor. No entanto, tal complemento inviabilizaria a proposta de apresentação deste trabalho. Por isso, sugere-se que o tema seja mais debatido, que os pontos aqui abordados sejam analisados e expostos sob outros pontos de vista, enfim, que o fomenta a continuidade do debate.

Infelizmente, uma das constatações que extraímos, é o desconhecimento que se tem, de maneira geral, a respeito de um assunto de tamanha relevância para a segurança das pessoas. Ariscamos até dizer que os próprios profissionais da área não têm plena consciência do conceito da atividade, de sua inefetividade e dos prejuízos causados à população.

Através dos vários autores citados, podemos também concluir que a inefetividade não é exclusividade da segurança contra incêndio. Boa parte dos direitos fundamentais sociais no Brasil sofrem a mesma doença. Todavia, esses direitos fundamentais sociais que não são completamente garantidos, apresentam uma grande barreira para sua efetividade, que é o caixa do Estado, ou seja, demandam de grande quantidade de recursos financiados para sua efetivação. Talvez a maior mensagem desse trabalho seria o fato de que, para a efetividade da segurança contra incêndio, pelo menos no Estado de Santa Catarina, basta a regulamentação da coercibilidade do poder de polícia na Assembleia Legislativa, ou seja, não são recursos que faltam, mas vontade pública. Isso que é lamentável!

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Direitos do homem e sociedade. In: **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 67-83.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 514.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2010.

_____. **Lei 5869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 fev. 2010.

_____. **Lei 7347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública. Dispo-

nível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

_____. **Lei 8078**, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 09 fev. 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Eusebio. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1991. p. 84.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 337.

LOCATELLI, Paulo Antônio. O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta na Proteção dos Direitos Sociais. **Atuação Jurídica** – Revista quadrimestral da Associação Catarinense do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Nova prova, ano 4, n. 10, p. 23.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.19.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 127.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra(Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 372-400.

SANTA CATARINA. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/constituicaoestadual.php>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

SOUZA, Motauri Giocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.

VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais do século XXI**. [on line]. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.br/andrade.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

DISCURSO LAW AND ECONOMICS E A SOBERANIA DO MUNDO MODERNO: A CRISE DO ESTADO NACIONAL E A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO EM FERRAJOLI

Lili de Souza

*Professora no curso de Direito do IBES/SOCIESC.
Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI*

Márcio Ricardo Staffen

*Advogado
Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI*

RESUMO

O presente artigo discute o discurso *law and economics*, suas origens e seus principais expoentes no intuito de demonstrar a condição atual da soberania e a crise do Estado nacional no momento em que se debate a figura da transnacionalidade decorrente do movimento globalizador. Faz-se de forma suscita um estudo sobre a nova caracterização do Estado e da soberania para, ao final, utilizando-se da Teoria do Garantismo Jurídico, expor a necessidade do reconhecimento da limitação do conceito de soberania à Constituição e aos Direitos Fundamentais como tábua

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 175 - 194	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

de salvação do Estado Democrático de Direito em face das investidas neoliberais.

PALAVRAS-CHAVE: *Law and economics*; Soberania; Teoria do Garantismo Jurídico.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar o discurso *law and economics* e a soberania do mundo moderno a partir da crise do Estado nacional e da Teoria do Garantismo Jurídico em Luigi Ferrajoli.

Desse modo, inicia-se o desenvolvimento do assunto por uma rápida abordagem do discurso *law and economics*, proveniente do modelo neoliberal de Estado, originário do período pós-guerra e praticado globalmente, salvo raras exceções, desde a queda do muro de Berlim.

Em seguida discutir-se-á a chamada crise do Estado moderno, trazendo com ela a questão da soberania no mundo moderno e a comparação de seu conceito que vem sendo alterado desde o final da segunda guerra mundial, propiciando o apogeu de uma nova ordem mundial.

Por fim, será apresentada a teoria do garantismo jurídico criada e defendida por Luigi Ferrajoli, que, em contraposição à doutrina neoliberal, prega a vinculação estatal aos princípios e às garantias fundamentais como forma de defesa dos direitos humanos.

2. O DISCURSO *LAW AND ECONOMICS*

O neoliberalismo, já preconizado em suas bases por Lênin em sua obra “Imperialismo, fase superior do capitalismo”, escrito em 1916¹, resume-se numa corrente de pensamento político econômico que nasce na década de 40 do século passado, sobre o desfacelamento ocasionado pela Segunda Guerra, buscando a predominância do capitalismo

1 LÊNIN, Vladimir Ilich. **O imperialismo:** fase superior do capitalismo. 3. ed. São Paulo: Global, 1985.

como sistema de organização social. Adotando como preceitos básicos a liberdade econômica, o individualismo e a minimização da atuação estatal, surge para erradicar o Estado de bem-estar e o keynesianismo, já bastante desgastado e rejeitado pela classe dominante de então.

Nas palavras de Cruz², além do pensamento econômico, o Neoliberalismo:

[...] também propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independente da orientação política governante, com a retirada progressiva do Estado das funções de Bem-Estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não-intervenção relativa, já que o Neoliberalismo, diferente do Liberalismo, admite fazer algumas concessões às propostas de providência.

Doutrinariamente, o novo modelo de pensamento remonta inicialmente a Friedrich August von Hayek, avesso a qualquer regime totalitário, contrário à intervenção estatal no Mercado seja qual for e franco opositor de qualquer tipo de coletivismo solidário³. Ainda no curso dos combates da Segunda Guerra Mundial, e na iminência da vitória aliada, deu-se em Bretton Woods, em 1944, uma conferência monetária e financeira para estabelecer diretrizes do liberalismo global a ser edificado na ordem emergente internacional pós-guerra. Nasceriam dessas deliberações o Banco Mundial em 1945 e o Fundo Monetário Internacional no ano seguinte.

Como consequência disso, de acordo com Trindade⁴:

Longe de reduzir a desigualdade social, manteve-a e

2 CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 229-230.

3 Nesse sentido: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre Economia e Direito. Florianópolis: Habitus, 2009. p. 112-113.

4 TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos Direitos Humanos. In: SÃO PAULO (estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de trabalho de Direitos Humanos. **Direitos Humanos**: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. 528 p. (Série Estudos, n.11). p. 161-162.

tende a aumentá-la, repondo a contradição entre uma “igualdade” (meramente jurídica) reservada aos de baixo e a liberdade econômica (esta real) das elites. A ciência, aplicada intensivamente à produção (informática, robotização, microeletrônica, química fina, novos materiais, etc.) aumentou a produtividade do trabalho. Mas, por falta de apropriação social desse processo, em vez de ampliar as horas de lazer para desfrute humano, ampliou o desemprego – agravado pela crise econômica. [...] No lugar do antigo desemprego cíclico, que acompanhava as crises cíclicas, surgiu a categoria do desemprego estrutural, isto é, permanente. Aumentou a liberdade do capital, agora é “global”. E diminuiu a liberdade dos trabalhadores: para protelar o desemprego, submetem-se a condições deploráveis de salário e trabalho – o que, por sua vez, aumenta mais a liberdade do capital para “flexibilizar” a bel-prazer (“precarizar”) as relações de trabalho. [...] O “neoliberalismo” assemelha-se cada vez mais ao velho liberalismo ortodoxo dos primeiros tempos.

É relevante para o estudo do regime neoliberal citar as recomendações do Consenso de Washington para que os países em desenvolvimento patrocinassem políticas de abertura de seus mercados e introduzissem um estado mínimo, privatizando as atividades produtivas e minimizando as inversões sociais, combatendo a inflação e os demais problemas de ordem fiscal. Nessa seara, de novo a questão social ficou relegada ao esquecimento propositalmente. A exclusão social é própria do neoliberalismo, pois os indivíduos não podem depender do Estado que, pelo mercado e pela escolha natural dos mais aptos, naturalizará as desigualdades sociais⁵. A retirada do Estado se dá mais pelo desmanche dos serviços como saúde, educação e segurança pública do que pelo efetivo recuo da intervenção estatal.

Contudo, a primeira implementação do neoliberalismo ocorreu no Chile, quando Pinochet pôs em operação as orientações de Friedman. Notadamente, o neoliberalismo ganhou destaque com Thatcher e Reagan, que ascenderam ao poder executando políticas econômicas

5 ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 43.

monetaristas visando a extinguir a inflação através do saneamento do orçamento público, patrocinando a liberdade de Mercado contra o Estado de bem-estar.

Como anota Marcellino Junior, é a partir de 1989, com a unificação da Alemanha, “que o neoliberalismo ganha fôlego e avança a passos largos, livres dos *fantasmas vermelhos* que lhe obstruíam o caminho – salvo, é claro, raras exceções.”⁶

Extinta a ameaça socialista e, consigo, o Estado social, doravante todo o Mundo seria conduzido por um pensamento único, hegemônico. O triunfo do capitalismo produziu o fim da história⁷. Eis o neoliberalismo que se apresentou, na falência do socialismo como o salvador de tudo, que garantiria a “satisfação do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para o fomento da riqueza, através da proteção da liberdade e da propriedade”.⁸

Hayek, defensor do evolucionismo seletivo do Mercado, regido pela espontaneidade própria, sem qualquer interferência do Estado (limitado), afirma que o Mercado se encarregaria de possibilitar a satisfação recíproca dos interesses entre os indivíduos, sendo que justiça social não significa coisa alguma e que empregá-la é uma irreflexão ou uma fraude.⁹

Dando continuidade aos postulados de Hayek, Friedman, patrono do capitalismo competitivo, refuta qualquer medida voltada ao bem-estar¹⁰, negando com veemência que o capitalismo seja responsável

6 FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

7 Nesse sentido: ROSA; LINHARES. **Diálogos...**, *op. cit.*, p. 42.

8 HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social**. Trad. Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985.

9 Analisando o pensamento de Friedman, Marcellino Junior conclui que: “Providências como o seguro-social, salário-mínimo, programas de habitação, subsídios à agricultura, programas especiais de ajuda, assistência médica para grupos particulares e todas as demais iniciativas de redistribuição coercitiva de renda - sempre direcionadas aos desfavorecidos -, somente servem para desequilibrar o Mercado, provocando desigualdade e agravando os abismos sociais.” MARCELLINO JUNIOR. **Princípio...**, *op. cit.*, p. 131.

10 NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Trad. Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p. 9.

pela imensa desigualdade social. Para ele “o capitalismo leva a menos desigualdade do que sistemas alternativos de organização, e que o desenvolvimento do capitalismo diminui sensivelmente a extensão das desigualdades.”¹¹

Prosseguindo com o doutrinamento, Nozick pleiteia a redução ultramínima do Estado. Defende que somente o Estado mínimo, restrito às funções de segurança e voltado à fiscalização do adimplemento dos contratos, justifica sua existência. Qualquer ampliação dessa gama de atribuições caracteriza a violação das liberdades pessoais. Assim, ninguém poderia ser compelido a ajudar alguém¹². Logo, a pobreza e a ignorância manteriam hierarquizada a sociedade. Esta teoria reducionista serviu de fértil substrato para a consolidação do neoliberalismo de Hayek e Friedman.

Acrescente-se que tal revolução neoliberal depende fundamentalmente das ciências econômicas. Logo, as demais ciências deveriam se adaptar à Economia como núcleo de toda discussão. Com o Direito não poderia ser diferente. Aplicar os paradigmas e as propostas da Economia na produção, interpretação e aplicação do Direito remonta ao movimento surgido nas Universidades de Chicago e de Yale, nos idos de 1960, umbilicalmente ligado ao liberalismo, denominado de Análise Econômica do Direito.

Com a progressiva proeminência econômica em desfavor do discurso jurídico, por Rosa e Linhares¹³ dito diretamente, vê-se que:

[...] o “Direito” foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente “pragmática” de “custos e benefícios” (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.

Em suma, essa virada no pensamento acadêmico estadunidense relega ao Direito a mera vinculação ao custo benefício, pondo todos num regime de submissão à Lei Perfeita do Mercado, que liberta e

11 ROSA; LINHARES. *Diálogos...*, *op. cit.*, p. 55.

12 MARCELLINO JUNIOR. *Princípio...*, *op. cit.*, p. 223.

13 ROSA; LINHARES. *Diálogos...*, *op. cit.*, p. 51.

salva. Nessa teoria, já em prática, prevalece a alocação de recursos que melhor atenda à maximização de riquezas, desconsiderando qualquer custo social daí advindo. Assim, no discurso neoliberal no qual se insere a Análise Econômica do Direito, não há justiça social. Justo é o que for eficiente e eficiente será o que ficar estabelecido consoante a justiça do Mercado¹⁴. Nasce, assim, “um novo princípio jurídico: ‘o do melhor interesse do mercado’.”¹⁵

Através da Análise Econômica do Direito, instala-se uma tensão em torno da reconstrução do ordenamento jurídico que assegure aos envolvidos o menor custo econômico possível, uma vez que a lentidão e a burocracia do Poder Judiciário não condizem com a dinâmica que o Mercado exige, o que resulta em alto custo repassado às transações¹⁶. Por seu turno, isso implica no julgamento de um processo sem a devida compreensão, em nome da velocidade e da eficiência favorável ao consumo, em flagrante lesão à eficácia da tutela jurisdicional. Para ilustrar essas afirmações, apresentam-se as Súmulas Vinculantes, a Emenda Constitucional 19/98, etc.

Essa busca pelo menor custo atinge também certamente o acesso à justiça. Qualquer demanda levada ao Judiciário produz um paradoxo, a incerteza sobre a decisão eleva o risco do negócio e conseqüentemente seu preço, enquanto a certeza da vitória indubitavelmente resultará em uma avalanche de demandas. Portanto, quanto mais restrito o acesso à justiça maior a proteção do ideário neoliberal.

Entretanto, o maior óbice à concretização do Estado Neoliberal são os Direitos Fundamentais, garantidos pelo Estado Democrático de Direito, direitos esses imunes até mesmo à vontade da maioria. Numa virada sorrateira, o que protege passa a ser um obstáculo, “acusado de burocrático, ou melhor, burocratizante”¹⁷. Os Direitos Fundamentais são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica; são universais;

14 STAFFEN, Márcio Ricardo. Entre a liberdade de contratar e a maximização de riquezas o Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Investidura**. Florianópolis, a. 2, n. IX, dez. 2009. p. 40-55.

15 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **JURISPOIESIS - Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, 2002. p. 34.

16 ROSA; LINHARES. **Diálogos...**, *op. cit.*, p. 20.

17 ROSA; LINHARES. **Diálogos...**, *op. cit.*, p. 67.

indisponíveis; imprescritíveis; invioláveis; intransigíveis; inalienáveis; e, personalíssimos. Em suma, constituem um núcleo jurídico irreduzível/fundamental¹⁸, que causa grandiosa repulsa aos neoliberais para quem fundamentais são os direitos à propriedade e à liberdade de contratar.

Somente a propriedade autoriza que as alienações se realizem com êxito, devendo seu titular ter o direito dela dispor como melhor lhe prover, usando, gozando, trocando, reivindicando. Isso possibilita a conservação das coisas e a maximização das riquezas. Para esse resultado, a liberdade de contratar e a tutela jurisdicional de garantia do cumprimento dos contratos são imprescindíveis¹⁹. Sem essa coerção, a liberdade de contratar resultaria em instabilidade para a quitação das obrigações. Ademais, uma expressiva parcela de descumprimento elevaria em muito os custos das negociações.

O neoliberalismo não resguarda o Direito; ao contrário, investe fortemente contra a instância jurídica, que como garantia é paulatinamente corroída e fragilizada, com teses enganosas de que as tutelas constitucionais são barreiras à governabilidade.

Por essas razões, tanto se propagandeia por reformas constitucionais eficientes, como se eficiência fosse sinônimo de eficácia, buscando sempre implodir as bases das Constituições dirigentes (Estado de bem-estar social) nas quais os Direitos Fundamentais são inegociáveis. Importa muito para o regime neoliberal que tudo possa ser posto à venda, até mesmo a democracia.²⁰

Nessa senda, adverte Ferrajoli que as ameaças mais letais para a democracia provêm hoje de duas potentes ideologias de legitimação de poder: “la idea de la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grund-norm* del presente orden globalizado.”²¹

Bobbio²² em relação à crise do Estado social esclarece que:

18 STAFFEN. Entre a liberdade..., *op. cit.*, p. 40-55.

19 FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

20 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 126.

21 STAFFEN. Entre a liberdade..., *op. cit.*, p. 40-55.

22 Explica Galbraith: “Os ricos e bem-situados são agora, muito mais numerosos e diversificados do que a classe capitalista anterior, além de serem também muito

A crise do estado assistencial é o efeito também do contraste entre o empreendedor econômico, que tende à maximização do lucro, e o empreendedor político, que tende à maximização do poder através da caça aos votos. [...] No fundo, a exigência expressa pelo neoliberalismo é a de reduzir a tensão entre os dois, cortando as unhas do segundo e deixando o primeiro com todas as suas garras afiadas. Em suma, para os neoliberais a democracia é ingovernável não só da parte dos governados, responsáveis pela sobrecarga das demandas, mas também da parte dos governantes, pois estes não podem deixar de satisfazer o maior número para fazerem prosperar sua empresa (o partido). Pode-se descrever sinteticamente este despertar do liberalismo através da seguinte progressão (ou regressão) histórica: ofensiva dos liberais voltou-se historicamente contra o socialismo, seu natural adversário na versão coletivista (que é, de resto, a mais autêntica); nestes últimos anos voltou-se também contra o estado bem-estar, isto é, contra a versão atenuada (segundo uma parte da esquerda também falsificada) do socialismo; agora é atacada a democracia pura e simplesmente. A insídia é grave. Não está em jogo apenas o estado do bem-estar, quer dizer, o grande compromisso histórico entre o movimento operário e o capitalismo maduro, mas a própria democracia, quer dizer, o outro grande compromisso histórico entre o tradicional privilégio da propriedade e o mundo do trabalho organizado, do qual nasce direta ou indiretamente a democracia moderna (através do sufrágio universal, da formação dos partidos de massa, etc.).

Nesse diapasão, tem por objeto a Análise Econômica do Direito,

mais articulados politicamente [...]. Os menos favorecidos são as vítimas da pobreza nas grandes cidades [...]. Eis, em síntese, a dialética da política moderna. É uma competição desigual: os ricos e bem situados têm influência e dinheiro. Além disso, eles votam. Os preocupados e os pobres são em grande número, mas muito dos pobres infelizmente não votam. Existe democracia, mas ela é, em grande medida, uma democracia dos afortunados." GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa: uma perspectiva humana**. 7. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 9.

como instrumento do modelo de Estado neoliberal, nos fornecer um Estado mínimo, sonegador de direitos e garantias fundamentais conquistados a custo de sangue humano, pondo o Mercado no lugar da razão, e o equiparando a um Deus²³. Esquecem de noticiar, contudo, os neoliberalistas, que esse regime somente funcionará com a exclusão dos mais débeis em benefício de uma democracia de afortunados²⁴, perante a naturalização da pobreza extraído do discurso bíblico da libertação pelo sacrifício.

Em suma, a ardilosa tática da Análise Econômica do Direito foi a de desarticular o critério de validade do Direito do plano normativo para o econômico, “ainda que as normas jurídicas indiquem um sentido, o condicionante econômico rouba a cena e intervém com fator decisivo.”²⁵

3. A SOBERANIA NO MUNDO MODERNO: A CRISE DO ESTADO MODERNO

A dinamicidade da sociedade impõe o constante aprimoramento das instituições. Nada é inalterável. O atual panorama expõe que a debatida globalização não se limita somente ao viés econômico. À luz de Beck, a globalização relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, gerando novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e maneiras de convivência.²⁶

De igual forma, a tradicional ideia weberiana de que o Estado é “uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindicava o monopólio do uso legítimo da violência física”²⁷, com as mudanças ocorridas na última metade do século XX, não mais se sustenta.

Ao longo da conhecida disputa entre os sistemas capitalista e socialista pela hegemonia ideológica do mundo, a qual produziu a notória e iminente ameaça da “Guerra Fria”, o capitalismo travava também uma

23 BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

24 WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1999. p. 93.

25 CRUZ. **Política...**, *op. cit.*, p. 231.

26 CRUZ. **Política...**, *op. cit.*, p. 89.

27 CRUZ. **Política...**, *op. cit.*, p. 84

intensa luta interna que, nas palavras de Cruz²⁸:

A luta entre o Neoliberalismo e o Estado de Bem-Estar foi a tônica após a Segunda Guerra Mundial. A cultura do triunfo do individual sobre o intervencionismo estatal e o ataque frontal às organizações sindicais, que para os neoliberais representam uma forma de “retardamento” do progresso social, foram as armas mais comuns usadas contra o Estado Providência. Mas a onda Neoliberal conservadora não pôde fazer com que as sociedades de muitos países ocidentais esquecessem os valores de justiça, solidariedade humana e progresso, os quais, apesar dos ataques citados no parágrafo anterior, são valores que permanecem vivos. Pode-se perceber, aliás, os efeitos perversos das políticas neoliberais no terreno social nos dois países que mais significativamente estiveram engajados na revolução neoliberal – Estados Unidos e Grã-Bretanha – e os custos econômicos que isto significou para uma parte considerável da população.

A efervescência deste caldeirão ideológico, combinada com a forte e constante ofensiva dos países desenvolvidos frente os chamados “emergentes”, necessitava de uma ampla regulamentação que lhe desse respaldo jurídico, o que foi alcançado com o fortalecimento do Direito Internacional, que teve início com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, e que tem, hoje, como um de seus resultados, a subordinação do Estado Constitucional às leis de mercado global como explica Cruz²⁹:

Dessa maneira, o Estado Constitucional Moderno acaba subordinado a um tipo de constitucionalismo mercantil global, não dirigido a controlar os pode-

28 Bastos afirma que “Na atualidade, há um certo consenso em afirmar ser o povo o titular do poder constituinte. É que a ideologia democrática tornou-se teoricamente aceita no mundo inteiro, de modo que até os governos autocráticos invocam a titularidade popular do poder, a fim de conquistar respeito perante os outros povos.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 31.

29 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

res, mas sim a liberá-los, elevando a uma série de interesses corporativos as normas do ordenamento jurídico internacional. A dependência das sociedades nacionais às empresas e financeiras transnacionais é de tal ordem, que qualquer pronunciamento de agências privadas internacionais de avaliação de crédito e risco acabam provocando instabilidade política, provocando crises monetárias, enfim, criando dificuldades de toda ordem para o Estado Constitucional Moderno.

Esse intenso embate teve seu ápice, como visto, em 1989, transcorridas mais de quatro décadas, com a queda do muro de Berlim que, muito mais que a simples derrubada de uma construção, representa[va] a vitória cabal do ideal neoliberal sobre o pensamento socialista. Tal vitória, por óbvio, começou a configurar-se numa nova ordem mundial, na qual, sob os preceitos e a doutrina neoliberal, lenta e estrategicamente vinha dando início às necessárias reformas estatais que introduziriam e garantiriam a manutenção desse modelo com a gradual “flexibilização” dos direitos trabalhistas, a formação de blocos econômicos e a submissão cada vez maior dos Estados em desenvolvimento às imposições feitas pelos credores internacionais, sobretudo o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, em troca de vultuosos empréstimos que, em tese, financiariam esse desenvolvimento, caindo, tais Estados, num complexo ciclo vicioso do qual raramente se vê possibilidades de sair e que põe em xeque a própria soberania dos Estados que, sob muitos aspectos, já se vê debilitada com os enlaces do Direito Internacional.

Assim, muitos são atualmente os ataques à soberania dos Estados, não apenas à soberania de cada Estado como face política de sua auto-determinação, mas, muito pior e mais contundente que isso, ao próprio conceito de soberania que se vê hoje enfraquecido frente à nova ordem mundial imposta, de acordo com o que afirma Cruz³⁰:

O pretense Poder Soberano do Estado Constitucional Moderno, pode-se dizer, encontra-se em adiantado processo de deterioração. Não é o Poder que desaparece, mas sim uma forma específica de sua organização e que teve seu ponto forte no conceito jurídico-político de Soberania. [...] Com a crise des-

sa concepção de Soberania, vários autores indicam uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo. Como escreve Bobbio, é preciso proceder a uma nova síntese jurídico-política capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de Poder, as novas autoridades que estão surgindo.

Sob outro aspecto, Ferrajoli defende também que a soberania estatal no mundo moderno seja limitada. Porém, no mesmo sentido de Bastos³¹, afirma que tal limitação tratar-se-ia de “limitações internas” impostas, num Estado Democrático, pela divisão harmônica dos poderes e pela obrigação do Estado no cumprimento efetivo da Constituição e na garantia dos Direitos Fundamentais. Segundo o autor³², “Graças a esses princípios, a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberanos e súditos, mas, sim, entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada”. Em síntese, acreditar num Estado sem freios e sem limites, nesse período da História significa desconsiderar ou preferir a Constituição, ainda que em sua forma primitiva de instrumento de limitação de poderes. Para Ferrajoli, a maior limitação à soberania deve ser a Constituição, compreendida como garantia. Onde a soberania se sobrepõe à Constituição não há direito, mas tão-só arbitrariedade.

Sustentar que a soberania resta mitigada em face às Constituições faz-se necessário em dois aspectos. O primeiro por fornecer a ideia de limitação democrática e pré-existente do poder estatal. O segundo por assegurar que, pela Constituição, o poder do Estado não se dissolva ante o fortalecimento de novos poderes, como os do Mercado. Assim, trabalhar por uma soberania limitada constitucionalmente produz o efeito de resguardo ao poder estatal.

Ferrajoli defende, também, a subordinação estatal a um ordenamento internacional que teria *status* de *jus cogens*, vinculando os Estados à observância dos Direitos Humanos contidos na Declaração Universal

31 Bastos afirma que “Na atualidade, há um certo consenso em afirmar ser o povo o titular do poder constituinte. É que a ideologia democrática tornou-se teoricamente aceita no mundo inteiro, de modo que até os governos autocráticos invocam a titularidade popular do poder, a fim de conquistar respeito perante os outros povos.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 31.

32 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

de 1948, bem como dos diversos pactos internacionais firmados desde então³³. É o que explica o próprio Ferrajoli em entrevista concedida ao jornalista César Fraga³⁴ para o *Jornal Extra Classe*, ao ser perguntado sobre o conceito de soberania popular:

Na democracia constitucional, no estado de direito, não existem sujeitos soberanos, porque todos os poderes estão submetidos à lei. Então, a frase ‘a soberania pertence ao povo’ significa duas coisas. A primeira é uma garantia negativa: pertence ao povo e a mais ninguém. Nenhuma assembleia representativa, nenhuma maioria, nenhum presidente eleito pode usurpar essa soberania, porque todas as instituições e poderes estão submetidos à lei. E dizer que a soberania pertence ao povo significa que, já que o povo não é um macrossujeito unitário, ela pertence a todos nós e se expressa pelos direitos fundamentais dos quais somos todos titulares. Cada um de nós detém uma parcela dessa soberania. Os direitos fundamentais são fragmentos dessa soberania.

Percebe-se, portanto, a gritante diferença, diametralmente oposta, da teoria formulada por Ferrajoli daquela imposta pelo projeto neoliberal. Enquanto este canta uma proposta de exclusão, o professor italiano expõe com autoridade um panorama de inclusão e valorização dos indivíduos como portadores de dignidade e titulares das garantias consagradas constitucionalmente. Passados quinhentos anos, não podemos cometer o mesmo erro dos navegadores que, ao descobrirem novas terras relegaram aos nativos à morte. Essa nova geração de expansão, igualmente motivada pelo Mercado, não deve fazer o encobrimento do outro para satisfazer o luxo de uma elite insaciável.³⁵

4. A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO

Atualmente, estudar a Ciência Jurídica sem analisar a obra de

33 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania...*, *op. cit.*, p. 41.

34 FRAGA, César. *Jornal Extra Classe*. Não basta ter direitos: é preciso garantias constitucionais para que eles sejam respeitados. p. 05.

35 DUSSEL, Enrique. **1492, o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Trad. Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

Luigi Ferrajoli resultará, inegavelmente, num estudo incompleto. A concepção do direito como garantia, estruturada numa perspectiva racional-positivista de matriz iluminista, procedendo com um novo olhar sobre a clássica doutrina positivista, resituando a Constituição em razão dos Direitos Fundamentais, eis o supra-sumo da Teoria do Garantismo Jurídico.³⁶

A Teoria do Garantismo Jurídico revela ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento edificante da sociedade, deixando de ser um papel meramente normativo, mirando indicar o modelo de sociedade pretendido e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se distanciar. Atribuindo, ainda, máxima importância aos direitos individuais do homem constitucionalmente previstos e garantidos, como meio de limitar e controlar a intervenção da ação estatal na órbita dos Direitos Fundamentais. O Garantismo possibilita a prática do direito que deve ser.

Seguindo a orientação de Ferrajoli, os Direitos Fundamentais se constituem em laços substanciais normativamente impostos, tidos como condição existência de todos, razão de ser do Estado. Logo, os Direitos Fundamentais indicam deveres positivos ao Estado no âmbito social e limitam negativamente a atividade estatal frente a liberdade dos indivíduos.³⁷

Com fundamento nesses argumentos, é visível a passagem da Teoria do Garantismo Jurídico da esfera penal para a Teoria Geral do Direito. Assim sendo, o garantismo em sua fase atual preocupa-se em discutir sobre direito e democracia, espalhando suas águas na seara da Ciência Jurídica e da Ciência Política.

A preocupação de Ferrajoli no sistema democrático reside na teoria jurídica de uma democracia dotada de limites e vínculos constitucionais ao princípio da maioria, existentes em quase todos os ordenamentos hodiernos.³⁸ Para o jurista italiano, esses limites são os Direitos Fundamentais, universais, inclusivos, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos, que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da

36 Nesse sentido: MARCELLINO JUNIOR. **Princípio...**, *op. cit.*, p. 45.

37 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: RT, 2002. p. 53.

38 FERRAJOLI. **Garantismo...**, *op. cit.*, p. 99-112.

maioria, em nítida opressão à minoria.

Rosa e Linhares³⁹, convocando Ferrajoli, Häberle e Canotilho, determinam que a Teoria do Garantismo Jurídico, entendida como modelo de Direito, fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana e a seus Direitos Fundamentais, que devem ser respeitados, efetivados e garantidos, que se constituem num núcleo irreduzível/fundamental, sob pena de deslegitimação paulatina das Instituições.⁴⁰

Nessa seara, pelo caráter reivindicatório dos Direitos Fundamentais, a Teoria do Garantismo Jurídico possibilita a passagem da democracia formal para a tão almejada democracia material, assegurando por meio da aplicação equitativa dos preceitos constitucionais a harmonia indispensável ao resguardo dos direitos, não se atendo unicamente ao princípio da estrita legalidade, típico do positivismo jurídico.

Ademais, autoriza aos indivíduos usar da Teoria do Garantismo Jurídico como escudo no contínuo embate vivenciado entre o Direito e a Economia, especialmente as seguidas tentativas de flexibilizar os Direitos Fundamentais (do Trabalho, do Meio Ambiente, Processual) em favor da maximização das riquezas que, além de afetar os indivíduos, corrompe os Estados e sua soberania.

Ainda que nascida para o Direito Penal, o paradigma garantista tem mostrado uma extraordinária capacidade de expansão, como modelo teórico e normativo capaz de dar conta, em diversos setores do direito positivo, das garantias de todos os Direitos Fundamentais, promovendo, assim, a materialização de um Estado Democrático de Direito preocupado com os indivíduos em primeiro lugar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, faz-se imperioso reconhecer que o neoliberalismo, mediante o discurso *law and economics*, revive de forma atual e bem organizada a velha máxima liberal proferida por Adam Smith, cujo norte afirma categoricamente que tudo consiste em ganhar

39 ROSA; LINHARES. *Diálogos...*, *op. cit.*, p. 15-22.

40 Nesse sentido: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 161.

dinheiro. Mesmo que isso desconsidere ou exclua a um segundo plano o Estado e o Direito.

Bem verdade que o Estado e o Direito são necessários para a satisfação da ambição neoliberal, entretanto, precisam estar condicionados à Economia. Assim, é a Economia que tem o poder de regular todas as relações importantes, considerando sempre, a relação custo-benefício.

O receituário neoliberal conforme constata Bonavides⁴¹:

[...] não remove governos, mas regimes; não entende com pessoas, mas com valores; não busca direitos, mas privilégios; não invade poderes, mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio de mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento dos sindicatos, perseguição dos servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, a receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do País ao *status* de colônia, numa marcha sem retorno.

Assim, o tradicional conceito de soberania que era forte e rígido passa a ser fraco, débil e insuficiente, e o Estado por si não consegue manter. Conforme consignado alhures, tanto Hayek quanto Ferrajoli convergem no sentido de reconhecer que o Estado precisa ser limitado. Aquele quer a limitação do Estado pelo Mercado, este pelos Direitos Fundamentais.

Para esse propósito, novos conceitos precisam ser praticados, especialmente no que se refere à soberania estatal. Com urgência, a soberania precisa ser compreendida como limitada, especialmente na esfera interna do Estado. Tal necessidade decorre das constantes ameaças surgidas, notadamente as feitas pelo Mercado, que quer para

41 BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23.

si a posse exclusiva do poder soberano e ilimitado. Somente com o reconhecimento da limitação da soberania a Constituição possibilitará ao Estado fazer frente ao Deus-Mercado. A colocação da Constituição, como garantia condicionante de toda ação estatal, resguarda o Estado de Direito de sua hemorragia, preserva os Direitos Fundamentais e evita a erosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, a Teoria do Garantismo Jurídico apresenta-se como instrumento apto para proteger as estruturas do Estado Democrático de Direito das sornateiras investidas do discurso *law and economics*, em prol de uma soberania constitucionalmente limitada pelas colunas dos Direitos Fundamentais. Pois, enquanto o Estado deve satisfazer as necessidades coletivas, o Mercado busca fortalecer apenas alguns investidores. Os fatos falam por si... O Estado e os indivíduos não podem correr os riscos que são inexoráveis no Mercado e que são fundamentais para o seu funcionamento.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio Urquart. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **JURISPOIESIS - Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DUSSEL, Enrique. **1492, o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Trad. Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Trad. Prefecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et. al.* São Paulo: RT, 2002.

_____. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

FRAGA, César. **Jornal Extra Classe**. Não basta ter direitos: é preciso garantias constitucionais para que eles sejam respeitados. p. 04-06, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.sinpro-rs.org.br/extraclasse/mar10/entrevista.asp>>. Acesso em 16. abr. 2010.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa**: uma perspectiva humana. 7. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social. Trad. Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985.

LÊNIN, Vladimir Ilich. **O imperialismo**: fase superior do capitalismo. 3. ed. São Paulo: Global, 1985.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre Economia e Direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARTIN, Hans Peter; SCHUMANN Harald. **A armadilha da globalização**: o assalto à democracia e ao bem-estar social. 6. ed. São Paulo: Globo, 1999.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Trad. Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Entre a liberdade de contratar e a maximização de riquezas o Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Investidura**. Florianópolis, a. 2, n. IX, dez. 2009, p. 40-55.

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

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1999.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS NA REEDIÇÃO DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS

Raulino Jacó Brüning

Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

Doutor pela UFSC

Eduardo de Carvalho Rêgo

Assessor Jurídico do Ministério Público de Santa Catarina

Mestrando em Direito pela UFSC

SUMÁRIO:

1 Considerações iniciais – 2 O constitucionalismo moderno e a ideia de separação dos Poderes – 3 Conflitos entre os Poderes e a clássica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 4 A distorcida atuação dos legisladores e administradores na prática e o caso do FUMREBOM de Balneário Camboriú – 5 A responsabilização dos agentes políticos na reedição de leis e atos normativos inconstitucionais – 5.1 O cabimento de ação civil pública de improbidade administrativa – 5.2 O cabimento de ação penal por crime de responsabilidade – 6 Considerações finais – Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em nossa atuação diária no Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, não raras vezes nos deparamos com ações diretas de inconstitucionalidade julgadas prejudicadas em virtude da perda de seu objeto, devido à revogação da norma *sub judice*.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 195 - 224	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

É claro que, no transcorrer das ações de inconstitucionalidade, pode haver casos de reforma legislativa, inclusive para corrigir as inconstitucionalidades apontadas pelo autor da ADIn, mas, vez por outra, o que se percebe é que a revogação das normas questionadas perante o Tribunal de Justiça deste Estado vem acompanhada da edição de outras normas com o mesmo conteúdo. Infelizmente, em muitas ocasiões, os agentes políticos apenas modificam formalmente – mas sem alteração material – o conteúdo das leis apontadas como inconstitucionais.

Atentos a isso, em um desses casos de “perda superveniente do objeto da ação”, propusemos ao TJSC que não extinguisse o feito, mas aceitasse o aditamento ao pedido inicial, de modo a possibilitar que o Ministério Público incluísse no objeto da ADIn a novel legislação – nos moldes do que é feito no Supremo Tribunal Federal nos casos de conversão em lei da medida provisória impugnada¹.

O aditamento foi aceito, restando assim ementada a decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DAS LEIS MUNICIPAIS NS. 1.841/1999, 1.943/2000 e 2.632/2006, QUE DISPÕEM SOBRE A SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIOS EM EDIFICAÇÕES E CRIAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DE REEQUIPAMENTO DO CORPO DE BOMBEIROS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO (FUMREBOM). INFORMAÇÃO DO MUNICÍPIO ACERCA DA REVOGAÇÃO EXPRESSA DAS REFERIDAS LEIS PELA EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 001/2008. PEDIDO DE PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO.

ADITAMENTO DA INICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INCLUIR COMO OBJETO DA AÇÃO A NOVA LEI, TAMBÉM CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL. ADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DO REQUERIDO. CONTRADIÇÃO ASSEGURADA. PRECEDENTES DO STF.

“I - Pedido de aditamento da inicial após inclusão em pauta da ação para julgamento final pelo rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. Admissão do aditamento, tendo em vista a irrelevância das alterações promovidas no texto normativo impugnado. II - Admitido o aditamento, necessária é a abertura de prazo para a manifestação dos requeridos. [...]” (Medida Cautelar em ADI n. 3.434-1, Piauí, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23/08/06)

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.²

Resolvida a questão sobre como proceder nos casos de tentativa de burla à jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – uma vez que a decisão proferida pelo Tribunal Pleno nos autos da ADIn 2008.060298-7 parece ter se consolidado naquela Corte de Justiça –, a questão que agora se coloca é outra: são puníveis juridicamente as tentativas de burla às decisões proferidas (ou na iminência de ser proferidas) pelo Poder Judiciário? As edições sucessivas de leis e atos normativos inconstitucionais dão azo ao ajuizamento de ações civis públicas ou, até mesmo, de ações penais contra os membros dos Poderes Executivo e Legislativo?

Em nossa opinião, passados mais de vinte anos da edição da atual Constituição, não restam dúvidas de que o controle concentrado de constitucionalidade está evoluindo, a ponto de já se cogitar a responsabilização dos agentes políticos que legislam dolosamente contra a Constituição.

Vale a pena transcrever trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 3232, no qual ela defende a responsabilização daqueles que praticam “inconstitucionalidades manifestas”:

Há muitos anos, Senhor Presidente, eu escrevia, como professora, que o controle de constitucionalidade haverá de chegar ao momento em que os tribunais e as cortes constitucionais vão ter de trabalhar com a idéia da possibilidade de responsabilização daqueles

2 TJSC, AgR em ADIn 2008.060298-7. Relatora: Des. Marli Mosimann Vargas. Julgamento em 08/01/2010.

que praticam inconstitucionalidades manifestas. Digo manifestas porque, às vezes, há uma ou outra lei em que há até algum espaço para se discutir se ela contrariaria, ou não, a Constituição, e temos tido muitos casos, porém há casos, como este, em que a inconstitucionalidade é manifesta, reiterada, afrontosa, principalmente no caso do agravo à Constituição por parte daquele que, de uma forma muito especial, na condição de cidadão representante do povo, jura cumprir a Constituição, como é o nosso caso, nós todos agentes públicos. Vislumbro o momento em que haverá a necessidade de se imputar a responsabilidade por prática da inconstitucionalidade, tal como está no artigo 85 da Constituição quando diz que é crime de responsabilidade descumprir a Constituição.³

Conforme será demonstrado a seguir, parece finalmente ter chegado o momento de se dar consecução ao art. 85 da Constituição Federal, punindo-se aqueles que legislam intencionalmente contra ela.

2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A IDEIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

O advento das constituições escritas e rígidas foi conquista do constitucionalismo moderno. A origem do movimento, como se sabe, está fortemente ligada à edição das Cartas Magnas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791)⁴.

Mas o final do século XVIII é marcado não somente pela necessidade pura e simples de se produzir constituições escritas e rígidas. É que não bastava criar um documento formalmente constitucional; era preciso respeitar o núcleo do que se entendia devesse ser a “constituição material da nação”.

Sobre esse núcleo duro fundamental, que deve sustentar todas as constituições modernas, o jurista português José Joaquim Gomes

3 STF, ADI 3232-1/TO. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em 14/08/2008.

4 Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

Canotilho comenta:

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.⁵

Por “organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado”, deve-se entender, acima de tudo, a separação dos Poderes⁶. E a ideia de separação dos Poderes é inspirada na obra de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu.

Diz o autor em passagem clássica:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tirânicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 52.

6 Na esteira de Canotilho, é a doutrina de Dirley da Cunha Júnior: “O constitucionalismo moderno, portanto, deve ser visto como uma aspiração a uma Constituição escrita, que assegurasse a separação de Poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio das primeiras formas de Estado. Não é por acaso que as primeiras Constituições do mundo (exceto a norte-americana) trataram de oferecer resposta ao esquema do poder absoluto do monarca, submetendo-o ao controle do parlamento” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 32).

não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse êsses três podêres: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.⁷

Montesquieu talvez tenha sido o primeiro pensador a colocar as coisas de forma clara: uma mesma pessoa, seja ela o Monarca, o Parlamento ou qualquer outro órgão estatal, não pode, sozinho, administrar o Estado, produzir as leis e julgar os litígios que ocorrem no seio da sociedade.

Para utilizar as palavras de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, “ao determinar que à separação funcional estivesse subjacente uma separação orgânica, Montesquieu concebia sua teoria da separação dos poderes como técnica posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder”⁸.

Deixando de lado a discussão acadêmica acerca da impropriedade da utilização da expressão “separação dos Poderes”, o fato é que a obra do Barão de Montesquieu inspirou o entendimento – hoje consolidado no art. 2º da atual Constituição da República Federativa do Brasil – de que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são Poderes independentes e harmônicos entre si.

Sobre a independência e harmonia dos Poderes, eis o comentário de Celso Bastos e Ives Gandra:

Em princípio, estas expressões se contradizem, ao menos se quisermos tomar cada uma delas de forma absoluta. É uma difícil concebermos algo que seja totalmente independente e ao mesmo tempo harmônico. O que se dá, aqui, é a necessidade de se

7 MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 1º Volume. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. p. 181.

8 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 438.

interpretar as expressões de forma relativa.

Assim “independente” significa não subordinado, não sujeito. Significa ainda que se trata de órgão que tem condições de conduzir os seus objetivos de forma autônoma.

De outra parte, a harmonia se impõe pela necessidade de evitar que estes órgãos se desgarrem, uma vez que a atividade última que perseguem, que é o bem público, só pode ser atingida pela conjugação de suas atuações.⁹

Como não poderia deixar de ser, depreende-se facilmente que a função precípua do Poder Executivo é administrar, a do Poder Legislativo é legislar e a do Poder Judiciário é julgar.

Uma atuação integrada e harmônica de cada um dos Poderes levaria, portanto, o Legislativo a produzir leis para que o Executivo administrasse o Estado e o Judiciário resolvesse eventuais conflitos de interesses que não pudessem ser resolvidos na via extrajudicial.

3 CONFLITOS ENTRE OS PODERES E A CLÁSSICA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ocorre que algumas das funções típicas de cada um dos Poderes pressupõem, por força da própria Constituição, o conflito entre eles, como, por exemplo, no caso em que o Poder Legislativo susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, inc. V, da Constituição Federal).

Talvez a mais significativa hipótese de conflito entre os Poderes seja o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, pois, no caso, a atividade do Poder Judiciário pode exigir a invalidação de ato produzido em outro Poder.

Mas não é que o Poder Judiciário esteja acima do Executivo e do

9 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 438.

Legislativo: é a Constituição que está acima de todos os três Poderes.¹⁰ E não se pode esquecer que, no caso da República Federativa do Brasil, ela reservou a última palavra acerca da interpretação constitucional ao Poder Judiciário, a ponto de dar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

De todo modo, existem casos em que os representantes dos outros dois Poderes não se conformam com as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle concentrado de constitucionalidade e editam ato normativo semelhante àquele já declarado (ou na iminência de ser declarado) inconstitucional, promovendo uma verdadeira “queda-de-braço” entre os Poderes.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, dizendo que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* de suas decisões se aplicam apenas ao Poder Executivo e aos outros órgãos do Poder Judiciário, mas não ao Poder Legislativo, senão vejamos:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia *erga omnes*, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inte-

10 Nesse sentido, é interessante perceber que até mesmo os atos emanados do Poder Judiciário devem cair quando em conflito com a Carta Magna. Precedente do STF: **“CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA: REGIMENTO INTERNO: SUBSTITUIÇÃO DE DESEMBARGADOR. Lei Complementar nº 35/79 - LOMAN - art. 118, redação da Lei Complementar nº 54/86. C.F., art. 93, art. 96, I, a. I. - Os Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça podem dispor a respeito da convocação de juízes para substituição de desembargadores, em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a trinta dias, observado o disposto no art. 118 da LOMAN, Lei Complementar 35/79, redação da Lei Complementar 54/86. II. - Norma regimental que estabelece que o substituído indicará o substituto: inconstitucionalidade. III. - ADI julgada precedente, em parte”** (ADI 1481/ES. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 14/05/2004).

ligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.¹¹

De acordo com a clássica jurisprudência do Supremo, a justificativa está no princípio da separação dos Poderes.

Colhe-se do voto condutor da referida decisão:

É clara a Constituição da República no limitar a extensão dos efeitos vinculantes da decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, **aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo** (art. 102, § 2º), enquanto eficácia que deve atribuída, por idênticas razões, à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade, a qual tem igual caráter dúplice: posto que com sinal trocado.

[...]

Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade.

Nem se pode tirar coisa diversa à só previsão da eficácia *erga omnes*. Já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto da exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica à que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade da *res iudi-*

11 STF, Rcl 2617/MG. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em 23/02/2005.

cata, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justificada decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fato de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da *fossilização da Constituição*.

O voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence reforça a tese:

A libertação do legislador sob esse prisma é positiva, pois viabiliza reabrir o debate constitucional, sobretudo quando o Supremo declara a lei inconstitucional; se a declara constitucional, como ele, STJ, não está vinculado, pode-se reabrir a discussão perante o Supremo Tribunal Federal mesmo.

[...]

Na verdade, a revisão da declaração de inconstitucionalização, à vista de normas infraconstitucionais posteriores que substancialmente nela reincidem, é positiva porque se distingue dos descaminhos do simples desaforo contra a declaração assentada e permite reabrir a discussão, à vista de normas posteriores que traduzem outro contexto, histórico ou político e que podem induzir à mutação informal da Constituição.

Por fim, é interessante trazer à colação também o voto do Ministro Marco Aurélio:

Senhora Presidenta, a observação que faço é outra. É inimaginável que, sem mudança do parâmetro constitucional, venha-se a editar uma lei, repetindo-se diploma declarado conflitante com a Carta pela mais

alta Corte do País. Mas esse é um problema cultural.

Não temos como estender a eficácia vinculante ao Poder Legislativo, porque não há norma, nesse sentido, na própria Constituição Federal.

Da análise conjugada dos três votos supracitados, podem-se extrair algumas conclusões: **a)** não há na Constituição Federal nenhuma norma garantindo que as decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade vinculam a atividade do Poder Legislativo (CEZAR PELUSO, MARCO AURÉLIO); **b)** é salutar que assim o seja, por conta do princípio da separação dos Poderes (CEZAR PELUSO, SEPÚLVEDA PERTENCE); **c)** em virtude de eventuais mutações constitucionais, é interessante deixar ao arbítrio do Poder Legislativo a edição futura de norma semelhante à declarada inconstitucional a fim de promover nova discussão acerca da sua constitucionalidade perante a mais alta Corte do País (CEZAR PELUSO E SEPÚLVEDA PERTENCE); e **d)** não é razoável cogitar que os membros do Poder Legislativo, dada a sua elevada cultura, editarão normas semelhantes às já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (MARCO AURÉLIO).

4 A DISTORCIDA ATUAÇÃO DOS LEGISLADORES E ADMINISTRADORES NA PRÁTICA E O CASO DO FUMREBOM DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Em que pese a judiciosa argumentação dos ilustres ministros do Supremo, a realidade fática, hoje em dia, pode ser outra.

Aqui em Santa Catarina temos nos deparado com situações extremas e que revelam, em alguns casos, evidente má-fé na produção legislativa. Alguns Municípios catarinenses, ao se depararem com decisões (cautelares ou de mérito) a ele desfavoráveis em sede de ação direta de inconstitucionalidade, editam norma igual ou semelhante, muitas vezes ainda no curso da própria ADIn – neste último caso com o único objetivo de fazer com que a ação seja julgada sem resolução do mérito, em razão da perda do objeto. É um modo de impedir, inclusive, que o Poder Judiciário se manifeste acerca da questão.

Parece, salvo melhor juízo, que as premissas fixadas na Reclama-

ção n. 2617/MG, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, não se aplicam a situações como essas, pois a lógica dos casos é totalmente diversa. No caso de Minas Gerais, e de outros semelhantes apreciados pelo Supremo, o que se pretendia evitar era que o Supremo inviabilizasse a atividade precípua do Poder Legislativo. No caso catarinense, é o Poder Legislativo muitas vezes que está impedindo o Poder Judiciário de se manifestar acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e de forma propositada. Em suma, inverteu-se a ofensa à separação dos Poderes.

A título de exemplo, convém citar algumas ADIns que foram recentemente extintas sem julgamento de mérito, por perda do objeto: 2008.070312-4, de Urussanga; 2008.032605-6, de Tubarão; 2007.047010-5, da Capital; 2007.025938-1, de Blumenau; e 2006.007371-9, de Balneário Camboriú.

A lista é infundável e não convém, por essa razão, analisar individualmente todos os processos que estão na mesma situação. Entretanto, vale a pena detalhar o caso mais recente, por ser emblemático, que é o da ADIn n. 2008.060298-7, de Balneário Camboriú.

Em 30 de setembro de 2008, foi protocolada no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a ação direta de inconstitucionalidade n. 2008.060298-7, contra três leis que versavam sobre o Fundo Municipal de Reequipamento do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina sediado no Município de Balneário Camboriú.

A Desembargadora Relatora, seguindo remansosa jurisprudência do TJSC, deferiu monocraticamente a medida cautelar, já em 7 de outubro de 2008, assentando que o Município não poderia instituir Fundo em benefício de órgão subordinado ao Governador do Estado e, muito menos, cobrar taxa em virtude do serviço prestado pelo Corpo de Bombeiros.

Nas suas informações, a Procuradoria-Geral do Município demonstrou toda a sua irrisignação em relação à decisão monocrática. Pugnou que o Tribunal Pleno não referendasse a medida cautelar e deu a entender que não cumpriria a eventual decisão cautelar até o julgamento definitivo da causa pelo STF.

Pois bem, confirmada a medida cautelar pelo Plenário do TJSC¹², veio a Procuradoria-Geral do Município aos autos para informar a perda do objeto da ação, por conta da edição da Lei Complementar Municipal n. 001/2008, que repete, na íntegra, todas as irregularidades constantes nas leis já suspensas.

A má-fé e o desrespeito com o Poder Judiciário – e para com o próprio Ministério Público que ajuizou a ação – é flagrante. Parece óbvio que o Poder Legislativo de Balneário Camboriú (a exemplo de tantos outros) avocou para si a função de decidir em última instância sobre a compatibilidade ou não de normas infraconstitucionais em relação à Constituição, obstaculizando o julgamento da demanda pelo próprio Poder Judiciário.

O princípio da separação dos Poderes, como visto, foi inserido em todas as Constituições que pretendem ter validade jurídica justamente para evitar situações como essa.

Ademais, parece bastante questionável legitimar tal prática com base no princípio da separação dos Poderes. Indaga-se: o referido princípio, nascido sobretudo como garantia à sociedade, autoriza o Poder Legislativo a desrespeitar ou desautorizar decisões judiciais? A resposta, com todo o respeito, só pode ser negativa.

5 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS NA REEDIÇÃO DE LEIS E ATOS NORMATIVOS INCONSTITUCIONAIS

12 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEIS MUNICIPAIS NS. 1.841/1999, 1.943/2000 e 2.632/2006 DISPONDO SOBRE A SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIOS EM EDIFICAÇÕES E CRIAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DE REEQUIPAMENTO DO CORPO DE BOMBEIROS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO (FUMREBOM) - ÓRGÃO INTEGRANTE DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA ESTADUAL (ART. 108 DA CE) - ATUAÇÃO INVASIVA DO MUNICÍPIO - CRIAÇÃO DE TAXAS PARA SUBSIDIAR AS ATIVIDADES DO CORPO DE BOMBEIROS - COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E TRIBUTÁRIA VIOLADA - ATRIBUIÇÃO PRIVATIVA DO ESTADO QUANDO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA - *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* VERIFICADOS - MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA.

Verificada a plausibilidade jurídica e a aparência de possível inconstitucionalidade, viável a concessão da medida liminar, justificada pela iminência de dano irreversível aos contribuintes caso não suspensa as Leis Municipais até a apreciação definitiva da causa”. (Julgamento em 08/01/2009).

Se os integrantes do Poder Legislativo ou do Executivo agem de má-fé, independentemente do motivo, eles devem ser refreados, coibidos e, até mesmo, punidos.

Os administrativistas mais modernos aceitam a responsabilização dos autores de leis inconstitucionais.

Doutrina José dos Santos Carvalho Filho:

Quando se assenta a premissa de que a soberania do Estado permite àqueles que representam a sociedade a edição de atos legislativos, a suposição é a de que tais atos devem guardar compatibilidade com a Constituição. Significa dizer que ao poder jurídico e político de criação de leis, o Estado, por seus agentes parlamentares, tem o dever de respeitar os parâmetros constitucionais. Por isso, assim como se pode afirmar ser lícita a edição regular de leis, pode também asseverar-se que é ilícito criar lei em desconhecimento com a Constituição.

Desse modo, é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete atuação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a sua responsabilidade civil. Como já acentuou autorizada doutrina, a noção de lei inconstitucional corresponde à de **ato ilícito**, provocando o dever de ressarcir os danos patrimoniais dele decorrentes.¹³

O próprio autor indica precedente do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido: é o Recurso Extraordinário n. 158.962, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Com efeito, a conclusão a que se chega é que não é lícito ao legislador editar leis inconstitucionais, devendo ser responsabilizado toda vez que restar evidenciada a burla, a improbidade, etc.

E o próprio Supremo Tribunal Federal parece já estar revendo o posicionamento esposado na Reclamação n. 2617, anteriormente anali-

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. p. 543.

sada. Com efeito, no julgamento da ADI 3232, que tinha por objeto um Decreto Estadual de Tocantins que criou um sem número de cargos públicos, fixando-lhes, inclusive, as respectivas denominações, competências e remunerações, o Supremo Tribunal Federal se deparou com o que o eminente Ministro Carlos Ayres Britto chamou de “inconstitucionalidade enlouquecida e desvairada”.

Eis a ementa do julgado:

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, “a”, e 84, inc. VI, “a”, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução.¹⁴

Mas, não satisfeitos com a decisão proferida no ano de 2008, os agentes políticos do Estado de Tocantins editaram outras normas semelhantes a fim de esvaziar a decisão proferida pelo Supremo.

Está tudo bem explicado na petição inicial da ADI 4125, de autoria do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB:

14 STF, ADI 3232-1/TO. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em 14/08/2008.

Nos últimos anos, precisamente desde janeiro de 2003, o Governador do estado do Tocantins – **Marcelo de Carvalho Miranda** – editou **mais de 30 decretos**, por meio dos quais **criou e extinguiu milhares** de cargos em comissão e, em alguns casos, definiu atribuições e fixou remunerações, com base no artigo 5º da Lei nº 1.124, de 1º de fevereiro de 2000.

Tais cargos passaram a ser distribuídos entre apadrinhados e apaniguados políticos do Governador Marcelo Miranda (**PMDB**), especialmente a lideranças políticas, familiares de políticos, ex-políticos (ex-vereadores, ex-deputados, ex-prefeitos, etc) e a pessoas a esses vinculadas.

Formou-se, com essa estratégia política-eleitoreira, um verdadeiro exército com mais de **35 Mil “Cargos Eleitorais Oficiais”**, ou seja, uma multidão de **“fantasmas comissionados”** que recebe do Estado do Tocantins, mas, na verdade, trabalha em prol das candidaturas do grupo político do Governador Marcelo Miranda.

Tais fatos justificaram a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade (**ADIns**) números 3232, 3983 e 3990, relatadas pelo **MIN. CEZAR PELUSO**. No dia 7 de agosto de 2008, essas **ADIns** foram incluídas na pauta de julgamento do dia 13 de agosto de 2008 (quarta-feira).

No dia 7 de agosto, porém, ao tomar conhecimento da inclusão em pauta das **ADIns** referidas, e buscando instrumentalizar uma **fraude à jurisdição** do Supremo Tribunal Federal, o Governador Marcelo Miranda encaminhou à Assembléia Legislativa um **projeto de lei**, que foi aprovado no mesmo dia em **ritmo de urgência**. No dia seguinte, 8 de agosto, foi publicada a Lei nº 1.950, de 7 de agosto de 2008, com a qual criou **35.419 cargos comissionados**.

Ressalte-se que com suas práticas espúrias e antidemocráticas, o Governador do Tocantins vem conquistando, facilmente, os votos que necessita para aprovar seus projetos na Assembléia Legislativa, por

mais absurdos e inconstitucionais que sejam.

Curiosamente, o inciso II do art. 7º da Lei 1.950/08 **manteve todos os ocupantes** dos cargos comissionados, registre-se, nomeados inconstitucionalmente pelo Governador Marcelo Miranda:

“Art. 7º São mantidos os atuais ocupantes:

(...)

II – dos cargos em comissão de que trata o art. 6º desta Lei.”

Não bastasse, o art. 10 da Lei 1.950/2008 revogou a Lei 1.124/00, buscando, com essa **iniciativa sorrateira e subreptícia**, a prejudicialidade e perda de objeto das ADIns 3232, 3983 e 3990. Tanto foi assim, que no primeiro dia útil seguinte à publicação da Lei nº 1.950/2008, terça-feira, dia 12 de agosto, uma vez que segunda-feira foi feriado no Judiciário, o Governador do Estado do Tocantins requereu a declaração da **prejudicialidade** das ADIns citadas (**Leia-se:** ADIn 3232, fls. 86-128; ADIn 3983, fls. 1270-1312, e ADIn 3990, fl. 365-408).

No dia 14 de agosto, ao julgar as ADIns 3232, 3983 e 3990, essa Suprema Corte, por unanimidade, afastou a prejudicialidade suscitada pelo Governador Marcelo Miranda, e decretou, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 1.124/00, bem como de todos os decretos do Governador desse Estado que, com o propósito de regulamentar aquela norma, criaram cargos públicos comissionados, bem como lhes fixaram denominações, atribuições e remunerações.

Em 15 de agosto (sexta-feira), um dia após o julgamento das ADIns por esse Excelso Pretório, o Governador Marcelo Miranda editou a Medida Provisória nº 386, revogando, entre outros, o art. 7º da Lei 1.950/2008. Nesse mesmo dia, Sua Excelência editou o **Ato nº 2.871-Ex**, e exonerou todos os então ocupantes de **cargos comissionados** da estrutura básica do Poder Executivo:

“ATO Nº 2.871-EX.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO TOCANTINS, no uso de atribuições que lhe confere o art. 40, incisos X e XI, da Constituição do Estado, resolve,

CONSIDERANDO

A decisão do Supremo Tribunal Federal que decretou, com efeito retroativo (*ex tunc*), a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 1.124, de 1º de fevereiro de 2000, resultantes das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3232, apresentada pela Procuradoria-Geral da República, e 3.983 e 3.990, movidas pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

EXONERAR

a partir de 15 de agosto de 2008, os atuais ocupantes de todos os cargos de natureza especiais e os cargos em comissão da estrutura básica do Poder Executivo, inclusive os de Funções Gratificadas.

Palácio Araguaia, em Palmas, aos 15 dias do mês de agosto de 2008; 187º da Independência, 120º da República e 20º do Estado.

Marcelo de Carvalho Miranda

Governador do Estado

No mesmo dia 15 de agosto, o Governador Marcelo Miranda, com base na Lei 1.950/08, **nomeou**, mais uma vez, **todos aqueles** que ocupavam os cargos comissionados declarados inconstitucionais pela Suprema Corte, e, conseqüentemente, nulos. **Em suma:** em segundos, Sua Excelência **exonerou e renomeou milhares** de servidores comissionados, conseguindo “cumprir” e **afrontar** – a um só tempo – a decisão da Suprema Corte proferida há menos de 24 horas. **Ou seja, a mesma caneta que fez o certo, fez também o mal e o errado.**

Na decisão da ADI 4125, além de declarar a inconstitucionalidade das novas normas, o STF resolveu encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público para que fosse averiguada a ocorrência ou não de crime de responsabilidade.

Consta do Boletim Informativo do dia 10 de junho de 2010, veiculado pelo STF via *internet*:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu, na tarde desta quinta-feira (10), o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4125 e considerou inconstitucional a Lei tocaninense 1.950/2008, que criou cerca de 35 mil cargos comissionados. Os ministros decidiram, ainda, conceder ao estado de Tocantins o prazo de 12 meses para substituir todos os servidores comissionados por servidores aprovados em concursos públicos.

O julgamento teve início na tarde de ontem, quando a relatora do caso, ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, reconheceu a inconstitucionalidade da norma questionada, e propôs que fosse estipulado um prazo para que o estado se adequasse à Constituição Federal, provendo os cargos com aprovados em concurso público, para que a administração pública estadual não sofresse solução de descontinuidade.

Na sequência do julgamento nesta quinta, todos os ministros acompanharam a relatora quanto à inconstitucionalidade da norma. Também foi unânime, entre os ministros presentes, o entendimento de que foi afrontosa a atitude do governador cassado de Tocantins, Marcelo Miranda, que, segundo os ministros, editou essa lei em agosto de 2008 com o claro intuito de substituir normas semelhantes que o STF tinha acabado de declarar inconstitucionais no julgamento das ADIs 3232, 3983 e 3990 (veja matéria abaixo). Para o ministro Celso de Mello, o ato de Miranda seria uma verdadeira transgressão, que poderia até mesmo caracterizar crime de responsabilidade. Trata-se de um caso patológico, concluiu o ministro ao acompanhar o voto da relatora.

[...]

Comunicação

Além de declarar a inconstitucionalidade da norma e dar o prazo de 12 meses para o estado realizar concurso público para substituir os comissionados, os

ministros concordaram em comunicar a decisão, oficialmente, ao Ministério Público (MP) estadual e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), para que essas instituições possam atuar de forma incisiva para coibir atos dessa natureza, agindo na defesa destes princípios fundamentais, nas palavras do ministro Gilmar Mendes.

Parece, então, que a Suprema Corte do Brasil reviu o seu posicionamento inicial, admitindo já a responsabilização dos agentes políticos na sucessiva edição de leis e atos normativos inconstitucionais.

5.1 O CABIMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O desrespeito a decisões judiciais proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade dá ensejo ao ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa, consubstanciada na ofensa direta ao art. 11, inc. II, da Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992. *Verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Com efeito, não se pode negar que o cumprimento de decisões judiciais é ato de ofício do Administrador Público, conforme, aliás, pode-se depreender da doutrina de Marino Pazzaglini Filho:

O inciso II cuida da **prevaricação administrativa consistente em retardar ou omitir ato de ofício sem justificativa legal.**

Na hipótese de “retardar”, o agente público causa injustificada protelação, adiamento ou demora na prática de ato funcional de sua competência, omi-

tindo sua execução no prazo estabelecido em lei ou em tempo hábil.

No caso de “deixar de praticar”, o administrador omite ato de ofício devido.

Enquanto naquela a intenção do agente público prevaricador é de tornar tardia, serôdia, sua realização, neste, é de não realizá-lo.

Comete o ato de improbidade administrativa em exame, *v.g.*, o agente público que, voluntária e desonestamente, recusa dar cumprimento a decisão judicial; deixa de embargar obra clandestina; retarde o atendimento de pessoa doente; protraí ou omite a instauração de procedimento disciplinar contra funcionário subalterno infrator; procrastina a lavratura de óbito ou nascimento; demora exageradamente no atendimento de ocorrência policial.¹⁵

A jurisprudência não destoa:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTES POLÍTICOS - DECISÃO JUDICIAL - DESCUMPRIMENTO - APLICAÇÃO DE PENALIDADE - MULTA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 11, II, DA LEI Nº 8.429/92 E DO ART. 14, “CAPUT”, DO CPC. Todo agente público, dentre eles, por óbvio, os agentes políticos, tem o dever de observar os princípios da legalidade e da moralidade, de modo que, ao deixar de cumprir uma decisão judicial estará incorrendo na conduta típica descrita pelo artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92. Dentre as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 10.358/2001, encontra-se aquela ocorrida na redação do “caput” do artigo 14 do CPC, com o acréscimo de um inciso e do parágrafo único, que visou reforçar a ética no processo, além, é claro, de preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico-processual brasileiro, que antes não previa expressamente a possibilidade de se impor multa diretamente ao responsável pelo

15 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 103.

não cumprimento das decisões judiciais.¹⁶

O voto vencedor do Desembargador Antônio Hélio Silva assim consignou:

Peço vênia ao eminente Desembargador Relator, para dele discordar quanto ao mérito, segundo as razões expostas em seguida.

Segundo o disposto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente ato de ofício.” (grifos nossos)

Dentre as aplicações do inciso II, dúvida não resta de que está compreendido o descumprimento de ordem judicial, dentre outros procedimentos.

Logo, vê-se que todo agente público, dentre eles, por óbvio, os agentes políticos, tem o dever de observar os princípios da legalidade e da moralidade, de modo que, ao deixar de cumprir uma decisão judicial estará incorrendo na conduta típica descrita pelo artigo 11, II, da Lei n. 8.429/92.

De se ressaltar que o descumprimento de determinação judicial, além de ocasionar flagrante prejuízo à parte favorecida pela decisão, impõe um imenso desgaste à imagem do Poder Judiciário, haja vista o descrédito gerado junto à sociedade.

Frise-se, por outro lado, que dentre as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei n. 10.358/2001, encontra-se aquela ocorrida na redação do “caput” do artigo 14 do CPC, com o acréscimo de um inciso e do parágrafo único.

16 TJMG, Processo n. 1.0713.06.062084-4/001(1). Relator: Des. Mauro Soares de Freitas. Julgamento em 17/07/2008.

Referida modificação visou reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem nortear o desenvolvimento do contraditório, além, é claro, de preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico-processual brasileiro, que antes não previa expressamente a possibilidade de se impor sanção pecuniária diretamente ao responsável pelo não cumprimento das decisões judiciais.

Na espécie, colhe-se, com segurança, dos depoimentos de fls. 62/65, que o apelante descumpriu a obrigação que lhe foi imposta em anterior ação civil pública (processo n. 0713.04.43956-2), consubstanciada na entrega de prótese auditiva e na disponibilização de profissional para acompanhamento do tratamento e reabilitação da menor Tâmara Silva Fernandes (fls. 09/15), sendo de se salientar inclusive que o psicólogo contratado pelo Município deixa claro “que não teve conhecimento da decisão judicial e a providência que adotou foi decorrente de seu profissionalismo, acionando uma entidade de São Paulo que atende pessoas com deficiência auditiva; em nenhum momento, seja com o atual mandatário, seja com o anterior, recebeu determinação específica para cuidar do caso de Tâmara; somente hoje, através do secretário de saúde, tomou conhecimento de que havia ordem judicial expressa para resolver o problema de Tâmara”.

Assim, considerando que restou comprovado o descumprimento de decisão judicial pelo apelante, temos que imprescindível a sua responsabilização pelos procedimentos desidiosos, sendo de se ressaltar que o magistrado inclusive agiu com muita cautela ao aplicar a penalidade, haja vista que considerou desarrazoado suspender os direitos políticos e decretar a perda da função pública do apelante, ao argumento de que não houve dano ao erário e proveito patrimonial, impondo-lhe apenas o pagamento de multa civil em quantia equivalente a cinco vezes o valor do subsídio referente ao cargo por ele ocupado.

A alegação do apelante, em sustentação oral, refe-

rente à juntada de declaração do pai, dispensando-o do fornecimento da prótese, não tem o condão de isentá-lo da sua responsabilidade, por não ter o pai capacidade técnica de avaliar a questão.

Por essas razões, e pedindo vênua novamente ao eminente Desembargador Relator, É DE SE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas na forma da lei.

O supracitado voto foi acompanhado pela eminente Desembargadora Maria Elza:

No mérito, divirjo do relator, para acompanhar o posicionamento do revisor, visto que o descumprimento, injustificado, de decisão judicial constitui ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11, inciso II da Lei n. 8.429/92.

Conforme afirmou o douto revisor, Desembargador Antônio Hélio Silva, “o descumprimento de determinação judicial, além de ocasionar flagrante prejuízo à parte favorecida pela decisão, impõe um imenso desgaste à imagem do Poder Judiciário, haja vista o descrédito gerado junto à sociedade.”

Assim, aderindo integralmente aos fundamentos do voto do revisor, nego provimento ao recurso.

Dessarte, tanto os Vereadores, que legislam, quanto o Prefeito, que dá execução à lei, cometem ato de improbidade administrativa quando agem contrariamente ao determinado pelo Poder Judiciário.

5.2 O CABIMENTO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE RESPONSABILIDADE

Além da improbidade, pode haver também, conforme o caso, configuração até mesmo de crime, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* n. 84.664/SP:

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO

DE ORDEM JUDICIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A configuração do delito de desobediência exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento.

2. Comprovada a notificação pessoal do paciente acerca da decisão do Tribunal de Justiça, o seu descumprimento caracteriza, em tese, o crime de desobediência, podendo justificar sua prisão em flagrante.

3. Ordem denegada.¹⁷

Colhe-se do voto do eminente relator:

Com efeito, a ordem judicial que teria sido descumprida pelo Prefeito de Barrinha foi a que, em sede de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, determinou tão-somente a suspensão, com efeito não-retroativo, da eficácia da Lei 1.925/06, que afrontaria o disposto no art. 96, I, II, III, IV e V, da Lei Orgânica Municipal e nos arts. 29-A e 168, ambos da Constituição Federal, pois a retenção de parte do duodécimo acarretou perda da independência financeira da Câmara Municipal de Barrinha/SP. Em razão do descumprimento da ordem, foi requisitada à autoridade policial do referido Município a prisão em flagrante delito do paciente, na forma dos arts. 304 e seguintes do Código de Processo Penal, ou, ainda, o arbitramento de fiança, nos termos dos arts. 322, caput, e 325, a, § 1º, II e § 2º, II, ambos do mesmo Codex, visto que reconhecido o paciente como sujeito ativo de crime de desobediência.

O Tribunal de Justiça do Estado, acertadamente, negou provimento ao agravo regimental interposto pela defesa, ao fundamento, de que, em suma (fl. 398):

... o Alcaide agravante não se submeteu à decisão judicial, a despeito de ser notificado, por fac-símile, pela Secretaria do Tribunal de Justiça (certidão de fls.

17 STJ, HC 84.664/SP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 08/09/2009.

198), intimado, por advogado constituído (fls. 174), mediante publicação no Diário Oficial da Justiça (certidão de fls. 199, *in fine*), informado, por fac-símile, pelo Presidente da Câmara Municipal (cópias reprográficas de fls. 219/220), notificado, pessoalmente, por Oficial de Justiça (cópias da certidão a fls. 239 e 272) e advertido de que estava praticando o crime de desobediência (fls. 246/247), como admite em petição juntada nos autos (fls. 262/266).

Daí por que o Prefeito Municipal de Barrinha, Said Ibrahim Salen, tornou-se sujeito ativo do crime de desobediência a ordem legal (CP, art. 330), sujeitando-se a prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito (CPP, arts. 302, inc. I, e 303).

Dessa forma, deve subsistir o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, pela ausência de constrangimento ilegal, haja vista a configuração do delito de desobediência, que exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica no caso de seu descumprimento.

Ante o exposto, denego a ordem.

É evidente que o Chefe do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo são responsáveis pelos atos que praticam e, conseqüentemente, devem obediência às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Em outras palavras: cumprir decisões judiciais não é uma opção, mas uma obrigação, independentemente da função ou cargo do agente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro parte da premissa de que as decisões proferidas pela Corte Constitucional possuem efeitos próprios. Como bem ressalta Luís Roberto Barroso, “A doutrina costuma referir-se a eles, após a edição da Lei n. 9.868/99, como sendo, em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*),

repristinatórios e vinculantes”¹⁸.

Ao comentar acerca do controle de constitucionalidade em âmbito estadual, Noel Tavares destaca:

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, terá efeitos retroativos (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*). O ato inconstitucional é desfeito desde sua origem, razão pela qual não pode produzir qualquer eficácia jurídica. Inclusive os atos pretéritos praticados são desamparados, inibindo a possibilidade da invocação de qualquer direito com base na norma inconstitucional.¹⁹

Em tese, dessarte, a simples decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade deveria provocar a tomada de providências por parte dos agentes políticos responsáveis, ainda mais quando os julgadores fazem constar expressamente no acórdão alguma ordem aos agentes políticos.

A título de exemplo, na ADIn 2002.020438-8, de Blumenau, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 5.824/2001, que permitia a exploração do transporte coletivo urbano de passageiros sem a realização de prévia licitação, concedendo, ao final, seis meses, a partir da publicação do acórdão, para a realização do respectivo procedimento licitatório:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
- MUNICÍPIO - EXPLORAÇÃO DO TRANSPORTE
COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS - LEI N.
5.824, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2001 - OFENSA AO
ART. 137, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO
DE SANTA CATARINA, E TAMBÉM DOS PRINCÍ-
PIOS DA IMPESSOALIDADE E LIVRE CONCOR-
RÊNCIA - NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO EM PERMISSÃO - PRELIMINARES,
POR MAIORIA, REJEITADAS - PROCEDÊNCIA,
POR MAIORIA, DO PLEITO VESTIBULAR. [...]

18 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

19 TAVARES, Noel. **Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. p. 53.

Dispondo o diploma impugnado no art. 1º que “fica o Poder Executivo autorizado a prorrogar, por mais dez (10), o prazo das Permissões para exploração do serviço de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros neste Município, outorgadas em 23 de dezembro de 1992, à Empresa Nossa Senhora da Glória Limitada, Coletivo Rodovel Limitada e Viação Verde Vale Limitada, de acordo com a Lei Municipal n. 4.120, de 18 de novembro de 1992, e o Edital de Concorrência Pública n. 03-001/92”, enquanto no art. 2º que “a prorrogação autorizada por esta Lei será formalizada através de Termo Aditivo, mantidas as atuais condições da outorga”. Há ofensa ao art. 137, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, diante da transgressão dessa norma fundamental, e também dos princípios da impessoalidade e livre concorrência.

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.020438-8, da comarca de Blumenau, em que é requerente o Representante do Ministério Público, e requeridos o Município de Blumenau e o Presidente da Câmara de Vereadores de Blumenau:

ACORDAM, em **Tribunal Pleno**, por maioria, rejeitar as preliminares suscitadas, e também por maioria, declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 5.824, de 27 de dezembro de 2001, do município de Blumenau, por ofensa ao art. 137, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, e também dos princípios da impessoalidade e livre concorrência. **Ex vi do art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, concede-se o prazo de 06 (seis) meses, a partir da publicação deste acórdão, para a realização do respectivo procedimento licitatório** [grifo acrescido]²⁰.

É claro, então, que, passados os seis meses sem o cumprimento da decisão judicial supracitada, a autoridade responsável pela realização

20 TJSC, ADIn 2002.020438-8. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. Julgamento em 18/10/2006.

da licitação deveria ser responsabilizada pela omissão, pois a odiosa resistência por parte dos agentes políticos ao cumprimento de decisões proferidas em sede de ADIn é incompatível com o estado democrático de direito.

Além disso, também a edição de leis ou atos normativos semelhantes àqueles já declarados inconstitucionais no controle concentrado de constitucionalidade deve ser punida, até porque, em muitos casos, os Entes federativos vêm legislando contra a jurisprudência assentada dos Tribunais.

No caso do FUMREBOM de Balneário Camboriú, anteriormente analisado neste estudo, as autoridades municipais não esperaram sequer o julgamento final da ADIn para editar norma com o mesmo teor daquela suspensa cautelarmente. A má-fé do Prefeito e dos Vereadores, no caso, parece flagrante e nem era necessário sequer aguardar a declaração de inconstitucionalidade da nova norma para que fosse cabível contra eles ação civil pública de improbidade administrativa e ação penal por crime de responsabilidade.

É lastimável constatar que, atualmente, o descumprimento de decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade foi banalizado. Mas, por outro lado, serve de alento o fato de os Tribunais pátrios estarem admitindo, cada vez de forma mais contundente, a responsabilização daqueles que legislam contra a Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 1º Volume. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

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

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TAVARES, Noel. **Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005.

PASSADO SUJO NÃO DÁ FUTURO. VOTE LIMPO.

Affonso Ghizzo Neto

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre pela UFSC*

O ANALFABETO POLÍTICO

“O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala, nem participa dos acontecimentos políticos. Ele não sabe o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, do sapato e do remédio; depende das decisões políticas.

O analfabeto político é tão burro que se orgulha e estufa o peito dizendo que odeia a política. Não sabe o imbecil que, da sua ignorância política, nasce a prostituta, o menor abandonado, e o pior de todos os bandidos, que é o político vigarista, pilantra, corrupto e lacaio das empresas nacionais e multinacionais.” (Bertold Brecht)

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção no Brasil e suas consequências nefastas para o Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos a partir da própria sociedade brasileira. Diversamente de sociedades politicamente organizadas, estruturadas pela racionalização da ação política e administrativa – com mecanismos de controle eficientes e capazes

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 225 - 242	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

de impor punição exemplar aos infratores –, no Brasil os mecanismos legais de fiscalização e de controle não se prestam efetivamente aos objetivos oficiais a que se destinam, servindo como mera formalidade para justificar práticas corruptas institucionalizadas.

O entendimento da realidade nacional passa necessariamente pela compreensão das origens da formação da ética nacional, sendo indispensável a análise das raízes mais profundas do fenômeno da corrupção, não só para compreensão, como para a solução do próprio problema.

Movimentos sociais, revoluções deflagradas, reformas administrativas e processos eleitorais são levados a efeito, todos sem resultados efetivos no combate ao fenômeno da corrupção nacional, restando sólida a mentalidade e os métodos de condução da coisa pública. Ao que parece, cada vez mais se apresenta um grande volume de valores morais negativos, seja no trato da coisa pública, ou no da propriedade privada, adquirindo a corrupção formas mais sofisticadas e planejadas conforme as necessidades apresentadas a cada tempo. Como destaca Zancanaro,

Grande número de novos dirigentes políticos e muitos de seus auxiliares – alheios aos princípios éticos propalados em discurso de campanha eleitoral – têm-se portado, junto aos órgãos diretivos e às funções públicas, como se estivessem administrando seus negócios privados.

As eventuais medidas corretivas que têm sido postas em prática pelas autoridades judiciárias, objetivando coibir abusos, têm atingido mormente administradores e agentes da vida pública de menor peso e importância, acarretando, com o passar do tempo, um significativo e crescente descrédito na qualidade moral dos homens públicos e no valor das leis e das instituições políticas. Não se percebeu ainda por parte das lideranças políticas, supostamente saudáveis e esclarecidas e da própria sociedade como um todo, um real interesse em instaurar mecanismos eficientes de controle da ação político-administrativa, com vistas à superação do estigma da corrupção. Tais constatações favorecem à conclusão de que o

problema da corrupção no Brasil possui um caráter estrutural e não conjuntural.

Como combater, pois, uma moléstia, se percebemos apenas difusamente os seus sintomas? Parece óbvio que atacar os efeitos da corrupção, ignorando suas raízes mais profundas, seria o mesmo que abandonar os recursos da medicina preventiva para dedicar-se à abertura de nosocômios. Em breve, toda sociedade estará doente.¹

A não percepção social do avesso da realidade nacional, a hipocrisia generalizada e o desconhecimento da história e das próprias origens (a invenção e a colonização do Brasil), bem como a ausência de uma reflexão consciente do sujeito pensante, não permitem a compreensão do fenômeno da corrupção na sua integral composição.

A corrupção nacional é decorrência da moral predatória caracteristicamente dominante no Estado patrimonial, que, conscientemente ou não, formatou um conjunto de padrões sociopolíticos de comportamento ético adverso às formas racionais mais modernas de trato da *res* pública. Tal comportamento, hábitos e costumes restaram cristalizados na mentalidade do homem português, orientada pelo pouco apego à lei, o uso pessoal do erário, a valorização da ineficiência, a aversão ao trabalho produtivo, o gosto pela ociosidade, a falta de regramento e disciplina, bem como a banalização da corrupção e da impunidade.

Nesse contexto, cumpre reafirmar a importância de mobilizações sociais com a campanha “Ficha Limpa” e o projeto “O que você tem a ver com a corrupção?”, a partir do papel instrumental da educação na formação de uma nova consciência cidadã, voltada contra qualquer espécie de governo déspota, arbitrário e corrupto. Em resumo, o que se propõe no artigo – muito mais do que determinar teorias e fórmulas acabadas – é instigar o espírito crítico do leitor, tendo como ponto de partida a seguinte indagação: o que todos nós temos a ver com as eleições?

1 ZANCANARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.8.

2 A CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA

Não há como negar o fato de que o passado histórico de um povo ou uma nação, suas criações culturais, hábitos e costumes, enfim, seus acontecimentos experimentais, não se originam do vácuo inexistente, da criação divina ou do mero acaso. Cada acontecimento cultural tem sua existência determinada por outros acontecimentos culturais.

Assim sendo, é a partir de valores já existentes que a humanidade recria a história, impondo novos padrões éticos e posturas morais. A ética é, pois, relacional, apresentando uma readequação social constante. Seu caráter instável e renovável possibilita a evolução ou o retrocesso do processo histórico. Representamos nossos exemplos e nossas vivências, construindo, através de ações, o resultado social prático que hoje se apresenta.

A história do indivíduo só pode ser compreendida integralmente dentro do contexto social da experiência coletiva e histórica. Para Pinharanda Gomes, cultura é a *“herança tradicional e multiforme, constantemente atualizada, mediante a opção por sucedâneos e por novas ou até aí ignoradas fórmulas de vida.”*² Os valores morais e éticos, assim como a cultura, só podem ser realizados através da própria existência, ou seja, a partir das experiências atuais e históricas da humanidade.

Nesse sentido, sendo o fenômeno da corrupção essencialmente cultural, há que se constar a herança de valores e antivalores que formataram o caráter, a índole e a identidade do brasileiro. Zancanaro, ao ressaltar a relevância da influência dos valores e antivalores da cultura política lusitana na formação da ética política nacional, afirma:

A corrupção político-administrativa desponta como um fenômeno detectado na cultura política de Portugal por expoentes do pensamento e da cultura lusitana do quilate de um Alexandre Herculano, Antero de Quental, Marcelo Caetano, Manoel Gonçalves Cerejeira, Lúcio de Azevedo, Diogo de Couto, Padre Antônio Vieira, Coelho da Rocha, só para citar

2 GOMES, Pinharanda. *Fenomenologia da cultura portuguesa*. Lisboa: Ultramar, 1970. p. 23.

alguns. Os longos séculos de dominação privatista e centralizadora permitiram o surgimento de um conjunto de tendências sócio-políticas dadas a difundir padrões anti-sociais de comportamento. A corrupção político-administrativa pertence a esse quadro de anti-valores culturais. Transplantada para o Brasil-Colônia a partir do descobrimento, incorporou-se às estruturas mentais de largas camadas da sociedade brasileira nascente.³

Embora a cultura de um povo já se apresente realizada, num menor ou maior grau de desenvolvimento, a evolução cultural não implica necessariamente uma continuidade linear obrigatória, intransponível ou imodificável. Assim, por meio de um processo educativo de formação crítica e consciente do sujeito, se poderá recuperar um pouco daquilo que o homem “matuto” já chamou de honestidade.

A corrupção⁴ pode ser definida como a decomposição, o apodrecimento do estado padrão normal ou esperado, o processo ou efeito de corromper e alterar as características originais de uma coisa ou um procedimento. É a devassidão, degradação, depravação, substituição e perversão de hábitos e costumes. Enfim, o suborno, a vantagem indevida, o engodo arquitetado, a peita, o processo ou efeito de corromper e alterar as características originais de uma coisa ou de um procedimento. Sob as mais variadas formas e realces múltiplos, o fenômeno da corrupção campeia as diversas áreas da atividade humana, tanto na esfera pública, como na privada.

Nesse contexto complexo e arenoso, pode parecer impossível a determinação de um padrão de moralidade pública universal, aplicável indistintamente a todas as sociedades e sujeitos de suas histórias. Ocorre que o fenômeno da corrupção se manifesta no cotidiano humano nas mais variadas formas e estilos, marcando presença em todos os povos e nações. Portanto, é equivocado o entendimento de que a corrupção se faria sentir somente nos países rotulados como subdesenvolvidos ou, ainda, somente naqueles que implementaram uma organização de dominação patrimonial.

Assim, a definição dos comportamentos políticos e eleitorais tam-

3 ZANCANARO, Antonio Frederico. Obra citada. p. 40.

4 A expressão corrupção deriva do latim, *corruptio*, proveniente do verbo latino *rumper*, que significa romper, fender, separar, quebrar, degradar, corromper.

bém não fogem desse contexto. Em casos de, por exemplo, manipulação do exercício do poder político e de diversos vícios tendentes à compra e venda do voto, para obtenção de finalidades alheias aos fins originais públicos, restará caracterizada a corrupção eleitoral.

Para Jean-François Revel “*ser corrupto significa utilizar de alguma maneira, direta ou indireta, o poder político e administrativo fora de seu campo legítimo, a fim de obter vantagens em dinheiro ou em espécie, e para distribuí-los entre amigos, servidores, parentes e partidários.*”⁵

A corrupção eleitoral, definida pelo desejo impróprio de alterar a legitimidade da livre escolha democrática, estará evidenciada quando a liberdade de escolha da intenção do voto restar viciada de alguma forma, seja direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente.

3 A CORRUPÇÃO ELEITORAL

A corrupção eleitoral ganha destaque e importância no processo eleitoral. Práticas ilícitas diversas são institucionalizadas com um único objetivo: alterar o resultado final do pleito eleitoral. É numa eleição que assistimos à degradação humana na velha forma prevista por MARX : “*A exploração do homem pelo homem*”.

Envolto no que chamamos de processo democrático, o instrumento eleitoral (eleições) pode sofrer, não raras vezes, um processo de deformação determinado pela dominação da população menos esclarecida, quase sempre necessitada e, assim, “assistida” pela elite dirigente. Dito de outra forma: o poder econômico, político ou de autoridade acaba se valendo de manobras ilícitas com a intenção única de manipular e vencer as eleições.

Uma dessas manobras consiste na arrecadação de dinheiro necessário aos gastos diversos, lícitos e ilícitos, destinados à campanha eleitoral. Sem generalizar, empresários, profissionais liberais, funcionários públicos (principalmente em cargos de confiança), coagidos ou voluntariamente, são chamados a contribuir para o “CAIXA 1”. São

5 REVEL, Jean-François. *Corrupção, ameaça à democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 17/08/1986. p. 27.

pessoas investindo em seus próprios interesses para preservação de *status*, dentro da lei e do direito de dispor de seus bens. Mesmo havendo aparente legalidade, essas condutas acabam privilegiando os que têm posses ou aqueles que estão servindo aos atuais detentores da “máquina administrativa”. Alguns partidos políticos já não escolhem seus candidatos por suas virtudes, dedicação, passado realizador e honesto, espírito público, etc; mas, sim, pela capacidade de financiamento (arrecadação) eleitoral. Não por acaso ganha atenção a discussão sobre o financiamento público das campanhas eleitorais.

De outro norte, a arrecadação de dinheiro proveniente de grandes empresas prestadoras de serviços ou obras públicas, as quais, por meio de superfaturamento, colocam parte substancial do faturamento a serviço das eleições, numa simbiose entre poder político e econômico, formam o que se convencionou chamar de “CAIXA 2”. Tais manobras consistentes na formação dos “CAIXAS”, como se vê, servem ao mesmo propósito, qual seja, a transformação do voto em mercadoria e, consequentemente, as eleições num grande e festivo bazar de negócios.

Outra manobra, por vezes utilizada, é a busca de “apoio político”. Instituições e profissionais diversos, com atividades na iniciativa privada, em troca do apoio eleitoral, são beneficiados com empréstimos bancários, com grande carência de juros ou a fundo perdido, cujos prazos podem ser prolongados, garantindo, assim, o engajamento dessas instituições ou pessoas “influentes” no processo eleitoral.

Mais um artifício utilizado, via de regra, nas vésperas das eleições, é a utilização indevida de bens e serviços públicos por particulares. Tratores, retroescavadeiras, escavadeiras, caçambas, dentre outros, são utilizados para construir valas, lavrar terras, fazer campos de futebol, construir sedes sociais, calçar ou asfaltar ruas, reformar salões paroquiais, igrejas, hospitais e escolas.

A compra e venda de votos ocorre de formas variadas: dinheiro em espécie, bolsas de estudos, passagens para passeios, empregos em empresas privadas, empregos públicos, medicamentos, internações hospitalares, cirurgias, meios de diagnóstico, cestas básicas de alimentos, forros, telhados, carregamentos de brita, areia e barro, vestimentas, dentaduras, cadeiras de rodas, pneus, reformas, festas de casamento e batizados, etc. Tudo feito com a aparência de caridade, de assistência social e de benefício à comunidade. Até estudantes se reúnem em grupos

para solicitar excursões, uniformes de esportes, campos e sedes sociais, em troca do apoio político a determinado candidato.

Nos últimos dias do pleito eleitoral, mais precisamente na antevéspera, véspera e no dia das eleições, algumas comunidades se transformam num grande mercado clandestino em que a mercadoria é voto. Quem dá mais? Residências, automóveis e pessoas são estrategicamente mapeados nas proximidades dos locais da votação (é a chamada boca de urna) com o objetivo de abarcar um maior número de eleitores sujeitos à compra e venda de votos. Uma estranha característica constatada é que o voto alcança um valor máximo no período da manhã do dia das eleições, perdendo valor no período vespertino e, cada vez mais, na medida em que se aproxima o fim do pleito.

Preocupa a aceitação social tácita, indivíduos conformados com vícios nascidos da tradição, da ignorância e da necessidade material. Assim, a compra do voto se transformou numa verdadeira instituição. Talvez isso explique porque determinados políticos, por mais que se envolvam em denúncias e processos de corrupção, acabam se reelegendo, sempre comprometidos unicamente com seus interesses e privilégios pessoais.

Seja assim resumido: determinados políticos influentes e corruptos transformam o dinheiro público em benefícios pessoais. Do mais influente ao afiliado político, deixando os pequenos desentendimentos de lado, uma fabulosa rede de corrupção transforma práticas ocultas e ilícitas em condutas institucionalizadas. Sonegação de impostos, falsidade ideológica, abuso do poder econômico, fraude eleitoral, notas frias, caixas um e dois, entre outros delitos, nos bastidores da máfia eleitoreira, quem pode mais chora menos. Eventuais condenações criminais, por atos de improbidade administrativa, entre outras, nunca chegam a incomodar.

Educação, saúde, trabalho, lazer e segurança são direitos sociais lembrados somente em época de campanhas eleitorais. Como referido alhures, a compra descarada de votos se dá através das mais variadas formas. Para o eleitor mais chegado é necessário um cargo em comissão, já para o eleitor miserável apenas um pedaço de pão. Se não tiver dentes, sem problemas, é premiado com uma dentadura, metade na hora, outra futuramente. Basta trazer consigo o número do candidato eleito na mão.

Nesse contexto, **iniciativas populares como a “Campanha Ficha Limpa”**, criada com o desiderato de buscar o aperfeiçoamento das opções e das escolhas dos candidatos aos cargos eletivos, através de novos critérios de inelegibilidades destinados à exclusão de candidatos condenados pela prática de delitos graves (racismo, homicídio, estupro, tráfico de drogas e desvio de verbas públicas) – alterando o conteúdo da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990 –, não se apresentam apenas como opções viáveis, mas como necessidades que se impõem com a máxima urgência.

4 O FICHA LIMPA

O País parou para pedir a aprovação da intitulada “Campanha Ficha Limpa”. Depois de uma bem sucedida mobilização popular liderada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, com a adesão de mais de 1,5 milhões de brasileiros, o Projeto de Lei Complementar n. 168, de 1993, que alterou a Lei Complementar n. 64, de 1990, no sentido de restringir a entrada na disputa eleitoral de candidatos que não atendam requisitos mínimos de vida pregressa, restou aprovado e sancionado e deve ser aplicado já para as próximas eleições. O projeto torna inelegíveis candidatos condenados por órgão judicial colegiado. O “Ficha Limpa” é um bom exemplo do que representa a mobilização social organizada, articulada por lideranças e por entidades associativas, privadas, sociais e religiosas.

Além da mobilização e da pressão popular determinante para aprovação do Projeto de Lei, dois pontos merecem uma breve abordagem. A constitucionalidade e a aplicação imediata – já para as próximas eleições – das respectivas alterações legislativas.

Em relação à eventual (in)constitucionalidade do Projeto, há quem sustente que as novas regras de inelegibilidade ferem o conteúdo normativo do art. 5º da Constituição da República, que assevera que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Em que pese precedente judicial nesse

sentido⁶, é importante esclarecer que a inelegibilidade não pressupõe culpa formada e não há que se relacioná-la com o princípio da presunção da inocência. A inelegibilidade pode e está relacionada muitas vezes com circunstâncias diversas e alheias a eventuais condenações judiciais. Portanto, o “Ficha Limpa” é constitucional!

A aplicação imediata também é questão incontroversa. Em consulta⁷ formulada ao TSE, o Ministro Hamilton Carvalhido, constatando a ausência de alteração legislativa no processo eleitoral propriamente dito, conheceu e respondeu afirmativamente a consulta no sentido da aplicação imediata da Lei Complementar n. 135/2010 (“Projeto Ficha Limpa”). Assevera que “seus termos não deixam dúvida quanto a alcançar situações anteriores ao início de sua vigência e, conseqüentemente, as eleições do presente ano, de 2010”.

Como se vê, a situação, ao contrário do que aparenta, é simples e razoável. É que as alterações constantes da Lei Complementar n. 135/2010 possuem a natureza de norma eleitoral material, não se cuidando, pois, de normas relativas ao processo eleitoral e deixando de implicar na vedação prevista no art. 16 da CR⁸, que observa o princípio da anualidade, determinando a não aplicação normativa para as eventuais eleições que ocorram no ano da respectiva vigência legal.

Com bem observado pelo Ministro Hamilton Carvalhido⁹, ao confrontar a aplicação do disposto no art. 14, § 9^o¹⁰, com os efeitos da

6 O STF na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144** decidiu pela impossibilidade do impedimento de candidaturas sem as respectivas condenações transitadas em julgado, haja vista o princípio constitucional da presunção de inocência.

7 **TSE - CONSULTA N° 1120-26.2010.6.00.0000 - CLASSE 10 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL. Relator:** Ministro Hamilton Carvalhido. **Consulente:** Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto. **Advogado:** Walter Rodrigues de Lima Junior.

8 Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

9 **TSE - CONSULTA N° 1120-26.2010.6.00.0000 - CLASSE 10 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL.**

10 Art. 14. [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. ([Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994](#))

presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, ambos da CR, a vida pregressa abrange antecedentes **sociais** e **penais**, motivo pelo qual deve ser aplicada a presunção de não culpabilidade, enquanto que o disposto no art. 14, § 9º, restringe o direito fundamental à elegibilidade, consagrando o comando constitucional da proibidade administrativa para o exercício do mandato político, decorrente dos eventuais crimes praticados pelo candidato inelegível. E, conclui:

A regra política visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.

Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar nº 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade.¹¹

Em síntese: O processo eleitoral alcança somente as normas instrumentais diretamente relacionadas com as próprias eleições, incluindo a fase inicial, com a apresentação e a análise das candidaturas, até a fase final, finda com a diplomação dos candidatos vitoriosos no pleito eleitoral. Assim, tratando-se de alterações legislativas de caráter material, a aplicação do “Projeto Ficha Limpa” é medida que se impõe de imediato para as eleições vindouras.

Todavia, como é de fácil percepção, as simples alterações legislativas – não obstante representarem importantes instrumentos de efetividade contra a impunidade e a corrupção que campeiam a coisa pública e o processo eleitoral – não são suficientes, por si só, para mudar uma cultura patrimonial consubstanciada no individualismo e numa simbiose institucional entre a coisa pública e a privada, com destaque bastante visível durante o processo eleitoral.

11 TSE - CONSULTA Nº 1120-26.2010.6.00.0000 - CLASSE 10 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL.

Assim sendo, é preciso despertar a sociedade para uma grande reflexão envolta num processo educativo para reflexão crítica a partir do sujeito, do meio ambiente em que vive de todas as práticas e vícios consolidados durante a história nacional. Enfim, torna-se necessário construir um novo processo cultural utilizando a educação como instrumento de transformação social. É justamente o que veremos a seguir.

5 A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO

O fenômeno da corrupção eleitoral manifesta-se nas eleições de forma tão intensa e diversificada que não há como negar sua generalização na sociedade brasileira. Os desvios de verbas públicas, as fraudes eleitorais, as apropriações indevidas da coisa pública, o nepotismo, os cabides de empregos, os funcionários fantasmas, a confusão entre o público e o privado, o jeitinho brasileiro, enfim, a corrupção materializada em hábitos cotidianos tão comezinhos comprova a massificação de um processo eleitoral viciado baseado em vantagens individuais, fortificadas pela ignorância e pela manipulação.

A corrupção eleitoral só poderá ser efetivamente combatida e atenuada a partir da criação de um ambiente com condições propícias para implantação do Estado Democrático de Direito, com o regular e consciente exercício do sufrágio. Sem a formação de uma consciência eleitoral cidadã, estruturada através de estímulos à reflexão crítica, análise e escolhas dos candidatos, tudo permanecerá como outrora.

Assim, a partir da compreensão histórica do fenômeno da corrupção eleitoral no Brasil e de suas origens patrimoniais, poderemos identificar o caminho da reconstrução cívica, através da educação das novas gerações como instrumento de conscientização para a democracia e usufruto efetivo dos direitos políticos.

Por certo, longe de qualquer discurso fantasioso, o desenvolvimento humano exige o compartilhamento da igualdade de condições entre eleitores e candidatos, além de um processo eleitoral transparente e fiscalizável. Não se pode, todavia, confundir essa verificabilidade com o discurso hipócrita do rigor legal que escamoteia, na verdade, uma única intenção, um único desejo, com ou sem o pagamento de propinas:

a impunidade e a apropriação indevida do espaço público, com a busca frenética de vantagens e privilégios pessoais.

Essencial se torna uma educação voltada para a convivência eleitoral cidadã. Uma sociedade só se modifica quando os indivíduos que a compõem se modificam. A educação das novas gerações é o único instrumento possível capaz de deter o fenômeno da corrupção eleitoral. Somente se poderá realizar um processo eleitoral verdadeiramente democrático através da reflexão crítica e libertária, da análise transparente das propostas partidárias e dos respectivos candidatos, do envolvimento político e da participação popular direta no processo eleitoral. Urge, portanto, reeducar cada sujeito para o exercício consciente e planejado da cidadania, em busca da sonhada e desejada Democracia. Eis a utopia!

5.A O PROJETO O QUE VOCÊ TEM A VER COM A CORRUPÇÃO?

A necessidade da ética humana comum para a convivência coletiva e harmônica deve ser construída a partir da singularidade do sujeito, respeitadas as diferenças e pluralidades múltiplas da raça humana. E toda mudança envolve educação.

No Brasil, a educação se apresenta como um importante veículo de combate à corrupção, por meio da percepção e do estímulo à ética, à moral e à honestidade do cidadão, e do comprometimento da sociedade na cobrança pela transparência da gestão pública e pelo fim da impunidade. Outro fator relevante é a adoção de medidas que contribuam para a diminuição da burocracia judicial e melhore a eficiência dos serviços da Justiça na punição de corruptos e corruptores. Essa visão estimula a criação de soluções passíveis de serem incrementadas, como a atuação preventiva por meio da mobilização e conscientização social.

Partindo dessa premissa e diante das dificuldades em se coibir práticas corruptas que estão arraigadas na sociedade brasileira, surgiu a idéia do programa de mobilização e conscientização social denominado "O que você tem a ver com a corrupção?". O programa tem o caráter educativo de trabalhar a problemática da corrupção a partir de soluções práticas visíveis, longe do discurso demagógico tão comum nos dias de hoje.

O grande trunfo do ineditismo da prática consiste na confecção de um processo cultural de formação de consciência e de responsabilidade dos cidadãos, a partir de três tipos de responsabilidades: a) a responsabilidade com os próprios atos, ou responsabilidade individual: “estou fazendo a minha parte no meu dia-a-dia?”; b) a responsabilidade com os atos de terceiros, ou responsabilidade social ou coletiva: “estamos cobrando individual e coletivamente a efetiva apuração e punição de corruptos?” “Estamos exigindo o fim da impunidade?”; e c) a responsabilidade com as gerações futuras a partir de um agir consciente.

É justamente a última responsabilidade que justifica o estímulo às novas gerações a adotarem uma conduta ética e moral comprometida com o bem-estar coletivo. É extremamente importante conscientizar a juventude sobre as consequências dos vícios e condutas desonestas. Lembremos que se todos fossem viver em condições financeiras iguais aos 20% (vinte por cento) dos que mais detêm poder econômico, seriam necessários 10 (dez) planetas Terra para satisfazer o consumo de toda a humanidade.

Além do objetivo preventivo por meio da educação, a campanha tem como escopo estimular as denúncias populares dos atos de corrupção, não importando o maior ou menor grau de lesividade à população. Com isso, cria-se um canal direto entre a sociedade e o Ministério Público, o que facilita a apuração das mencionadas condutas.

O projeto visa a atacar dois pontos fundamentais: 1º- acabar com a impunidade, ou seja, buscar a efetiva punição dos corruptos e dos corruptores, por meio de um canal real para o oferecimento de denúncias; e 2º- educar e estimular as novas gerações, mediante a construção, em longo prazo, de um Brasil mais justo e sério, destacando-se o papel fundamental de nossas próprias condutas diárias a partir do princípio de que é preciso dar exemplo.

O tema corrupção é colocado em situações cotidianas e depois assume a temática que engloba o incentivo à honestidade e à transparência das atitudes em todos os níveis, de escolas a governos. O que se propõe é a simples reflexão sobre o que a corrupção pode ocasionar em nossas vidas. Nesse enfoque, a campanha estimula as pessoas a assumirem a responsabilidade com suas próprias atitudes, tanto para si como para outras pessoas.

Aliás, o projeto tem realizado constantemente inúmeras ações e reflexões, através de parcerias, convênios, termos de cooperações com entidades públicas e privadas, palestras nas escolas, divulgação nos campos de futebol, peças de teatro, exposições fotográficas sobre o tema, etc., com o objetivo primordial de renovar essa necessária mobilização social. Assim, representando mais uma importante ação do projeto, e considerando especialmente o sucesso da campanha intitulada “**Ficha Limpa**”, surge a idéia da elaboração de uma publicidade educativa voltada à consciência eleitoral: “*Passado sujo não dá futuro. Vote limpo.*”

5.B PASSADO SUJO NÃO DÁ FUTURO. VOTE LIMPO.

A partir da formalização da parceria entre o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais – CNPG, e a Associação Brasileira dos Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais – ABRAMPPE, destinada à disseminação do projeto “*O que você tem a ver com a corrupção?*”, com o objetivo de transcender e dar efetiva continuidade à mobilização social que determinou o sucesso e a aprovação da Lei Complementar n. 135/2010 (“Projeto Ficha Limpa”), sem prejuízo de outras ações e propostas, apresenta-se a nova campanha publicitária “*Passado sujo não dá futuro. Vote limpo.*”.

O objetivo é elaborar uma publicidade educativa derivada do projeto “*O que você tem a ver com a corrupção?*”, intitulada “*Passado sujo não dá futuro. Vote limpo.*”¹². Além do aproveitamento do símbolo do projeto originário, qual seja, o mascote (boneco) “Zé Moral”, a publicidade visa a despertar nos cidadãos a importância do exercício do sufrágio; a imprescindibilidade da participação política (cidadanias ativa e passiva); e a relevância das análises e das escolhas dos nossos representantes políticos, assim como as alternativas e as consequências delas decorrentes.

Os parceiros do projeto deverão articular junto aos principais veículos de comunicação nacional, com o apoio de outros colaboradores,

12 A campanha publicitária “*Passado sujo não dá futuro. Vote limpo.*” foi elaborada a partir das ideias apresentadas pelo autor pela agência de publicidade **D/Araújo Comunicação**, parceira voluntária do Projeto “*O que você tem a ver com a corrupção?*”, que não tem cobrado qualquer remuneração pelos serviços prestados. Oportuno, pois, apresentar nossos agradecimentos.

um plano de mídia nacional estratégico (jornais, periódicos, editoriais, rádios e veículos de comunicação em geral). Também deverão fomentar a realização de debates públicos sobre o tema. Tudo isso a partir da elaboração de uma campanha publicitária distribuída em quatro roteiros, devidamente formatados para ampliar o alcance da campanha “*Ficha Limpa*” e as ideias educativas do projeto “*O que você tem a ver com a corrupção?*”.

A intenção é abordar nos respectivos roteiros situações cotidianas relacionadas ao pleito eleitoral, como as seguintes: a) o pai que testemunha ao filho a ineficiência do exercício do voto; b) a conversa entre adolescentes na qual um deles disse que vai votar em qualquer candidato, pois, segundo afirma, é tudo a mesma coisa; c) a mulher que, ao receber uma visita de um candidato, na véspera das eleições, ganha uma cesta básica de presente; d) o marido que pergunta a esposa sobre o paradeiro do título eleitoral, consignando ao final: “*Pior que esse trabalho todo é só para chegar lá e votar em branco.*”

Todas as cenas, em cada roteiro, são sucedidas pelo congelamento das imagens retratadas, ocasião em que um personagem/ator entre em cena, indagando ao espectador/cidadão: “*Você sabe o que nós temos a ver com essa cena? Tudo.*”. Ato contínuo, depois de observações próprias conforme o conteúdo específico de cada roteiro, o personagem/ator destaca: “*Nas próximas eleições, valorize a ética, a honestidade e o voto consciente. Passado sujo não dá futuro. Vote limpo.*”

6 CONCLUSÃO

Como se pôde constatar, o fenômeno da corrupção eleitoral possui caráter essencialmente cultural, influência do legado individualista que herdamos. E isso ocorre em virtude da adoção da dominação tradicional patrimonial, caracterizada por um modelo centralizador, absolutista e privatista de poder, o que permitiu a formação de uma estrutura totalmente contrária e lesiva aos interesses sociais, difusos e coletivos, avessa, enfim, ao processo eleitoral democrático.

A corrupção se forma como valor negativo moral da sociedade, levando seus indivíduos a tratarem o público como se fosse privado. Como fenômeno cultural, a corrupção não se relaciona unicamente

com a ação eleitoreira decorrente da utilização indevida do poder constituído em benefício privado, como também, com a maneira de ser dos indivíduos e com os valores éticos pré-definidos no íntimo pessoal de cada personagem. Quanto vale o seu voto ou o seu apoio político? Como observa Zancaro, “o fenômeno é anterior ao ato corrupto propriamente dito. Pelo que, sob um modelo de dominação de características patrimoniais, em princípio, nenhum cidadão pode considerar-se imune aos seus atrativos”.¹³

Cumprido, portanto, indagar: a compra descarada de votos, enfim, a banalização de diversos ilícitos eleitorais, não comprovam que a corrupção eleitoral está institucionalizada? Como explicar a visível carência de padrões éticos por parte de muitos dos nossos representantes políticos? O que falar dos nossos eleitores? Será que o cultivo histórico de uma mentalidade individualista voltada à corrupção generalizada possibilita alguma possibilidade de transformação?

Torna-se imprescindível tomar consciência de que as eventuais alternativas possíveis para a reformulação da cultura política nacional passam – todas elas – necessariamente pela compreensão do passado, pela aposta no presente e pela responsabilidade com o futuro. A tarefa não é fácil, pois demanda tempo, energia, persistência, coragem e, acima de tudo, reflexão e educação cidadã contínua.

A consciência cidadã eleitoral passa pela edificação das ações que estiverem ao alcance de cada eleitor. Certamente, somente através de uma mobilização social organizada é que poderemos nos articular e reagir contra o arbítrio e a corrupção eleitoral, fruto da experiência individualista e do abandono da democracia.

Como se comprovou, a corrupção eleitoral não é causa, mas sim efeito da incorporação pelos indivíduos de valores sociais negativos. Assim, somente através de um processo educativo voltado para o pleno exercício responsável da cidadania, a longo prazo, é que se poderá alcançar um efeito prático e modificador da realidade atual, consubstanciada na falta de cultivo de uma ética eleitoral, resumida na esperteza do ganho fácil e na compra e venda do voto.

13 ZANCANARO, Antonio Frederico. Obra citada. p. 157.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

GOMES, Pinharanda. *Fenomenologia da cultura portuguesa*. Lisboa: Ultramar. 1970.

REVEL, Jean-François. *Corrupção, ameaça à democracia*. Jornal O Estado de São Paulo, 17/08/1986.

STF / Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144.

TSE / CONSULTA Nº 1120-26.2010.6.00.0000 - CLASSE 10 - BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL.

ZANCANARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - TIPO PENAL?

Jiskia Sandri Trentin

Promotora de Justiça integrante do GAECO/MS e do GNCOC

A Sociedade tem assistido a inúmeros expedientes que, sob o disfarce de um tal “garantismo penal”, querem, na verdade, colocar no chão, fazer cair por terra, ver desmoronar direitos arduamente conquistados ao longo dos anos, especialmente com o advento da constituição cidadã de 1988 e das leis ordinárias que se lhe seguiram.

Um deles é o da privatividade da ação penal a cargo do Ministério Público, o qual, para ser concretamente efetivado e não se tornar um mero enfeite de letras na Carta Magna, não deve se dissociar da possibilidade de a investigação criminal ser encabeçada pelo *Parquet* quando necessário, especialmente em decorrência da teoria dos poderes implícitos que lhe dá fundamento. Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais se aproximado de resolver a pendenga, concluindo pela inexistência de monopólio da Polícia Judiciária e pela possibilidade de o Ministério Público promover investigações nessa seara, o que nos parece ser um alívio. Entretanto, não se pode baixar a guarda: é insuficiente permitir que o Ministério Público investigue, pois também é preciso legitimar seu trabalho nas apurações criminais que ele realiza, e é aí que entram em cena as investigações de crimes praticados por organizações criminosas, grande mote da atuação ministerial

quando se trata dessa temática.

No ano de 2002, foi criado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça o GNCOC – Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas –, a partir de um antecedente histórico lamentável, que foi a morte do colega Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais Francisco José Lins do Rego Santos, assassinado a mando de um grupo criminoso que atuava na adulteração e em outras fraudes relacionadas à fabricação, distribuição e comercialização de combustíveis naquele Estado.

Na senda da tragédia despertou o Ministério Público Brasileiro!

Ficou patente a necessidade de a Instituição que se propala una e indivisível se “armar” de profissionais especializados e que efetivamente se unissem para fazer frente a esse tipo de criminalidade mais aprimorada, de color empresarial, cujas características podem ser encontradas em uma série de manuais, monografias e artigos relacionados ao tema “Crime Organizado”: estrutura piramidal, divisão de tarefas, caráter interestadual ou internacional, objetivo de lucro, corrupção estatal, etc. Por essa razão se deu a criação do GNCOC, por meio do qual foram criados grupos de atuação especial nos diversos Ministérios Públicos dos Estados e da União, que têm trabalhado incansavelmente na mira da criminalidade organizada, experta na prática dos mais diversos crimes – da sonegação fiscal ao tráfico de entorpecentes –, escudando-se na mescla de atividades lícitas e ilícitas e contando com forte aparato do poder econômico que ostenta, o que lhe permite dotar-se de altíssima tecnologia, sem contar que ainda encontra amparo na simpatia do poder político, patrocinado, não raras vezes, por essas organizações, quando dela não fazem parte.

Portanto, em todo o Brasil, e há vários anos, existem grupos do Ministério Público criados para INVESTIGAR o crime organizado e as organizações criminosas – para aqueles que fazem questão de diferenciar um e outro.

E não é só isso.

Também foram criadas Varas Especializadas em Lavagem de Dinheiro e em Crime Organizado (VELD). O artigo 1º da Resolução n.

517/2006 do Conselho de Justiça Federal foi expresso ao afirmar que os Tribunais Regionais Federais, na sua área de jurisdição, poderiam especializar varas federais criminais com competência exclusiva ou concorrente para processar e julgar **os crimes praticados por organizações criminosas**, independentemente do caráter transnacional ou não das infrações, o que de fato ocorreu em várias capitais do Brasil. O parágrafo único da citada Resolução ainda complementa que os juízos especializados deverão adotar os conceitos previstos na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

Não obstante toda essa preocupação com a criminalidade organizada, a nova onda do STF, que, lamentavelmente, tem feito inquietar membros do Ministério Público, especialmente os que se dedicam a esse combate, é afirmar a atipicidade do artigo 1º, inc. VII, da Lei n. 9.613/1998, por não haver no ordenamento jurídico brasileiro o tipo “organização criminosa”, no conhecido caso da IGREJA RENASCER, HC 96.007-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.2009, cujo placar já está em dois a zero.

De acordo com os Ministros Marco Aurélio – relator – e Dias Toffoli, a “Convenção de Palermo”, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto n. 231, de 30 de maio de 2003, e ratificada pelo Poder Executivo através do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, não pode tipificar crime, de modo que a conduta dos pacientes deve ser considerada atípica.

Nesse mesmo sentido, com um poder de convencimento bastante proeminente, é o pensamento de LUIZ FLÁVIO GOMES¹, para quem os tratados e convenções centrípetos – contendo normas de aplicabilidade interna no País – não teriam o condão de criar norma penal incriminadora, por ofensa ao princípio da legalidade, e, não havendo definição nas Leis n. 9.034/1995 e n. 10.217/2001 sobre o que venha a ser organização criminosa, a “Convenção de Palermo” não pode ser aplicada para defini-la.

Ousamos discordar, com todo o respeito, dos entendimentos que se inclinam para o reconhecimento de não ser possível considerar

1 In “Que Se Entende por Crime Organizado (parte 1). Disponível em <http://WWW.lfg.com.br>. Acesso em: 2 mar 2010.

a definição dada pela Convenção de Palermo ao fenômeno da “organização criminosa”. É que não se pretende sustentar a existência do CRIME ou TIPO de “organização criminosa” no Brasil, porque ele de fato não existe, havendo, quando muito, o enquadramento da conduta associativa estável de pelo menos quatro pessoas ao tipo descrito no artigo 288 do Código Penal, desde que satisfeitos os seus requisitos.

A definição dada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por “Convenção de Palermo”² ou UNTOC - “*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*” - na sigla em inglês, acolhida em nosso ordenamento jurídico com *status* de lei federal ordinária pelos meios tradicionais de ingresso de normas oriundas de tratados e convenções internacionais, serve apenas como complemento a uma norma penal em branco, que estabelece como crime antecedente ao de lavagem de dinheiro a prática de crimes – quaisquer CRIMES – por organização criminosa, e não a associação em organização criminosa. Uma coisa é bem diferente da outra.

O sujeito não vai ser responsabilizado porque se associou em organização criminosa, mas porque praticou crimes em situação de associação.

Sem dúvida alguma, trata-se de um tipo penal aberto, ou seja, cuja descrição não se encontra completa no texto do tipo, e, em razão disso, pende de uma valoração jurídica do seu conceito. A par disso, a expressão “organização criminosa” é um elemento normativo do tipo, que, assim como se dá com outros tipos penais, como “dignidade e decoro” (artigo 140 do CP), “sem justa causa” (artigos 153, 154, 244 e outros do CP), não precisa ser estabelecido por outra lei penal, mas pode ser colhido através de juízo de valor. Esse é o entendimento dos estudiosos MÁRCIA MONASSI MOUGENOT BONFIM e EDILSON MOUGENOT BONFIM³, para quem a definição de “organização criminosa”, antes do advento da “Convenção de Palermo”, já podia ser colhida tanto da

2 “Artigo 2º - Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) Grupo criminoso organizado – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

3 In “Lavagem de Dinheiro”, Ed. Malheiros, 2005. p. 57.

doutrina quanto da jurisprudência, até porque não é habitual que os ordenamentos jurídicos, mesmo de países mais avançados, contenham a definição do que seja “organização criminosa”, pena de engessamento diante das mais variadas facetas que ela pode adotar.

Assim, a definição de “organização criminosa” trazida pela “Convenção de Palermo” pode e deve ser utilizada para valorar o tipo descrito no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, muito embora existam doutrinadores, como RODOLFO TIGRE MAIA⁴, que entendam ser suficiente a descrição do artigo 288 do Código Penal para conceituar “organização criminosa”, desde que os agentes se encontrem associados à efetiva prática de pelo menos um crime, nos moldes do que explicita o artigo 1º da Lei n. 9.034/1995, com a nova redação dada pela Lei n. 10.217/2001⁵.

A utilização da Convenção de Palermo para o complemento do tipo aberto descrito no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, inclusive para aplicação das técnicas especiais de investigação previstas na Lei n. 9.034/1995, com as alterações dadas pela Lei n. 10.217/2001, Lei Complementar n. 105/2001 e onde mais apareça a figura da “organização criminosa” em nossa legislação, é recomendável até mesmo sob a ótica da garantia de direitos individuais e da segurança jurídica, já que não bastará o mero enquadramento no artigo 288 do Código Penal, mas também serão necessários requisitos adicionais, tais como a demonstração da existência de um grupo estruturado, de pelo menos três pessoas, que atua concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves – assim consideradas aquelas cuja pena máxima não seja inferior a 4 anos de reclusão ou detenção – ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, algum benefício econômico ou material, o que é assaz mais complexo e trabalhoso para demonstrar.

Além disso, para se servir da definição dada pela “Convenção de Palermo”, não é preciso que ela tenha sempre caráter transnacional, embora a convenção traga tal nomenclatura, pois o seu âmbito de aplicabilidade é mais abrangente, como se observa das hipóteses

4 In “*Lavagem de Dinheiro*”, Ed. Malheiros, 1ª ed., 2ª tiragem, 2004. p. 78.

5 Lei n. 9.034/1995. Art. 1º. “*Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*”.

expressamente previstas no seu artigo 3º, em que ela é aplicável, “salvo disposição em contrário”, à prevenção, investigação, instrução e julgamento de

a) infrações enunciadas nos artigos 5 (participação em grupo criminoso organizado – fato ainda atípico no Brasil), 6 (lavagem do produto do crime), 8 (corrupção) e 23 (obstrução à justiça); e de b) infrações graves, na acepção do artigo 2 da presente Convenção, sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado.

Portanto, quanto às infrações explicitadas na alínea *a*, não se exige que sejam de caráter transnacional.

Observe-se, por fim, que no caso de se evidenciar, numa situação concreta, a existência de organização criminosa composta por apenas três pessoas, embora seja possível a sua valoração com base na “Convenção de Palermo”, desde que atendidos aos requisitos nela insertos, não será possível a capitulação de conduta no artigo 288 do Código Penal, porque ele exige a presença associativa de pelo menos quatro pessoas.

CONCLUSÕES:

1) O Ministério Público Brasileiro, embora não tenha função prioritária de investigar crimes, está legitimado a fazê-lo como corolário da “Teoria dos Poderes Implícitos” e por força de dispositivos constitucionais e legais, especialmente quando se tratar de crime organizado ou praticado por organização criminosa, considerando que existe um grupo nacional do Ministério Público, desde o ano de 2002, denominado GNCOC, responsável por uma série de ações no enfrentamento à criminalidade organizada;

2) A ideia contida nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio e Dias Tófolli, no HC 96.007-SP, j. 10.11.2009, no sentido da atipicidade do artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, entendendo não haver no ordenamento jurídico brasileiro definição do que seja “organização criminosa”,

representa um perigo para a sociedade, pois pode invalidar uma série de processos em que figuram como réus integrantes de organizações criminosas;

3) A Convenção de Palermo não criou um novo tipo penal de “organização criminosa” – esse tipo penal ainda não existe no Brasil, apenas forneceu um conceito ao fenômeno. É plenamente possível e recomendável que os operadores do direito dele façam uso quando se depararem com a prática criminosa descrita no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998, pois a Convenção em referência ingressou no nosso ordenamento jurídico com força de lei ordinária e serve de parâmetro para o complemento do tipo penal aberto descrito no artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998 e dos demais preceptivos legais nos quais aparece a figura da “organização criminosa”;

4) A adoção da definição de “organização criminosa” dada pela Convenção de Palermo é mais benéfica aos acusados, pois exige do Ministério Público maior esforço para demonstrar a sua existência, em razão da gama de requisitos que deve preencher para sua configuração, quando confrontados com os do artigo 288 do Código Penal, os quais, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, bastariam para caracterizar uma “organização criminosa”;

5) A definição de “organização criminosa” fornecida pela Convenção de Palermo merece aplicabilidade mesmo quando ela não tenha caráter transnacional, desde que se encaixe em um dos delitos especificados na alínea a do parágrafo primeiro do artigo 3º da referida Convenção, a saber: participação em grupo criminoso organizado (fato ainda atípico no Brasil), lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei n. 9.613/1998), corrupção (artigos 312, 316, 317, 319 e outros do Código Penal) e obstrução à justiça (artigo 344 do Código Penal);

Em arremate, sendo o Brasil signatário de uma Convenção Internacional que preconiza a adoção de medidas concretas para, num esforço mundial, enfrentar o crime organizado, inexistente sintonia entre esse anseio global e o pensamento que começou a tomar forma na mais alta Corte do país. Espera-se que, da disputa entre as organizações

criminosas e o “cidadão de bem”, este saia vencedor, legitimando a atuação funcional de anos de trabalho do Ministério Público e de outras instituições de igual valor, como as polícias Civil e Federal, a Magistratura e órgãos de inteligência, que labutam em área tão sensível e de alto risco, na defesa dos interesses e valores mais caros da sociedade.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA: A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO ÂMBITO DOS DELITOS CULPOSOS DE TRÂNSITO

Leilane Serratine Grubba

Mestranda em Direito pela UFSC

Ex-estagiária do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução - 1 Teoria da imputação objetiva: criação de risco proibido - 2 Princípio da confiança - 3 Aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

A importância da utilização do princípio da confiança no sistema jurídico-penal brasileiro, mormente para os delitos culposos de trânsito, dentro da concepção de teoria da imputação objetiva, reside na possibilidade de evitar erros decorrentes do âmbito da tipicidade na aplicação da norma penal, excluindo-se a responsabilidade penal à análise da antijuridicidade e culpabilidade e procedendo-se a criação de um filtro entre a conduta e a consecutiva imputação de um resultado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Teoria da Imputação Objetiva. Princípio da Confiança. Delitos Culposos de Trânsito.

Atuação	Florianópolis	V. 7	n. 16	p. 251 - 264	jan./jun. 2010
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

INTRODUÇÃO

A doutrina estrangeira impõe, frequentemente, a aplicação da teoria da imputação objetiva, criada a partir do pensamento jurídico-filosófico de Hegel e sistematizada por Claus Roxin, e considera possível, no futuro, a substituição da teoria da causalidade material, com a criação de um filtro objetivo entre a conduta praticada e a consecutiva imputação de um resultado. Dada a visibilidade da teoria em âmbito internacional, faz-se imprescindível remetê-la à legislação nacional, efetivando uma abordagem funcional do Direito Penal.

Não se pretende requerer a substituição da teoria da equivalência dos antecedentes, mas demonstrar a possibilidade de, em um primeiro momento, coexistir com a teoria de Claus Roxin, uma vez que essa, sendo um conceito aberto, complementaria a atual vigente, evitando erros grosseiros na aplicação da norma penal, principalmente no âmbito da tipicidade.

Em virtude da função do direito penal de tutelar bens jurídicos, somente lhe é possível criminalizar as condutas humanas que exponham, de forma concreta, esse bem a risco juridicamente relevante. Portanto, em linhas gerais, a importância da teoria reside justamente no fato de estar calcada nos princípios do risco permitido e risco proibido e, auxiliarmente, no princípio da confiança. Exclui-se, então, a tipicidade da conduta que criou um resultado jurídico quando abrangida pelo conceito de risco permitido, ou seja, condutas permitidas pelo legislador, ante a falta de interesse jurídico. Não há, por conseguinte, imputação objetiva quando o âmbito de proteção da norma não abrange o gênero do resultado ou risco consequente de uma ação humana.

1 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: CRIAÇÃO DE RISCO PROIBIDO

Historicamente, a teoria da imputação objetiva tem estirpe na filosofia jurídica de Hegel e foi desenvolvida pela doutrina alemã, primeiramente por Honing “com vistas à revitalização da ciência jurídico-penal,

contaminada por excessivas doses de subjetivismo que já comprometiam a segurança do tipo” (FELICIANO, 2005, p. 476).

Somente após a Segunda Guerra Mundial, entretanto, que começou a ser propriamente desenvolvida, ainda dentro da concepção de funcionalismo penal, tendo como maiores difusores os doutrinadores Claus Roxin e Gunther Jakobs. Não obstante, ressalte-se que, embora funcionalistas, Roxin e Jakobs defendem correntes distintas. Este defende a implementação de um funcionalismo sociológico, enquanto aquele, o funcionalismo teleológico moderado. O pensamento de Claus Roxin será o enfoque desta abordagem.

Em um primeiro plano, não se configura a imputação objetiva em uma teoria acabada, com um conceito delimitado e imutável. Portanto, “[...] na pesquisa, o mesmo exemplo hipotético é concentrado em princípios diferentes e posições diversas, havendo opiniões contrárias sobre a extensão de sua aplicação, além de várias denominações para o mesmo tema [...]” (JESUS, 2000, p. XXII). Sua tarefa, todavia, é plenamente clara: delimitar o tipo de delito do respectivo crime, dentro da concepção de tipo de individualização da conduta ilícita; tarefa essa que o dogma causalista é insuficiente para resolver.

O conceito de imputação objetiva é calcado, principalmente, em seus princípios limitadores, ou seja, nas definições de risco permitido e risco proibido, e, auxiliariamente, no princípio da confiança, na proibição de regresso e na autocolocação em perigo. Nesse terreno, pode ser definida, preliminarmente, como “[...] a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido” (JESUS, 2000, p. XVII). Esse risco juridicamente proibido deverá, ainda, ter se realizado em resultado típico, sendo especificamente aquele que a norma penal propunha-se a evitar.

Ausente, então, a imputação quando uma conduta cria risco insignificante ou quando, mesmo que criado risco não autorizado e relevante, esse se converta em resultado não coibido pela norma penal.

Assim, ao contrário da teoria causalista, que trabalha com o critério de nexa de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico; a imputação alicerça-se no nexa normativo entre a conduta humana criadora de risco juridicamente relevante e proibido, com seu consequente

resultado jurídico.

O questionamento basilar situa-se na possibilidade de atribuição da criação de um risco juridicamente proibido, que desencadeou resultado jurídico, à conduta humana, que busca determinar quando o resultado pode ser considerado obra do agente.

Em suma, Roxin (2002, p. 13) determina a possibilidade da imputação de um resultado, causado por uma conduta humana, ao seu agente criador quando preenchido o tipo objetivo, ou seja, quando:

- a) seu comportamento criou um risco não permitido para o objeto da ação;
- b) o risco se realizou no resultado concreto;
- c) o resultado se encontra dentro do alcance do tipo.

O risco permitido é aquele que, mesmo perigoso, é admitido pela própria sociedade, como as condutas de dirigir veículo automotor, fabricar armas, realizar ou submeter-se a uma cirurgia, dentre outras. Com o intuito de diminuir os riscos dessas atividades suportadas pela sociedade, o ordenamento jurídico passou a regulamentá-las, por meio de normas jurídicas, como a regulamentação de condução de veículos automotores e as regras técnicas, como a *lex artis*.

Com efeito, D'Ávila (2001, p. 45-46) afirma que “[...] em virtude do incremento da complexidade nas relações sociais, passaram a angariar relevância fundamental nas relações urbanas e, ao mesmo tempo, num desconcertante paradoxo, um grande potencial danoso”. Alerta, também, que a própria sociedade reconhece a necessidade dessas atividades perigosas e o risco de dano delas advindos.

A fim de regular a vida em sociedade, o legislador proibiu determinadas condutas, as quais expunham a perigo de lesão o bem jurídico tutelado, tipificando-as como crimes. Por conseguinte, somente os riscos – criados por conduta humana – previstos pelo ordenamento jurídico, cujo resultado se encontra no âmbito de proteção da norma, serão passíveis de imputação objetiva.

Desse modo, excluir-se-á a imputação quando, mesmo que uma conduta humana comissiva ou omissiva crie um risco à vida em sociedade, que origine resultado lesivo, esse risco não seja juridicamente desaprovado ou quando o resultado lesivo estiver fora do âmbito de

proteção da norma. Isso, em virtude de que a imputação é elemento normativo do tipo, cuja análise deve proceder à verificação do nexa causal entre conduta e resultado lesivo proibido pelo ordenamento jurídico. O tipo penal é integrado, então, não somente pela ação humana, resultado e nexa causal, mas também pela própria imputação objetiva, mediante a exigência de que a conduta seja criadora do risco relevante e proibido e que esse tenha se materializado no resultado lesivo. Assim, a ausência de imputação objetiva importa em atipicidade da conduta.

De forma simplificada, mesmo comprovada a causalidade material, para que ocorra a imputação objetiva, ainda se requer:

- a) se a ação do autor criou um perigo juridicamente desaprovado para a produção do resultado;
- b) se o resultado produzido por dita ação é a realização do mesmo perigo (juridicamente desaprovado) criado pela ação (CALLEGARI, 1999. p. 438)

Percebe-se, então, que somente será imputável a conduta quando houver uma transposição do risco permitido. Em sentido contrário, mesmo que uma conduta humana cause um dano – resultado jurídico –, se estiver acobertada pelo risco permitido, não poderá ser imputável, ou seja, será considerada atípica. Diante disso, ressalte-se que o risco permitido é elemento da tipicidade e não causa justificante, como faz crer a teoria causalista. Assim, a conduta acobertada pelo risco permitido é considerada *ex ante*, de forma genérica e abstrata, atípica, independentemente de o resultado jurídico ter sido causado por culpa ou dolo.

Por fim, saliente-se que o limite de alcance da imputação não reside somente na aferição do nexa entre a conduta humana criadora de risco não permitido e a sua concretização em resultado, previsto pela norma jurídica, mas, sobretudo, na análise do desvalor da ação e desvalor do resultado, confrontados com os princípios limitadores da imputação, como o princípio da confiança.

2 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

O princípio da confiança, derivação do risco permitido, consiste na possibilidade que toda a pessoa tem de confiar que as demais res-

peitarão as normas da sociedade e agirão conforme o risco permitido. Assim, mesmo considerando-se que todas as pessoas cometem erros, compreendê-lo-ás em uma esfera de responsabilidade, uma vez que não haveria possibilidade de se requerer uma espécie de constante precaução sobre todas as pessoas.

Sobre o tema, exemplifica Roxin (2002, p. 14):

Em meu outro exemplo, o da venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, ter-se-ia de admitir a existência de um certo risco. Mas este risco é permitido. Pois uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos. Do contrário, além de punhais, igualmente não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas. Por exemplo, é possível partir o crânio de alguém com um caneco da Baviera. Mas o risco de uma tal utilização abusiva é permitido pelo Estado, pois a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso.

Em que pese esse princípio não ser absoluto, impõe-se a ausência de imputação objetiva da conduta acobertada pelo princípio da confiança, e, conseqüentemente, a ausência de tipicidade. Nesse sentido, a conduta daquele que, não obstante ter seguido os preceitos legais e ter agido de acordo com o risco permitido, envolveu-se em situação na qual um terceiro, que violou o dever de cuidado, deu causa ao resultado lesivo, não é considerada típica. Em outras palavras: “[...] não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido” (CALLEGARI, 1999, p. 441-442).

D’Ávila (2001, p. 52) sustenta a profunda importância do princípio da confiança no âmbito dos delitos culposos, mormente no que tange às atividades realizadas em cooperação e divisão de trabalho, e, ainda, no que toca à circulação de veículos automotores.

No que se refere às atividades em que há uma divisão de trabalho, a exemplo das atividades médicas, a importância do princípio reside no fato de que, a sua ausência implicaria na responsabilização do agente – o

médico – por fato praticado por terceiro, como, neste caso, o anestesista, conforme dissertam Callegari e Meliá (2005, p. 470):

O princípio da confiança também tem relevância e aplicação nos casos de divisão de trabalho como ocorre nas intervenções médico-cirúrgicas. Nesses casos, ocorrendo um resultado lesivo (lesões ou morte), acaba-se denunciando e, não raras as vezes, se condenando toda a equipe médica, quando na realidade dever-se-ia buscar o papel correspondente de cada um. O cirurgião não pode ser responsável pela falha do anestesista, pois àquele compete a cirurgia, nada mais. As falhas do equipamento do hospital também não são de sua responsabilidade se obrou dentro da *lex artis*. Como já foi mencionado, busca-se a responsabilidade desde o mais genérico (risco permitido) até o mais específico (princípio da confiança, proibição de regresso etc.) e, constatado que o comportamento do autor foi correto, sua conduta é atípica.

Assim, nas atividades de cooperação de trabalho, uma vez que não se pode determinar que todos os cooperados vigiem o trabalho uns dos outros, em todos os instantes, a aplicação do princípio da confiança importa na atipicidade da conduta daquele que não deu causa ao resultado provocado por comportamento culposo ou doloso de terceiro.

No Brasil, no que se refere ao tráfego de veículos automotores, não há a verificação do risco permitido ou proibido e, ademais, do princípio da confiança, para que seja imputado um resultado ao âmbito de responsabilidade de um agente. Diante disso, quando ocorre um acidente de trânsito, o autor é absolvido quando a vítima participa de maneira decisiva, na afirmação de culpa exclusiva da vítima, visto que para tal decisão não há solução prevista pela teoria do tipo. Contudo, o mesmo fato também é, por vezes, resolvido pelo argumento de ausência de culpa concorrente, no que importa a imputação da conduta do autor, calcada exclusivamente na existência de relação de causalidade. Ressalte-se, todavia, que o erro situa-se no fato de que o comportamento do autor não é típico, tendo em vista que “[...] agiu corretamente, ou porque sua conduta estava dentro do risco permitido ou porque podia esperar o comportamento correto dos outros que interagem na sociedade” (CAL-

LEGARI e MELIÁ, 2005, p. 469).

Na sociedade moderna, é dever tanto dos condutores de veículos quanto dos pedestres agir de acordo com as regras de trânsito, dentro do risco permitido, podendo-se supor, com base no princípio da confiança, que todos cumprirão com seu dever. No entanto, D'Ávila (2001, p. 52) opina pela não aplicação do princípio em algumas exceções, tais como: a) crianças pequenas com condutas suspeitas; b) pessoas idosas que se apresentam desorientadas.

D'Ávila (2001, p. 52) salienta, ademais, que no caso do tráfego viário, aqueles que conduzem de maneira ilícita também podem se valer do princípio da confiança, como por exemplo: “[...] quem conduz um veículo sob a influência de álcool e é abalroado num cruzamento por alguém que não observou a preferencial poderá, tranquilamente, valer-se do princípio da confiança [...]”, visto que o resultado teria ocorrido de qualquer maneira, já que foi a ilicitude de sua conduta que lhe deu causa.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A teoria da imputação objetiva, entendida como um conjunto de princípios limitadores da tipicidade, de cunho garantista, apesar de restringir a discricionariedade do julgador, não abandona o dogma causal material, que é a base para posterior análise da imputação do resultado. A possibilidade de sua aplicação, juntamente com dogma causal material, que rege o Código Penal brasileiro, sob forma de critério restritivo, no que toca aos delitos culposos de trânsito, sem prejuízo da causalidade, fixada como limite mínimo pelo artigo 13, do Código Penal pátrio, é amplamente acolhida pela doutrina pátria, em decorrência da análise do Código Penal, bem como por sua conformidade com os preceitos da Carta Magna.

O Direito Penal, instrumento de resolução de conflitos que visa à pacificação social, deve estar sempre pautado na Constituição Federal e, conseqüentemente, nos princípios e garantias por ela estabelecidos, adequado ao seu conteúdo valorativo. Nesse ponto, os princípios “[...] penalísticos, o processo de criação das leis penais, e o conteúdo das normas criminais deverão estar em absoluta sintonia com os valores

da ordem constitucional, respeitando-os e zelando pela sua aplicação e vigência.” (RODRIGUES DA SILVA, 2003, p. 159-163).

Conforme assinalado, o Direito Penal, consoante a Constituição Federal, de cunho social e democrático, deve adotar como princípios a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a segurança, tanto individual quanto coletiva. Ademais, o princípio da legalidade não impede que “[...] seja modificado o sentido comum das palavras empregadas pela lei penal. Através disso, se restringe o alcance do punível e se atende melhor aos fins do Direito Penal.” (PUIG, 2005, p. 184).

Finalmente, saliente-se que a redimensionalização das etapas de valoração do fato punível é admissível mediante a análise dos princípios constitucionais e político-criminais da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos, uma vez que, além de não haver crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, o Direito Penal tem como missão única à proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos. Assim sendo, somente é possível uma visão garantista do delito quando constitucional e materialmente focado, conforme o entendimento de Baratta, Hassemer, Ferrajoli, Zaffaroni, etc (GOMES, 2003, p. 422).

Quanto à análise do Código Penal, a relação de causalidade não se encerra na análise do tipo objetivo. O artigo 13 do Código Penal, que apenas estabelece o liame mínimo à aferição da responsabilidade penal do agente, “[...] abre a possibilidade para que se insiram novos pressupostos de imputação ou de realização do tipo objetivo” (ABREU RODRIGUES, 2007, p. 133), sem prejuízo do vínculo de causalidade material.

Tavares (2003, p. 247) salienta que, não obstante as objeções formuladas pelos partidários do causalismo, de que o Código Penal, em seu artigo 13, acatou taxativamente o sistema proposto por Liszt-Beling e qualquer outra formulação seria *contra legem*, deve-se chegar a uma primeira conclusão: antes de qualquer consideração jurídica, é necessário que seja fixado um conceito de ação, com suas características e elementos. Diante dessa primeira necessidade, entende-se como não forçosa a conclusão de que a ação só possa ser entendida como causa com a lógica adoção da teoria causalista. Assim, a assertiva de que toda a causa é uma ação sem a qual o resultado não teoria ocorrido, não implica a veracidade seu sua inversão, de toda ação ser uma causa.

Mesmo que, empiricamente, se possa afirmar que às vezes se torna difícil encontrar na atividade humana o conteúdo volitivo que a oriente e dirige, não se pode imediatamente concluir a definição do Código Penal que o legislador entendeu haver ações que funcionam, exclusivamente, como causa de um resultado e nada mais. [...] o que se pode concluir da interpretação do art. 13 é o seguinte: o código exige previamente a conceituação de ação, não havendo por parte do legislador qualquer impedimento nesse sentido, nem muito menos a adoção do sistema causal-naturalista. Também pode-se concluir que a conversão por limitação, feita da definição de causa do art. 13, retrata apenas a possibilidade de se proceder à separação entre ação e omissão, fato que é expresso pelo próprio legislador, sem que, contudo, isto signifique renúncia a uma concepção pré-jurídica de ação." (TAVAREZ, 2003, p. 250).

E mais, seguindo o raciocínio acima esboçado, a proposição do artigo 13 do Código Penal sofre outra limitação: ao consignar que o resultado de que depende a existência do crime só se imputa a quem lhe deu causa, a interpretação só pode ser no sentido de que, além da importância da causalidade física/natural, importa a causalidade posta em marcha por alguém, havendo a necessidade de se tratar a configuração do delito em função do processo de imputação. Por mais que o Código tenha adotado a teoria causalista, abriu a oportunidade para que se "[...] lhe pudessem opor as correções necessárias, traçadas por outras teorias ou outros critérios, de modo a só imputar um resultado a alguém, se puder ser afirmado como obra sua e não do acaso ou de outras circunstâncias." (TAVARES, 2003, p. 248).

Não obstante a ausência de sua construção final, a adoção da teoria no Brasil, a ser aplicada de forma a complementar a teoria da causalidade material, é necessária e apta a garantir os princípios constitucionais. Garantirá, também, um avanço ao direito penal mínimo e garantista, bem como ao Estado de Direito Democrático. Nessa esteira, ao punir somente o desvalor do resultado, compreende o delito como infração ao aspecto valorativo da norma, e não somente ao seu aspecto imperativo, atendendo ao princípio da proporcionalidade. Como se

percebe, somente é plausível a privação do bem jurídico liberdade de um agente quando sua conduta tenha concretamente lesionado outro bem jurídico protegido.

A teoria da imputação objetiva, aplicável a qualquer tipo de delito, representa um avanço com relação ao dogma causal material, que é aplicável somente aos delitos materiais. Ao excluir a tipicidade das condutas que não lesem o bem jurídico tutelado, além de garantir a economia processual, a imputação impede a propositura de uma ação penal, garantindo a dignidade do ser humano, que não precisará responder a todo um processo penal, com vista a ser absolvido ao fim.

Sob pena de flagrante inconstitucionalidade, o delito não pode mais ser entendido como o mero desvalor da ação, mas, sobretudo, como o desvalor do resultado, o qual deve ser jurídico; precisamente essa tarefa que a imputação objetiva pretende resolver.

Para exemplificar hipoteticamente: (A), que conduzia seu veículo em velocidade superior à permitida pela norma viária, envolveu-se em um acidente que causou a morte de (B). O resultado homicídio não lhe pode ser atribuído a título de culpa (ou dolo) se, não obstante a velocidade empregada, esse evento não criou o risco instituidor do resultado jurídico.

O grande benefício trazido pela imputação para a análise dos crimes culposos decorre, ainda, do fato de que, por ter sido criada no âmbito do tipo culposo, “[...] desenvolveu uma série de critérios normativo-valorativos que operam no plano da tipicidade como corretivos da pura responsabilidade pela causalidade.” (SÁNCHEZ, 2003, p. 5). A proposta reside, então, em limitações político-criminais a evitar soluções injustas: limitações *ex post* para que se possa imputar um resultado a uma conduta, não em decorrência da infração do dever de cuidado (nexo causal material), mas de acordo com uma interpretação teleológica dos tipos penais. Assim, superar-se-á a contradição entre o que é correto de modo dogmático e o que é satisfatório político-criminalmente (SÁNCHEZ, 2003, p. 7).

É possível compreender, portanto, que a adoção da teoria da imputação objetiva não implica no abandono da teoria causal da ação, visto que, em que pese deixar de ser elemento suficiente à apreciação típica, ela é reconduzida a respaldar limite mínimo a aferir a própria

imputação, ou seja, passa a constituir o primeiro passo na apuração da responsabilidade do agente – o vínculo causal – para que, após, possa se verificar a existência dos demais critérios, os normativos. Diante disso, o risco, que se fundamenta no reconhecimento dos perigos inerentes a todas as atividades, somente se configurará como típico culposo quando transpuser seus limites e originar resultado jurídico (D'ÁVILA, 2001, p. 136).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da imputação objetiva, situada no âmbito da teoria do delito, encontra pouca notoriedade em território brasileiro, não obstante a sua grande utilização em solo europeu. No Brasil, embora já existam pesquisas sobre o tema, essa vertente jurídica não se desenvolveu na mesma velocidade, continuando o Código Penal a ser regido pela teoria causal-naturalista, mediante a fórmula da equivalência dos antecedentes.

A doutrina brasileira divide-se quanto às vantagens e desvantagens trazidas pela teoria da imputação objetiva. A ausência de consenso também é averiguada nas críticas formuladas, que por ora consideram-na dispensável, em virtude do exaurimento da tipicidade na relação de causalidade, no âmbito dos delitos materiais, e, por ora, avaliam-na como demasiadamente ampla, cuja aplicação acarretaria em uma insegurança jurídica.

Contudo, o difundido posicionamento de que a teoria da imputação não é passível de ser empregada em uma sociedade subdesenvolvida da América Latina, como o Brasil, visto que cunhada para atender as necessidades do Direito Penal e política-criminal alemã, frutos de uma sociedade desenvolvida, não tem respaldo jurídico em um país no qual vige uma teoria do delito importada da Alemanha. Ademais, por ser uma teoria explicativa, pode ser aplicada em qualquer ordenamento em que haja o princípio da legalidade, devendo apenas ser mensurados os riscos permitidos e riscos proibidos com base da sociedade em análise.

Finalmente, no âmbito dos delitos culposos de trânsito, a aplicação do princípio da confiança não implica na substituição do dogma causal material, mas em estabelecer limitações político-criminais, em conformidade com uma interpretação teleológica dos tipos penais a

fim de conduzir a soluções mais justas, em conformidade com o Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como garantir um direito penal mínimo e o atendimento aos princípios penais e constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ABREU RODRIGUES, Emanuele. Noções sobre a teoria da imputação objetiva. *Revista AJURIS*, 108 (2007), p. 121-138.
- CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. *Revista dos Tribunais*, 764 (1999), p. 434-452.
- _____; MELIÁ, Manuel Cancio. Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. *Revista dos Tribunais*, 831 (2005), p. 463-482.
- CASTALDO, Andrea Raffaele. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*. Tradução de Antonio Bonanno. Montevideo- Buenos Aires: B de f, 2004. Título original: *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. *Revista dos Tribunais*, 839 (2005), p. 462-481.
- GOMES, Luis Flávio. *Direito penal parte geral*. Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Bases e perspectivas da teoria constitucional do delito (do fato punível). *Revista dos Tribunais*, 816 (2003), p. 415-425.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- JAKOBS, Günter. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PUIG, Santiago Mir. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 56 (2005), p. 173-201.
- RODRIGUES DA SILVA, Marcelo. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 45 (2003), p. 159-185.
- ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 38 (2002), p. 11-31.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 65 (2007), p. 9-25.

_____. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007. Tradução de Manuel A. Abanto Vasquez.

_____. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: QUEM DEVERIA CONHECER E DECIDIR?

Rômulo de Andrade Moreira

*Procurador-Geral de Justiça Adjunto para
Assuntos Jurídicos na Bahia*

Como é sabido, antes de se iniciar a ação penal, com o oferecimento da denúncia, não se pode falar em conflito de competência ou de jurisdição, mas, tão-somente, em conflito de atribuições entre membros do Ministério Público a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça (ou pela Câmara de Coordenação e Revisão – art. 62, inc. VII, da Lei Complementar n. 75/93, conforme o caso).

Aliás, pouco importa que tenha o Juiz de Direito exarado nos autos da peça informativa qualquer despacho neste ou naquele sentido, pois, nessa primeira fase da **persecutio criminis** não há de falar-se em competência e sim em atribuição do Promotor de Justiça (ou Procurador da República).

Com efeito, o que diferencia o conflito de atribuição do conflito de jurisdição ou competência não são exatamente as autoridades em confronto, mas o tipo de ato a ser praticado. Assim, o fato de dois Juízes declararem em seus respectivos despachos não serem competentes para determinado feito não implica, necessariamente, que tenha surgido entre eles um conflito negativo de jurisdição ou competência, pois o que importa para a perfeita identificação do problema é visualizarmos em cada caso concreto qual a natureza do ato a ser praticado e não a autoridade que o venha a praticar.

Ora, quando se está diante de um inquérito policial, não há, ainda, evidentemente, processo instaurado, sequer ação penal iniciada.

Nessas condições, os despachos exarados em um procedimento investigatório se revestem de caráter eminentemente administrativo (salvo as medidas de natureza cautelar) e não podem ser considerados atos jurisdicionais, nem gerar, por conseguinte, qualquer vinculação do ponto de vista da competência processual.

Aliás, admitindo-se o contrário, estaria ferida de morte a autonomia dos membros do Ministério Público, pois a atribuição ministerial seria ditada pelo despacho do Juiz oficiante, o que é inconcebível em nosso sistema processual penal, estruturalmente acusatório, no qual estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório.

Pelo sistema proíbe-se “*al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora*”¹, “*que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento*”².

A propósito, sobre o sistema acusatório, assim escreveu Vitu:

“Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l’époque franque et dans la procédure féodale.

“Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu’on retrouve dans les différents pays qui l’ont consacré.

“Dans l’organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l’accusation et la défense.”³

Dos doutrinadores pátrios, talvez o que melhor traduziu o conceito do sistema acusatório tenha sido o mais completo processualista brasileiro, José Frederico Marques: “*A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão*

1 Sendra, Gimeno. *Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. p. 64.

2 Barreiros, José António. *Processo Penal-1*. Almedina: Coimbra, 1981. p. 13.

3 Vitu, André. *Procédure Pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. p. 13-14.

*estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o **jus puniendi** e a liberdade do réu.*

*Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. (...) O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da **notitia criminis**. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público.⁴*

Ora, sendo persecutório o ato a ser praticado, e exclusivo do Ministério Público, não pode se admitir que o órgão jurisdicional, antes de iniciada a ação penal, decida sobre sua competência, visto que a análise de tal matéria ainda lhe é defesa.

Bem a propósito, vê-se que o art. 109 do Código de Processo Penal refere-se a processo quando determina que o Juiz se declare incompetente. E inquérito não é processo...

Assim, é impossível enxergar em tais hipóteses as feições de um conflito negativo de jurisdição (ou competência), pois os pronunciamentos judiciais proferidos em inquérito policial (ou em qualquer outra peça informativa) não têm o condão de caracterizar decisões de positivação ou negação de suas respectivas competências.

Tal conclusão, longe de ser original, advém de renomados doutrinadores e de diversos julgados, como procuraremos, a título de ilustração, mostrar a seguir.

O festejado professor carioca, Afrânio Silva Jardim, discorrendo sobre o tema, assim se pronunciou:

Como se sabe, o inquérito policial tem natureza administrativa, sendo atividade investigatória do Estado-Administração, destinada a dar lastro probatório mínimo a eventual pretensão punitiva. Se tal é a natureza do procedimento policial, outra não pode ser a natureza dos diversos atos que o compõem.

Mesmo os atos praticados pelo Juiz no curso do

4 Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I, Forense. p. 64.

inquérito têm a natureza administrativa, sendo, por isso, chamados pelo professor Fernando da Costa Tourinho Filho de anômalos, tendo em vista o sistema acusatório. Não são jurisdicionais, pois sem ação não há jurisdição.

Conclui, então, o professor da UERJ:

Inexiste possibilidade de conflito de competência ou jurisdição na fase inquisitorial, pela própria natureza dos atos que aí são praticados. Ficam expressamente ressalvadas as hipóteses de jurisdição cautelar, como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória (contracautela).

O simples fato de os Juízes, no inquérito, terem encaminhado os respectivos autos, a requerimento do MP, para outro órgão judicial não implica em afirmar ou negar a sua competência, tratando-se de despachos de mero expediente ou ordinatórios. Note-se que o art. 109 do CPP permite que o Juiz declare sua incompetência 'em qualquer fase do processo', não do inquérito policial.⁵

Vejamos o ensinamento de outro professor da UERJ, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

O juiz, quando determina o encaminhamento dos autos do inquérito para outro órgão do Ministério Público, o faz exercitando unicamente atividade administrativa, como chefe que é dos serviços administrativos do cartório. (...) o despacho de encaminhamento tem natureza simplesmente administrativa (...). Não existe nenhuma atividade jurisdicional e mesmo judicial na hipótese.

Uma vez que, na prática, existe um despacho administrativo, lacônico que seja, não podemos transformá-lo de uma penada, sem um exame mais cauteloso de cada hipótese, em declinação da competência de um juízo, sob pena de subvertermos toda a ordem processual, além dos demais e gravíssimos incon-

5 Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Forense, 10^a. ed., 2001, p. 225 e segs.

venientes e ilegalidades que tal medida acarretaria.⁶

Agora estes julgados, bem elucidativos:

Conflito de competência - Inexistindo denúncia, não tendo sido instaurada a ação penal, não há conflito de competência de juízes, mas conflito de atribuições do MP, que será decidido pela douta Procuradoria Geral de Justiça. (Conflito de Jurisdição n.º 163, Comarca do Rio de Janeiro).

Conflito de Jurisdição - (...) Conflito suscitado antes do oferecimento da denúncia. Inadmissibilidade - Improcedência decretada - Remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do art. 28, do CPP. (Conflito de Jurisdição n.º 32.572, de São Paulo, RT 192/568).

Conflito de Jurisdição. Hipótese de conflito de atribuições. Conflito de jurisdição. Não se configura quando o desacerto sobre o juízo competente só existe no plano do MP e antes da denúncia. Sem o pedido inicial não se instaura a jurisdição. Caso de simples conflito de atribuições a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça. (Ac. unânime da 3ª. Câmara Criminal, Rel. Des. Vivalde Couto, Conflito de Jurisdição n.º 592/81, Ementário de Jurisprudência do TJERJ, ano 04, p. 352).

Não é caso de conflito de jurisdição, mas de conflito de atribuições entre órgãos do MP (a ser resolvido pelo Procurador-Geral), quando, antes de intentado o procedimento penal, se manifesta divergência ou dúvida entre os órgãos da acusação sobre qual a ação penal que no caso deve ser intentada. (Acórdão da 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal - Conflito de Jurisdição n. 468, Rel. Des. Romão Lacerda).

No mesmo sentido, conferir decisões citadas por Damásio de Jesus, no seu livro “Código de Processo Penal Anotado, São Paulo: Saraiva, 8ª. ed., 1990” (p. 109).

6 O Ministério Público no Processo Civil e Penal. Rio de Janeiro: Forense, 5ª. ed., 1995. p. 190 e seguintes.

Resta-nos, então, a seguinte indagação: caso surja (e não é incómodo, muito pelo contrário) um conflito de atribuições entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos ou entre representantes do Ministério Público Federal e Estadual, quem deve dirimi-lo? Evidentemente que estão excluídos desde logo o Procurador-Geral de Justiça respectivo e o Procurador-Geral da República, pois ambos chefiam instituições independentes (inclusive do ponto de vista constitucional) e não há de falar-se em hierarquia entre elas, de modo que o chefe de uma não poderá impor ao membro da outra o seu posicionamento.

Tampouco o Superior Tribunal de Justiça tem competência para dirimir este tipo de controvérsia, primeiro porque, como se disse acima, não se trata de um conflito de competência, e, segundo, porque não se encontra essa competência elencada no art. 105 da Constituição Federal. Como se sabe, *“a competência expressa determinada pela Constituição Federal não pode ser ampliada ou estendida, uma vez que o poder constituinte originário assim o pretendia”*, como bem afirma Luiz Flávio Gomes.⁷

Uma terceira via seria, considerando que, **in casu**, estamos possivelmente diante de um conflito federativo instaurado entre a União (via Ministério Público Federal) e o Estado (através do respectivo Ministério Público Estadual), ou entre este Estado e um outro, entender que é o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para dirimir este conflito, pois a ele cabe processar e julgar originariamente *“as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”* (art. 102, I, “f”).⁸ Essa é a posição de doutrinadores de tomo, como os ilustres professores cariocas Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁹ e Afrânio Silva Jardim¹⁰.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

PETIÇÃO 3.528-3 BAHIA. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. REQUERENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLI-

7 *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 157.

8 Na verdade, do ponto de vista da Constituição Federal, só há conflito federativo quando houver *“intensidade do risco de ruptura da harmonia entre os entes federados”*, conforme afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, na Ação Cível Originária (ACO) 1110.

9 *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª. ed., 1995. p. 211 e seguintes.

10 *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª. ed., 2001. p. 233.

CO DO ESTADO DA BAHIA. REQUERIDO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RELATÓRIO: O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Este processo veio à Corte ante pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça Adjunto do Ministério Público do Estado da Bahia, de folha 119 a 123, sobre os seguintes fatos:a) o inquérito policial visa a elucidar a prática de crime de roubo - artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal; b) o processo revelador do inquérito foi enviado à Promotoria de Justiça de Feira de Santana, que se manifestou pela incompetência da Justiça Estadual da Bahia, em face de conexão com crime da competência da Justiça Federal - o descaminho, presentes os objetos roubados; c) a Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal de Feira de Santana assentou a inexistência de conexão, acionando o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal; d) o Procurador-Geral de Justiça, após consignar a ausência de conflito negativo de competência, ante a fase do processo - simplesmente investigatória -, entendeu competir a atuação à Procuradoria da República na Bahia;e) o Ministério Público Federal reafirmou tratar-se, no inquérito, do crime previsto no artigo 334 do Código Penal, tendo em conta as balizas subjetivas e objetivas da espécie; f) o Juízo federal, corroborando a conclusão do Juízo estadual, rechaçou o que se poderia enquadrar como conflito virtual de jurisdição e, apontando o procedimento como única solução, devolveu o processo de inquérito à 2ª Vara Criminal de Feira de Santana;g) a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado da Bahia considerou configurado o conflito entre órgãos integrantes da União e de um Estado federado, a atrair a incidência da norma da alínea "f" do inciso I do artigo 102 da Carta da República. Determinei a remessa do processo ao Procurador-Geral da República, que se pronunciou em peça que tem a seguinte síntese:Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público Estadual e Federal. Possível conexão entre os crimes previstos no art. 157, § 2º, I e art. 334, ambos do Código Penal. Inocorrência (sic).

Investigações voltadas exclusivamente para o delito de roubo. Conflito decidido para determinar a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual. O Fiscal da Lei remete à jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Na Petição nº 1.503/MG, o Supremo, ante virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual, conferira interpretação ao artigo 105, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal, decidindo pela competência do Superior Tribunal de Justiça para apreciar a matéria – Plenário, relator ministro Maurício Corrêa, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de novembro de 2002. No Conflito de Atribuição nº 154, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, reportando-se a precedentes, proclamara, na dicção do ministro José Delgado – acórdão publicado no Diário da Justiça de 18 de abril de 2005: PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NÃO-CONHECIMENTO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não se conhece de conflito de atribuições, por incompetência da Corte, em que são partes o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses previstas no art. 105, I, “g”, da CF/1988”. (...) O Procurador-Geral da República alude à circunstância de o Conflito de Atribuição nº 154 haver sido remetido pelo Superior Tribunal de Justiça ao Órgão, concluindo o então Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles pela competência do Procurador-Geral da República para dirimi-lo. Daí haver Sua Excelência passado ao julgamento do conflito, retornando-me o processo. É o relatório. VOTO: O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - De início, tem-se a impossibilidade de se adotar a solução que prevaleceu quando o Plenário apreciou a Petição nº 1.503/MG. É que aqui não é dado sequer assentar um virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual. Ambos estão uníssonos quanto à atribuição do Ministério Público

Estadual. Assim, cabe expungir o envolvimento de órgãos investidos no ofício judicante em conflito, quer presente a configuração do fenômeno, quer a capacidade intuitiva e, portanto, a presunção de virem a discordar sobre a matéria. Afasta-se, assim, a interpretação analógica que prevaleceu quando do pronunciamento anterior e que girou em torno do preceito da alínea “b” do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, a revelar competir ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no artigo 102, inciso I, alínea “o”, da Carta da República bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. Eis o precedente, sendo que não compus o Plenário quando formalizado, ante ausência justificada: EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DENÚNCIA. FALSIFICAÇÃO DE GUIAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO O FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. 1. Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do Parquet competente para apresentar denúncia. 2. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra “f” do inciso I do artigo 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal. 3. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do Parquet em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, “d”, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribu-

nal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia. Conflito de atribuições não conhecido. Também não é possível assentar-se competir ao Procurador-Geral da República a última palavra sobre a matéria. A razão é muito simples: de acordo com a norma do § 1º do artigo 128 do Diploma Maior chefia ele o Ministério Público da União, não tendo ingerência, considerados os princípios federativos, nos Ministérios Públicos dos Estados. Todavia, diante da inexistência de disposição específica na Lei Fundamental relativa à competência, o impasse não pode continuar. Esta Corte tem precedente segundo o qual, diante da conclusão sobre o silêncio do ordenamento jurídico a respeito do órgão competente para julgar certa matéria, a ela própria cabe a atuação: CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 1. No silêncio da Constituição, que não estabelece o órgão para decidir conflitos de jurisdição entre Tribunais Federais e Juizes, a competência cabe ao Supremo Tribunal Federal. 2. É competente o Tribunal Regional Eleitoral para processar e julgar mandado de segurança contra atos de sua Presidência ou dele próprio (Conflito de Jurisdição nº 5.133, relator ministro Aliomar Baleeiro, DJ de 22 de maio de 1970). C.J. - I. Compete ao S.T.F., no silêncio da C.F., na redação da Emenda nº 1/1969, decidir conflitos de jurisdição entre um Tribunal e um juiz.II. Cabe à Justiça Federal, nos termos do art. 110 da C.F. e Emenda nº 1/1969, processar e julgar reclamações trabalhistas contra o INPS (Conflito de Jurisdição nº 5.267, relator ministro Aliomar Baleeiro, DJ de 4 de maio de 1970). Esse entendimento é fortalecido pelo fato de órgãos da União e de Estado membro estarem envolvidos no conflito, e aí há de se emprestar à alínea "f" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal alcance suficiente ao afastamento do descompasso, solucionando-o o Supremo, como órgão maior da pirâmide jurisdicional. Aliás, pela propriedade, cumpre ressaltar o que citado na manifestação do Ministério Público do Estado da Bahia, na óptica proficiente do ex-Subprocurador de Justiça e professor da Faculdade Estadual do Rio de Janeiro

- UERJ - Dr. Paulo César Pinheiro Carneiro: O juiz quando determina o encaminhamento dos autos do inquérito para outro órgão do Ministério Público, o faz exercitando unicamente atividade administrativa, como chefe que é dos serviços administrativos do cartório... O despacho de encaminhamento tem natureza simplesmente administrativa... Não existe nenhuma atividade jurisdicional e mesmo judicial na hipótese. Uma vez que, na prática, existe um despacho administrativo, lacônico que seja, não podemos transformá-lo de uma penada, sem o exame mais cauteloso de cada hipótese em declinação da competência de um juízo, sob pena de subvertermos toda ordem processual, além dos demais e gravíssimos inconvenientes e ilegalidades que tal medida acarretaria. Então, a seguir, em análise da problemática versada neste processo, o autor da consagrada obra "O Ministério Público no Processo Civil e Penal" - Rio de Janeiro - Forense, 5ª Edição, 1995, página 212, observa:(...) Não há nada de estranho, de anormal, em conferir a órgão judiciário da nação o poder de dirimir conflitos de atribuições entre órgãos autônomos e independentes entre si. Pelo contrário, a relevância das questões em jogo exige que o órgão encarregado de dirimir estes conflitos tenham os predicados que atualmente só a magistratura tem, de sorte a garantir julgamento técnico e isenção total. Não é o STF que, originariamente, julga as causas judiciais entre Estados membros? Como, então, se poderia afirmar que haveria quebra de independência e autonomia dos Estados membros se a ele fosse também conferido o poder de decidir os conflitos de natureza administrativa entre estes mesmos entes? Não existe, até o momento, no nosso sistema constitucional, nenhum órgão ou ente superior que tenha o poder de decidir a que Estado competiria determinado tipo de atribuição. Transporte-se o enfoque para o conflito de atribuições entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. A solução há de decorrer não de pronunciamento deste ou daquele Ministério Público, sob pena de se assen-

tar hierarquização incompatível com a Lei Fundamental. Uma coisa é atividade do Procurador-Geral da República no âmbito do Ministério Público da União, como também o é atividade do Procurador-Geral de Justiça no Ministério Público do Estado. Algo diverso, e que não se coaduna com a organicidade do Direito Constitucional, é dar-se à chefia de um Ministério Público, por mais relevante que seja, em se tratando da abrangência de atuação, o poder de interferir no Ministério Público da unidade federada, agindo no campo administrativo de forma incompatível com o princípio da autonomia estadual. Esta apenas é excepcionada pela Constituição Federal e não se tem na Carta em vigor qualquer dispositivo que revele a ascendência do Procurador-Geral da República relativamente aos Ministérios Públicos dos Estados. Tomo a manifestação do Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros Silva de Souza, contida à folha 130 à 137, não como uma decisão sobre o conflito, mas como parecer referente à matéria. A competência para dirimir o conflito de atribuições envolvido o Ministério Público do Estado da Bahia e o Federal é realmente do Supremo, conforme decidido no Mandado de Segurança nº 22.042-2, relatado pelo ministro Moreira Alves e assentado sem discrepância de votos: Mandado de segurança. Questão de ordem quanto a competência do supremo tribunal federal. - Tendo sido o presente mandado de segurança impetrado, por se tratar de ato complexo, contra o governador e o Tribunal do Estado de Roraima, bem como contra o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e versando ele a questão de saber se a competência para a constituição da lista sêxtupla e do impetrante - o Ministério Público desse Estado - ou de um dos impetrados - o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios -, não há dúvida de que, nos termos da impetração da segurança, há causa entre órgão de um Estado-membro e órgão do Distrito Federal, configurando-se, assim, hipótese prevista na competência originária desta corte (artigo 102, i, "f", da

Constituição Federal), uma vez que o litígio existente envolve conflito de atribuições entre órgãos de membros diversos da Federação, com evidente substrato político. - Correta a inclusão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no pólo passivo do mandado de segurança, pois, em se tratando de ato complexo de que participam, dentro da esfera de competência própria, órgãos e autoridades sucessivamente, mas que não estão subordinados uns aos outros, para a formação de ato que só produz efeito quando o último deles se manifesta, entrelaçando-se essa manifestação as anteriores, esses órgãos e autoridades, a partir daquele de que emanou o vício alegado, devem figurar, como litisconsortes, no pólo passivo do mandado de segurança. Reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o presente mandado de segurança, com fundamento na letra "f" do inciso i do artigo 102 da Constituição Federal. Suplantada essa questão preliminar, valho-me do mesmo pronunciamento para assentar que compete ao Ministério Público do Estado da Bahia a atuação no inquérito formalizado e que tem como escopo, tão-somente, apurar o crime de roubo, pouco importando, no caso, a origem da mercadoria roubada:19. Assiste razão, na presente controvérsia, ao Procurador da República. 20. In casu, instaurou-se o incluso inquérito policial com o único objetivo de se apurar eventual crime de roubo, mediante o emprego de arma de fogo, previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, perpetrado pelos indiciados JOSÉ CARLOS DA SILVA, JOSÉ AGNALDO DA PUREZA COUTINHO E JORGE DO NASCIMENTO, no dia 29/03/2003, na cidade de Feira de Santana/BA. 21. Conforme se depreende dos elementos probatórios coligidos, sequer chegou a se comprovar, nestes autos, a materialidade do suposto delito de contrabando ou descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal, e inicialmente imputado ao indiciados. 22. Nesse sentido, em que pese a elaboração de laudo pericial pela polícia civil do Estado da Bahia, a fls.

113/114, não se conseguiu apurar autenticidade dos selos e embalagens dos cigarros subtraídos pelos indiciados, bem como a eventual ilicitude de seu ingresso no território nacional, eis que, no exame pericial realizado, verificou-se a ausência de material padrão para confronto, em razão da falta de selos sobre as carteiras de cigarros (fls. 113/114). 23. Ademais, ainda que restasse comprovada nestes autos a existência material do crime de contrabando ou descaminho (art. 334 do CP), de competência da Justiça Federal, não haveria nenhum motivo para justificar a unidade de processo e julgamento na esfera federal, tendo em vista a inexistência de qualquer das espécies de conexão, previstas no art. 76 do Código de Processo Penal, capazes de demonstrar algum ponto de afinidade com relação ao delito de roubo.²⁴ Isto porque, na hipótese, em primeiro lugar, não se poderia imputar a autoria de um eventual crime de contrabando ou descaminho aos indiciados. É que a mercadoria alienígena pertencia à vítima do crime de roubo, e não aos imputados. Em segundo lugar, se, realmente, crime de contrabando ou descaminho ocorreu, foi em contexto diverso, constituindo-se em infração autônoma e sem qualquer vínculo de interligação com o delito de roubo ora investigado. 25. Nessa perspectiva, a circunstância de ter a mercadoria roubada, provavelmente, origem ilícita, foi absolutamente casual em relação à conduta realizada pelos indiciados, não importando em qualquer ponto de afinidade, contato, aproximação ou influência na respectiva apuração de um e outro evento criminoso. 26. Dessa forma, nem mesmo a conexão probatória ou instrumental, prevista no art. 76, III, do Código de Processo Penal, serviria como fundamento para a unidade de processo e julgamento dos delitos em apreço na Justiça Federal.²⁷ A conexão probatória ou instrumental encontra seu fundamento, segundo ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, “na manifesta prejudicialidade homogênea que existe. Se aprova de uma infração influi na prova de outra, é evidente que deva haver unida-

de de processo e julgamento, pois, do contrário, teria o Juiz de suspender o julgamento de uma, aguardando a decisão quanto à outra.” (Processo Penal, 2º Volume, 24ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2002, página 184/185). 28. No caso dos autos, não há qualquer vínculo de interdependência entre a prova do crime de roubo e a prova de um eventual crime de contrabando ou descaminho. É indiferente, para a comprovação do delito de roubo, a identificação, por intermédio de exame merceológico, da origem alienígena e da introdução ilícita em território nacional da mercadoria roubada. Não existe, nesse aspecto, nenhuma prejudicialidade homogênea entre as provas referentes a ambos os delitos, a qual poderia sugerir a unidade de processo e julgamento do feito perante a Justiça Federal. Qualquer que seja o resultado de perícia destinada à comprovação do crime de contrabando ou descaminho, em nada influirá na materialidade e autoria referentes ao delito de roubo objeto desses autos. 29. A propósito, verifica-se, inclusive, a instauração de inquérito pela Polícia Federal, no intuito de apurar o suposto crime de contrabando ou descaminho ora debatido, sem que isso prejudique ou influa na instrução probatória realizada nestes autos, referente ao crime de roubo, o que demonstra, mais uma vez, a autonomia entre os dois eventos criminosos e a distinção entre as condutas examinadas (fls. 116 e 118).30. Portanto, resta à Justiça Estadual da Bahia processar e julgar o crime de roubo apurado nestes autos, e, por sua vez, à Justiça Federal a apreciação de eventual crime de contrabando ou descaminho objeto de investigação diversa. Dirimo o conflito proclamando, portanto, a atribuição do Ministério Público do Estado da Bahia. Brasília, 28 de setembro de 2005.

Após este **leading case**, vários foram os conflitos de atribuições enviados ao Supremo Tribunal Federal pelo Ministério Público, sempre tombados sob a epígrafe de Ação Cível Originária, pois, conforme afirmou o Ministro Celso de Mello,

o Supremo Tribunal Federal tem a posição de tribunal da federação, com poder de dirimir controvérsias criadas no seio do Estado Federal. Ele citou o autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que aponta o STF como órgão de equilíbrio do sistema federativo: ‘O Supremo tem um caráter nacional que o habilita a decidir, com independência e imparcialidade, as causas e conflitos de que sejam partes, em campos opostos, a União e qualquer dos Estados federados.’ (Ação Cível Originária n. 625, onde se discutia um conflito federativo entre a União e o Estado do Rio de Janeiro).

Assim, por exemplo, o Ministro Eros Grau declarou o Ministério Público do Estado de São Paulo competente para investigar supostas irregularidades praticadas pelo ex-presidente do Serviço Nacional de Aprendizagem e Cooperativismo do Estado de São Paulo (SESCOOP), na gestão de recursos oriundos do Instituto Nacional do Seguro Social. A decisão foi tomada no conflito de atribuições apresentado pelo Ministério Público Federal nos autos da Ação Cível Originária (ACO) 1382.

Vejamos outros julgados da Suprema Corte:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 08/03/2007 TRIBUNAL PLENO - AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 853-5 RIO DE JANEIRO - RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO - EMENTA: 1. COMPETÊNCIA. Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP federal e estadual. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal. Conflito conhecido. Precedentes. Aplicação do art. 102, I, “f”, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público federal e o Ministério Público estadual. 2. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de opinio delicti e apresentação de eventual denúncia. Fatos investigados atribuídos a ex-Governador de Estado. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Matéria de atribuição do Ministério Público estadual. Inconstitucionalidade dos §§ do art. 84 do CPP, introduzidos pela Lei nº 10.628/2002. Conflito negativo de atribuição conhe-

cido. É da atribuição do Ministério Público estadual analisar procedimento de investigação de atos supostamente delituosos atribuídos a ex-Governador e emitir a respeito *opinio delicti*, promovendo, ou não, ação penal.

Ressaltando a recente alteração jurisprudencial acerca da matéria, o Tribunal, por maioria, reconheceu, com fundamento no art. 102, I, f, da CF, sua competência para dirimir conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a respeito de fatos constantes de inquérito policial instaurado na delegacia de Santos - SP (CF: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: ... f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;"). Vencido, nesse ponto, o Min. Marco Aurélio que não vislumbrava conflito federativo, e declinava da competência ao STJ, ao fundamento de que, cuidando-se de conflito de atribuições entre Ministérios Públicos estaduais, a solução quanto a quem deve atuar deveria ser a mesma que se leva em conta para o conflito de competências em se tratando de juízes vinculados a tribunais diversos (CF, art. 105, I, d). Alguns precedentes citados: Pet 3631/SP (DJE de 6.3.2008); Pet 3258/BA (DJU de 28.9.2005); ACO 853/RJ (DJE de 27.4.2007). (ACO 889/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 11.9.2008).

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal decidiu que é atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, e não do Ministério Público Federal, investigar supostas irregularidades ocorridas na administração da Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP), embora se trate de sociedade de economia mista com capital da União. A decisão foi tomada em conflito de atribuições apresentado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo na Ação Cível Originária (ACO) 1233, de que Menezes Direito é relator. A Procuradoria da República no Estado

de São Paulo remeteu os autos ao Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, por entender que o assunto não é de sua atribuição, vez que não haveria indícios de “detrimento direto a bem, serviço ou interesse da União”. Já o MP-SP sustentou que, na hipótese de investigação de lesão ao patrimônio da União, esta atrairia a atuação do MPF. Encaminhada a ação à Procuradoria-Geral da República (PGR), esta entendeu que

o objeto da investigação é a possível prática de ato de improbidade administrativa, e não a defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais do cidadão. Logo, não está na esfera de competência do MPF. Segundo a PGR, “o simples fato de a União Federal ter participação ou o controle acionário majoritário em uma pessoa jurídica não tem o condão de definir a competência da Justiça Federal.

O ministro Menezes Direito confirmou esse entendimento. Reportou-se, ainda, a precedentes do STF no julgamento de casos semelhantes. Trata-se das ACOs 1213 e 971, ambas decididas no mesmo sentido pelo ministro Joaquim Barbosa. Em outro caso, o Ministro Eros Grau acolheu o parecer da Procuradoria-Geral da República para decidir que a apuração de eventual fraude em processo licitatório realizado pela Petrobras cabe ao Ministério Público do Estado da Bahia e não ao Ministério Público Federal. A decisão foi tomada pelo ministro na análise da Ação Cível Originária 1013, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo MPF. O Ministério Público baiano entendeu que a possível fraude traria prejuízos a Petrobras, pessoa jurídica de direito privado com patrimônio majoritário da União. Nesse sentido, o MPE argumentou que não teria competência para permanecer à frente das apurações, uma vez que, como caberia à Justiça Federal o julgamento de crimes praticados contra a Petrobras – sociedade de economia mista, por analogia caberia ao Ministério Público Federal a investigação sobre o caso. Ao receber o processo, e por entender de forma diferente, o MPF ajuizou a ACO no Supremo, para que fosse resolvida a questão, chamada de conflito negativo de atribuições. Também por unanimidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que é atribuição do Ministério Público Estadual propor ação de improbidade administrativa a respeito da aplicação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). O conflito de atribuições entre os ministérios públicos foi decidido no julgamento da

Ação Cível Originária (ACO) 1156. O ministro Eros Grau declarou o Ministério Público Federal competente para instaurar investigação sobre quebra de sigilo bancário e sobre ato de improbidade supostamente praticado por servidora pública exercendo cargo em órgão municipal. A Procuradoria-Geral da República, na Ação Cível Originária (ACO) 1142, pediu ao STF a definição do conflito de atribuições entre os ramos do MP. Conforme a ação, a suposta quebra de sigilo de extrato bancário de um correntista do Bradesco começou a ser investigada pelo MP do Estado de São Paulo. Mas a Promotoria de Justiça de Vargem Grande, no Estado, entendeu que o caso é de competência federal e, por isso, encaminhou o processo para a Procuradoria da República de São Paulo, que faz parte do MP Federal. Fonte: STF.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Processo CA1 169/RJ; CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES 2005/0070615-4 Relatora: MIN. LAURITA VAZ (1120) Relator p/ Acórdão: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 23/11/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 13.03.2006 p. 177 Ementa CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NÃO ENQUADRAMENTO NO ART. 105, I, "G" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. Nos termos do disposto na alínea "g", inciso I, do art. 105, da Carta Magna, ao STJ compete processar e julgar "os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União", afastada pois, a competência desta Corte na espécie, resultante do conflito suscitado entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses mencionadas. 2. Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Pleno, decidiu em recente julgamento, ser aquela Corte Suprema competente para dirimir conflito de atribuições entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual, quando não configurado virtual conflito de jurisdição que, por

força da interpretação analógica do art. 105, I, “d”, da CF, seria da competência do Superior Tribunal de Justiça. 3. Conflito de atribuições não conhecido.

Nada obstante esse entendimento já consolidado no seio de nossa Corte Suprema, de lege ferenda, entendemos que seria mais adequado, seja do ponto de vista do acima analisado sistema acusatório (art. 129, inc. I, da Constituição Federal), seja sob o prisma institucional (art. 127, §§ 1º e 2º, da Carta Magna), seja sob o aspecto constitucional (art. 130-A, § 2º da Constituição Federal), que tais conflitos de atribuição fossem decididos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, órgão constitucionalmente legitimado para o controle do “cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”.

Para tanto, acrescentar-se-ia ao art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal, o inciso VI, com a seguinte redação: “*dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público de Estados diversos e entre estes e os membros do Ministério Público da União*”. Fica a sugestão para um Projeto de Emenda à Constituição.