

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

JURIS ITINERA

Francisco das Chagas Barros de Sousa

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Selene Coelho de Lacerda

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

José Antonio Oliveira Bents

DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Carlos Nina Everton Cutrim

OUIDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES

Francisco das Chagas Barros de Sousa

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Regina Maria da Costa Leite

CONSELHEIRA

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Suvamy Vivekananda Meireles

CONSELHEIRO

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

CONSELHEIRO

Selene Coelho de Lacerda

CONSELHEIRA

Regina Lúcia de Almeida Rocha

CONSELHEIRA

SUPLENTES

José Antonio Oliveira Bents

Rosa Maria Pinheiro Gomes

José Henrique Marques Moreira

Eliza Brito Neves dos Santos

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Néa Bello de Sá
Reinaldo Campos Castro
Nilde Cardoso Macedo Sandes
José Antonio Oliveira Bents
Regina Lúcia de Almeida Rocha
Maria dos Remédios Figueiredo Serra
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
José Argôlo Ferrão Coelho
Daniel Ribeiro da Silva
Eliza Brito Neves dos Santos
Rosa Maria Pinheiro Gomes
Iracly Martins Figueiredo Aguiar
Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes
Lúcia Maria da Silva Cavalcanti
Suvamy Vivekananda Meireles

Krishnamurti Lopes Mendes França
Francisca Pereira Teive
Raimundo Nonato de Carvalho Filho
Carlos Nina Everton Cutrim
Selene Coelho de Lacerda
José Henrique Marques Moreira
Domingas de Jesus Froz Gomes
Francisco das Chagas Barros de Sousa
César Queiroz Ribeiro
Clodenilza Ribeiro Ferreira
Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
Regina Maria da Costa Leite
Flávia Teresa de Viveiros Vieira
Paulo Roberto Saldanha Ribeiro
Teodoro Peres Neto
Rita de Cássia Maia Baptista

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

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

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 13, jan./dez. 2006

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Laert Pinho de Ribamar
PROMOTOR DE JUSTIÇA

José Henrique Marques Moreira
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Waldenice Oliveira Almeida Castro
COORDENADORA DE COMUNICAÇÃO

Rita de Cássia Maia Baptista
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Maria dos Remédios R. dos Santos
COORDENADORA DA BIBLIOTECA

Lena Cláudia Ripardo Pauxis
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Editoração
Coordenação da Biblioteca – PGJ

Luís Fernando Cabral Barreto Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Revisão
Ilza Galvão Cutrim

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Capa
Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro
São Luís-MA CEP: 65.020-910.
Fone: (0xx98) 3219-1600
Fax: (0xx98) 3231-2890
E-mail: procuradoria@pgj.ma.gov.br
Home page: www.pgj.ma.gov.br

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

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera / Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2006.
n. 13

Anual

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

CDU 340 (05)
ISSN 1677 – 1060

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

APRESENTAÇÃO

É com orgulho e gáudio que o Ministério Público do Estado do Maranhão vem apresentar à comunidade jurídica a mais nova edição da **Revista *Juris Itinera***, forjada não só no calor dos debates continuamente travados na seara acadêmica sobre os mais variados temas plantados no solo do Direito, como, também, na experiência dos valorosos membros do *Parquet* timbira em suas ações de defesa da sociedade e na visão de diferentes pensadores das ciências sociais aplicadas.

Em sua 13ª edição, esta Revista compila, além da contribuição de vários estudiosos da área jurídica, o pensamento de muitos membros do Ministério Público maranhense, o que testifica, conseqüentemente, o quanto o investimento da Instituição na capacitação e aprimoramento destes – via Escola Superior do Ministério Público ou outras Instituições de Ensino Superior no Brasil e no Exterior – tem sido fundamental para a reedição, anual, das páginas deste periódico.

Ademais, vale realçar que, a bússola orientadora da linha da **Revista *Juris Itinera*** e daqueles que a fazem realidade – Procuradores, Promotores de Justiça, servidores e inúmeros colaboradores – é a procura incessante da afirmação do ideal de Justiça, que emerge, invariavelmente, da discussão de temas polêmicos, da exposição de posicionamentos inovadores e da apresentação de propostas para o aperfeiçoamento das Ciências Jurídicas e do sistema jurídico operante, em absoluta sintonia com o pensamento jurídico-científico voltado para o bem-estar social.

Imprescindível, por isso, também aos olhos desta Administração que se inicia, que a **Revista *Juris Itinera*** prossiga em sua inesgotável missão de oferecer aos cultuantes das letras jurídicas, renovados e modernos caminhos para a promoção do ideal maior de Justiça.

Finalmente, reafirmo as minhas homenagens a todos os que colaboraram para a materialização de mais esta publicação.

FRANCISCO DAS CHAGAS BARROS DE SOUSA

Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

O CRIME ORGANIZADO E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA PROPOSTA LEGISLATIVA

Ana Luiza Almeida Ferro 9

LEI Nº 11.313/2006 E POLÍTICA CRIMINAL: LIMITES E POSSIBILIDADES

Henrique Helder de Lima Pinho 25

IMPROBIDADE AMBIENTAL: RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

Marcos Valentim Pinheiro Paixão 41

CRÍTICA CRIMINOLÓGICA AOS FUNDAMENTOS ECONOMICISTAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães 75

APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Justino da Silva Guimarães 101

O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Rômulo Lago e Cruz 131

DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO

Vanessa Oliveira Batista 151

HORÁRIO ESPECIAL DE SERVIDOR ESTUDANTE: REFLEXÕES SOBRE SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Cláudia Maria da Costa Gonçalves 165

CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
<i>Bruna Rodrigues Colombarolli</i>	177
AMORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO	
<i>Emerson Garcia</i>	199
ANÁLISE DAS DOUTRINAS DO “MOOTNESS” E DO “RIPENESS” NO DIREITO NORTE-AMERICANO E AS NOCIVIDADES PARA UMA DEMOCRACIA ENTRE LIVRES E IGUAIS DECORRENTES DA DISTINÇÃO ONTOLÓGICA ENTRE UM CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROCESSO DISCURSIVO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: TEMPO E RISCO COMO ELEMENTOS CONCRETOS DO CONTROLE NORMATIVO	
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	235
CÁRCEL Y DERECHOS HUMANOS: LA PRISIÓN, UN ULTRAJE A LA DIGNIDAD HUMANA. EL DEPÓSITO DE LOS ENEMIGOS	
<i>María Cecilia Toro</i>	285

O CRIME ORGANIZADO E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: UMA PROPOSTA LEGISLATIVA

Ana Luiza Almeida Ferro*

Resumo: O presente artigo oferece uma breve visão sobre os modelos legislativos no campo da repressão à criminalidade organizada e apresenta uma proposta legislativa para o enfrentamento da questão do crime organizado, mediante a alteração da redação do art. 288 do Código Penal brasileiro, cuja rubrica passaria a ser “associação ilícita”, e a introdução dos artigos 288-A e 288-B no corpo do mesmo estatuto legal, respectivamente destinados às figuras típicas da “organização criminosa” e da “organização terrorista”.

Palavras-chave: Crime organizado. Organizações criminosas. Modelos legislativos. Repressão à criminalidade organizada. Proposta legislativa. Alteração do Código Penal. Criação da figura típica da organização criminosa. Criação da figura típica da organização terrorista.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e

* Promotora de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutora em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do UNICEUMA e da ESMP/MA e Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Autora dos livros jurídicos *O Tribunal de Nuremberg*, *Escusas absolutórias no Direito Penal*, *Robert Merton e o Funcionalismo* e *O crime de falso testemunho ou falsa perícia*. Co-autora do livro de poesias *Versos e anversos*.

ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção – para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa.

2 MODELOS LEGISLATIVOS NO CAMPO DA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Existem, basicamente, dois modelos legislativos para a repressão às organizações criminosas: um que procura efetivamente definir ou caracterizar tipicamente o que seja uma organização criminosa, recorrendo a conteúdos sociológicos e criminológicos, e outro que privilegia o critério dogmático para o tratamento típico do fenômeno. No primeiro grupo, destaca-se o art. 416 *bis* do Código Penal italiano; no segundo, encontram-se, *exempli gratia*, o § 129 do Código Penal alemão, o art. 450-1 do estatuto francês, o art. 299º do diploma português e o próprio art. 288 do Código Penal brasileiro, todos dedicados à figura genérica da associação ilícita, com variações terminológicas.

A proposta legislativa de Luiz Flávio Gomes se insere no primeiro caso. Alegando o intuito de prevenir qualquer ofensa aos princípios da taxatividade e ofensividade, fixa, como elementos essenciais, a tipificação dos requisitos básicos do crime organizado, de natureza instrumental, organizacional e operacional, e a exigência de uma potencialidade agressiva ou fraudulenta de caráter duradouro e difuso. Este é o seu esboço de projeto de lei:

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 288 e seu parágrafo único do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a ter a seguinte redação:

ASSOCIAÇÃO ILÍCITA

“Art. 288. Associarem-se duas ou mais pessoas, de modo estável e permanente, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um (1) a três (3) anos.

ASSOCIAÇÃO ARMADA

§ 1º A pena aplica-se em dobro, se a associação ilícita é armada.

ASSOCIAÇÃO ORGANIZADA

§ 2º Se a associação ilícita é organizada:

Pena – reclusão, de três (3) a seis (6) anos.

§ 3º Considera-se organizada a associação ilícita quando presentes no mínimo três das seguintes características:

I – hierarquia estrutural;

II – planejamento empresarial;

III – uso de meios tecnológicos avançados;

IV – recrutamento de pessoas;

V – divisão funcional das atividades;

VI – conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;

VII – oferta de prestações sociais;

VIII – divisão territorial das atividades ilícitas;

IX – alto poder de intimidação;

X – alta capacitação para a prática de fraude;

XI – conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa”¹.

O esboço possui vários méritos. Substitui a velha expressão “quadrilha ou bando”, abarcando termos alternativos com a mesma significação, por outra mais moderna, “associação ilícita”, seguindo a tendência terminológica de muitos códigos penais alienígenas, mormente os de língua espanhola, como o espanhol, o argentino e o chileno. Apresenta uma definição de organização criminosa – embora sob a denominação de “associação organizada” – a ser incorporada *intra codicem*, fugindo à excepcionalidade das leis extravagantes. Parte da noção inicial e genérica da “associação ilícita” para a definição dos

¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: ———; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 98-100.

contornos específicos da “associação organizada”. Oferece um competente e selecionado rol de características da organização criminosa, no esforço de sua conceituação típica, de derivação sociológica e criminológica. Esta é, talvez, sua maior virtude. Porém, aí reside igualmente seu calcanhar de Aquiles. Ao optar por uma configuração mínima da organização criminosa, alicerçada em apenas três dos atributos listados, no que evoca a técnica do art. 210 *bis* do *Código Penal de la Nación Argentina* – a diferença é que lá o requisito mínimo baixa para duas das características enumeradas² –, a proposta do magistrado abre a possibilidade de enquadramento de uma mera quadrilha, mesmo que organizada, em tal dispositivo. Nesse sentido, uma associação ilícita com hierarquia estrutural, recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades não é necessariamente uma organização criminosa, podendo facilmente traduzir uma simples quadrilha em razoável patamar organizacional. Igual raciocínio se aplica a uma associação ilícita com emprego de meios tecnológicos sofisticados, divisão territorial das atividades ilegais e conexão local com uma organização criminosa, por exemplo. Em ambas as hipóteses, está ausente o atributo mais distintivo das organizações criminosas, isto é, a conexão com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes³. É que, no esboço de Luiz Flávio Gomes, todos os traços arrolados ostentam a mesma importância caracterizadora. É verdade que a técnica do requisito mínimo de somente três elementos dentre vários assinalados é mais vantajosa do ponto de vista probatório, mas à proporção que implica perda de acuidade na definição típica do fenômeno, como já ressaltado, e ainda um certo grau de insegurança jurídica.

Outro ponto é que o autor, apesar da preferência demonstrada pela expressão “associação organizada”, usa, com o mesmo significado e no mesmo contexto, a forma “organização criminosa” – cá adotada –, exprimindo indecisão terminológica. É que o último traço indicado é a conexão “com outra

² Cf. ARGENTINA. **Código penal de la nación Argentina**: ley 11.179. Buenos Aires: DEOF, 1997. p. 55-56.

³ “Fundamental nas estratégias de organização de crimes desta natureza, emerge o componente *conexão com o poder público*, elemento este que se destina a neutralizar as ações do Estado, tendentes a combater o crime organizado”. GOMES, Abel Fernandes. Introdução. In: ———; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Crime organizado e suas conexões com o Poder Público**: comentários à Lei nº 9.034/95: considerações críticas. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 3.

organização criminosa”. Melhor seria uma unificação terminológica. Contudo, é inelutável e digna de nota a iniciativa de definição e caracterização típica da organização criminosa ou “associação criminosa”, com apoio em elementos sociológicos e criminológicos.

Não menos louvável é a sugestão legislativa de Sheila Selim de Sales – representativa do segundo grupo –, conquanto por motivos diversos. A jurista defende a imediata revogação da Lei nº 9.034/95, por impor, na linha do “Direito penal da emergência” e do “simbolismo”, drásticas modificações no campo processual, em detrimento de princípios constitucionais, com a crescente ampliação do âmbito da legalidade, tendo por inexorável efeito o arbítrio. Reconhece, por outro lado, ser imperativa a intervenção penal para a prevenção do crime organizado, em processo de expansão nestas plagas, sobretudo nas áreas do narcotráfico e da macrocriminalidade econômica. Em consequência, prega a inclusão, no corpo do *Codex*, em tributo ao princípio de “reserva do código”, do art. 288-A, objetivando a diferenciação entre as hipóteses do crime de colarinho branco ou da “cifra dourada” e desconhecida e a criminalidade das quadrilhas comuns, pela observação de que a primeira categoria delitiva permanece intocável frente ao instrumental penal, face ao cunho seletivo do sistema penal, à sutileza de seus métodos, ao seu poder de infiltração na tessitura do Estado e das instituições e ao seu grande poder econômico. Assim, anuncia que sua proposição *de lege ferenda*, relativa à introdução de dispositivo no seio do Código Penal vigente, foge de uma abordagem emergencial e seletiva, do Direito penal do “mero suspeito” e do recurso à legislação *extra codicem*, repelindo “duplos binários” e “simbolismos”:

Art. 288-A – Forma qualificada – Se a quadrilha ou bando tem por finalidade a prática de crimes:

- I – contra o sistema financeiro nacional;
- II – contra o trabalho e a organização do trabalho (Decreto-Lei 5.425/43, Decreto-lei 368/68, Lei 7.783/89, Lei 9.029/95 e os crimes definidos no Título IV do Código penal);
- III – contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo;
- IV – contra a administração pública;
- V – contra a saúde pública;
- V – contra o meio ambiente.

Pena: Reclusão, de 3 a 6 anos.

§ 1º. Se o agente é funcionário público ou exerce mandato público eletivo:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

§ 2º. Nos crimes previstos nos arts. 288 e 288-A, o juiz pode diminuir a pena até metade se o agente:

I – desiste voluntariamente de participar da associação, antes da obtenção de qualquer vantagem ilícita;

II – impede a realização de crime pelos demais associados.

§ 3º. Fica isento de pena o agente que, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento, colaborar com a justiça possibilitando o desmantelamento da quadrilha ou bando⁴.

A proposta indubitavelmente reúne os requisitos antecipados pela doutrinadora. Figura, entre suas inegáveis virtudes, a criação da modalidade qualificada respeitante à hipótese do agente que detém a condição de funcionário público ou desempenha mandato público eletivo, por oferecer uma tradução, em termos normativos, da conexão das organizações criminosas com representantes do Poder Público e políticos. A autora também inova ao exibir disposições sobre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz no próprio contexto do projetado art. 288-A, parecendo se inspirar no § 129, nº (6), do *Codex* germânico⁵. Como Luiz Flávio Gomes, recusa a excepcionalidade das leis extravagantes, fazendo do Código Penal brasileiro o *locus* do tipo sugerido.

A manutenção da expressão “quadrilha ou bando”, em sua formulação de boa técnica jurídica, acompanha a tradição do Código Penal pátrio⁶. Prefere-se aqui, é certo, a expressão “associação ilícita”, para designar

⁴ Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 271-272.

⁵ Cf. *Ibid.*, p. 248.

⁶ Coerentemente, SHEILA SELIM DE SALES pugna, da mesma maneira, com respeito às Leis nºs 9.613/98 e 105/2001, pela substituição das expressões “organização criminosa” e “associação criminosa”, entendendo-as como “místicas”, por “quadrilha ou bando”. Cf. SALES, *op. cit.*, p. 273. Pensa-se, entretanto, que a inserção do tipo penal da “organização criminosa” no Código Penal, como se propõe, afasta, quanto à expressão, esse caráter “místico” com o qual se preocupa a doutrinadora, tornando desaconselhável a sua substituição por “quadrilha ou bando”.

as associações e grupos ilícitos em geral, incluindo as tradicionais quadrilhas, no caso do atual art. 288, e a expressão “organização criminosa”, para traduzir a associação dedicada ao crime organizado, em um hipotético art. 288-A. São expressões com a marca da modernidade, com padrão internacional, além de se encontrarem despidas da dualidade presente na expressão rival “quadrilha ou bando”. É claro que a escolha da expressão “quadrilha ou bando” não deixa de ser coerente, cuidando-se da elaboração de uma forma qualificada de crime já existente no Código Penal.

Quanto à estratégia de listagem dos crimes-fim da quadrilha ou bando, em sua versão qualificada, há que considerar as desvantagens de sua aplicação, como instrumento de enunciação típica (caráter notadamente restritivo, gerando a necessidade de constante atualização do rol selecionado⁷, não contribuição significativa à captação da idéia substantiva de organização criminosa e de crime organizado e, conseqüentemente, à obtenção de seu conceito, mesmo o legal, que não pode prescindir do recurso a dados sociológicos, como fenômeno criminológico que é). Cumpre reconhecer, no entanto, que a opção pela enumeração de crimes é de recorrente emprego e possível utilidade em formulações típicas fundadas no critério dogmático, além de propiciar segurança jurídica, possuindo incontestável valor garantista, por ser um modelo fechado, o que não quer dizer que um modelo de derivação sociológica, como aquele cá defendido, não possa igualmente preencher o

⁷ WILLIAM OLIVEIRA aponta os principais problemas relacionados à adoção do modelo fechado no caso da Lei nº 9.613, de 03.03.98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), em seu art. 1º: “Essa diferença é relevante, pois a opção político-criminal que realizamos (apesar de aparentar um maior *garantismo* ante o estabelecimento taxativo dos crimes precedentes) irá proporcionar *problemas sistemáticos* e práticos no futuro. As principais conseqüências da adoção de um modelo fechado são: a) ao deixar de estabelecer uma fórmula genérica, o legislador se viu obrigado a manter uma extraordinária atenção sobre os novos acontecimentos delitivos, pois o surgimento de novas formas de criminalidade irá obrigar à ampliação e atualização do rol estabelecido nos incs. I a VII do art. 1º; b) por outro lado, a formulação de uma lista implica numa necessária e contínua revisão da legislação penal, no sentido de verificar se as figuras contidas no rol ainda são consideradas crime ou não. Basta observar que um dos delitos mencionados no art. 1º — o terrorismo (inc. II) — ainda não encontra tipificação específica em nosso sistema jurídico-penal”. OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à lei 9.613/98: aspectos criminológicos e político-criminais: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 332-333.

requisito de respeito a princípios garantistas, constitucionalmente assegurados. Ademais, a jurista procurou e logrou atenuar o excessivo cunho detalhista e hermético que costuma caracterizar essa técnica, enunciando os delitos por categorias, todas indicando infrações, *a priori*, de potencial lesividade difusa, freqüentemente associadas às práticas das organizações criminosas.

Em continuação, a doutrinadora propõe outra inovação legislativa, desta feita o acréscimo de um inciso ao elenco do art. 91 do Código Penal brasileiro, com o estabelecimento de um novo efeito automático da condenação, a interdição temporária em relação à situação do agente que possui a qualidade de funcionário público ou exerce mandato público eletivo:

[...] a interdição temporária do exercício de atividades empresariais, cargo, função pública ou mandato eletivo, pelo período correspondente ao tempo da pena aplicada, nos casos do art. 288-A, § 1^o.

Esta formulação está em harmonia com o texto sugerido para o art. 288-A, integrando-se à sua lógica elogiável de trazer para o foco penal o problema da participação de agentes públicos e políticos em organizações criminosas.

3 UMA NOVA PROPOSTA LEGISLATIVA PARA A CRIAÇÃO DA FIGURA TÍPICA DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A proposição *de lege condenda* a seguir apresentada, por derradeiro, parte da premissa de que todo fenômeno delitivo pode e deve ser

⁸ Após a apresentação de suas propostas de alteração legislativa no Código Penal e em leis especiais brasileiras, SHEILA SELIM DE SALES as justifica: “Para o momento, esta seria uma solução racional, até que a “criminalidade organizada” seja suficientemente conhecida no Brasil, para fins de codificação. Só assim seria possível construir *um sistema penal humano e democrático*, que ao realizar o controle da criminalidade *mostre sua coerência*, dispensando aos cidadãos submetidos à persecução penal — ou já condenados — tratamento legal racional, atento aos *primados da ética institucional*, que *se projeta no respeito à legalidade constitucional e aos direitos de liberdade não atingidos pela persecução penal ou pela pena privativa de liberdade* — ao invés de oferecer-lhes idêntica violência, desta feita mais grave, porque *institucional*, proveniente do desrespeito a tais primados”. (SALES, op. cit., p. 273).

descrito “pelo que é”, não sendo “o que faz” suficiente para a sua caracterização, dentro ou fora das trincheiras da tipicidade. Não é possível a identificação do que seja uma organização criminosa pelos ilícitos penais que promove ou visa promover. A Criminologia é um instrumental necessário para a definição e caracterização típica do crime organizado e das organizações criminosas, reconhecidamente um fenômeno sociológico e, em particular, criminológico. É nesse sentido a opção aqui abraçada pelo modelo de orientação sociológica, com reverência aos princípios constitucionais⁹.

Cuida-se de um primeiro delineamento, que busca inspiração em muitas fontes, no esforço de contribuição para o aperfeiçoamento da legislação penal brasileira no que pertine ao tratamento do crime organizado:

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 288, *caput* e parágrafo único, do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação ilícita

“Art. 288. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, para o fim de cometer infrações penais:

“Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

“§ 1º A pena aumenta-se de um terço até metade, se a associação ilícita é armada ou se o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo.

“§ 2º A pena reduz-se de um terço, se as únicas infrações penais visadas são contravenções penais.”

Art. 2º O Título IX do Decreto-lei 2.848, de 1940, passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Organização criminosa

“Art. 288-A. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, por intermédio de entidade jurídica ou não, sob motivação de ganho econômico ou financeiro, para o fim de cometer crimes, assumir,

⁹ Ver, a propósito, GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: GOMES; CERVINI, op. cit., p. 98-99.

direta ou indiretamente, o controle de empresa ou atividade econômica lícita ou de negócios e serviços públicos, ou obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a neutralização da eficácia da atuação de funcionário público, valendo-se de intimidação, violência, corrupção, fraude, tráfico de influência ou outro meio assemelhado:

“Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e perda de bens e valores.

“§ 1º A pena aumenta-se de um terço até metade, se o agente funda, chefia ou dirige a organização criminosa.

“§ 2º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e perda de bens e valores, se:

“I – o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo;

“II – o agente participa de associação ou empresa com fins lícitos, para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, direta ou indiretamente, obtidos como produto das atividades ilícitas da organização criminosa;

“III – a organização criminosa é composta por dez ou mais pessoas ou é armada.

“§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a imposição da pena de perda de bens e valores obedecerá ao disposto no art. 45, § 3º, deste Código.”

“Organização terrorista

“Art. 288-B. Associarem-se três ou mais pessoas, estável e permanentemente, sob motivação política, social ou religiosa, para o fim de prejudicar a integridade ou a independência nacionais, subverter a ordem democrática e constitucional, intimidar pessoas, grupo ou a população em geral, influenciar a política do governo ou constranger funcionário público a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, mediante o cometimento de atos terroristas:

“Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

“§ 1º Consideram-se atos terroristas, para os efeitos penais, os crimes, motivados por qualquer dos fins indicados no *caput*, contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, de produção dolosa de perigo comum, contra a saúde pública, de dano contra o patrimônio público, de sabotagem, contra a segurança dos transportes e das comunicações, ou que

envolvam o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou artefatos explosivos e meios incendiários de qualquer natureza.

“§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade, se o agente funda, chefia ou dirige a organização terrorista.

“§ 3º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se:

“I – o agente é funcionário público ou desempenha mandato público eletivo;

“II – o agente participa de associação ou empresa com fins lícitos, para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, direta ou indiretamente, obtidos como produto das atividades ilícitas da organização terrorista;

“III – a organização terrorista é composta por dez ou mais pessoas ou dispõe, para fins criminosos, de armas com tecnologia nuclear, armas de fogo de uso exclusivo das Forças Armadas, biológicas ou químicas, substâncias ou artefatos explosivos e meios incendiários de qualquer natureza.

“§ 4º Nos crimes previstos nos arts. 288, 288-A e 288-B, o juiz pode reduzir a pena de um terço até metade, se o agente:

“I – revelar a existência, estrutura, modo de operação e atividades principais da associação ou organização;

“II – desistir voluntariamente de participar da associação ou organização, antes da consecução de qualquer vantagem ilícita;

“III – impedir a realização de crime pelos demais membros da associação ou organização;

“IV – fornecer informações que levem à identificação de líderes e membros da associação ou organização e à localização de bens, direitos ou valores, obtidos como produto das atividades ilícitas da associação ou organização.

“§ 5º Nos crimes previstos nos arts. 288, 288-A e 288-B, o juiz pode deixar de aplicar a pena, se o agente, espontânea e voluntariamente, em qualquer fase do procedimento ou processo, colaborar com a Justiça, possibilitando o desmantelamento da associação ou organização.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Algumas breves considerações se impõem.

A substituição de “crimes” por “infrações penais” na redação do art. 288 pretende preencher uma lacuna, com a inclusão das contravenções penais entre os ilícitos visados, atos que, conforme sentença Carnelutti, “são, ou podem ser, nocivos à convivência social”¹⁰. O noticiado envolvimento de certas categorias de contraventores, como os “bicheiros”, em constantes empreendimentos ilícitos, de natureza associativa, justifica a medida. O projetado § 2º objetiva atender à menor danosidade potencial representada pelas contravenções, em comparação com os crimes.

A opção pelo número de três pessoas como requisito mínimo de composição das três associações previstas (associação ilícita, organização criminosa e organização terrorista) deve-se à constatação de que três é um número que melhor expressa o caráter de associação do que dois, este mais apropriado para a noção de mero acordo¹¹. E três já pode traduzir uma associação com especialização e divisão de tarefas, razão pela qual foi deixado de lado o quatro, número mínimo adotado pelo art. 288, *caput*, do Código Penal pátrio. Três é igualmente a quantidade mínima de pessoas prevista nos artigos 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a “associação para delinquir” e a “associação de tipo mafioso”; no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, diploma processual espanhol, sobre a “delinquência organizada”; e no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a “associação ilícita”.

Nem todas as características tradicionalmente apontadas como traços principais da organização criminosa estão presentes no *caput* do sugerido art. 288-A, para a finalidade de evitar demasiado detalhamento na caracterização típica, em tributo às regras da boa técnica jurídica.

A inserção da figura da “organização terrorista” faz-se por caminho transversal, uma vez que possibilita contrastá-la com a organização criminosa. Daí a ausência de apresentação de um tipo penal reservado ao terrorismo como fenômeno não associativo, praticado em caráter individual, embora em concurso de pessoas. Isto não significa que não seja imperiosa tal providência

¹⁰ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 25.

¹¹ Ver DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992. p. 35.

legislativa, mas tão-somente que este não é o contexto apropriado. Por outro lado, julga-se produtora a idéia da responsabilidade penal (indireta) da pessoa jurídica, nos termos delineados por Luiz Flávio Gomes¹², porém deixou-se de exibir disposição nesse sentido, porquanto isso demandaria alterações mais radicais no Código Penal, sobretudo na Parte Geral, na esteira do diploma francês em vigor.

Face à importância do Direito penal como instrumento na luta contra o crime organizado, foram incluídos os dispositivos ínsitos nos §§ 4º e 5º do esboçado art. 288-B.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isoladamente, a via jurídica, todavia, não é a panacéia para todos os males causados pela criminalidade organizada. O Direito penal, lembre-se, é e deve ser condizentemente tratado como a *ultima ratio* do controle social, não a primeira. Nem tampouco ostentam tal condição quaisquer medidas e estratégias administrativas ou políticas que ambicionem, pelo caminho

¹² O magistrado propõe como esboço: “1º) Responsabilidade penal supletiva. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é supletiva e deriva da responsabilidade penal pessoal de quem atua ou deixa de atuar em seu nome ou em sua função. 2º) Princípio da comunicabilidade. A responsabilidade penal pessoal, nesse caso, comunica-se à pessoa jurídica quando: (imputação direta) — I — O autor do fato atua ou deixa de atuar como seu representante legal; (participação) — II — O comportamento de seus representantes legais ou dos ocupantes de órgãos gerenciais ou diretivos tenha concorrido, de qualquer modo, com negligência ou intencionalmente, para o resultado jurídico ofensivo produzido. 3º) Responsabilidade na omissão. Há também responsabilidade penal supletiva da pessoa jurídica no caso de omissão dos seus representantes legais ou dos ocupantes de órgãos gerenciais ou diretivos. 4º) Sanções penais. São sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas: I — multa; II — multa reparatória em favor da vítima, até o limite de 360 dias-multa, ressalvada a via civil para a execução de eventual diferença; III — perda de incentivos ou subvenções públicas e proibição de contratar com o poder público; IV — prestação social alternativa, orientada à reposição das coisas ao estado anterior ao delito, quando há ofensa a bens jurídicos coletivos ou difusos; V — suspensão (sic) temporária das suas atividades; VI — encerramento definitivo de suas atividades; VII — perda de bens, até o limite de metade do capital da empresa. 5º) Sanções cumulativas. É possível a aplicação cumulativa de duas ou mais sanções, desde que especialmente motivadas. 6º) Indisponibilidade de bens. Para assegurar a aplicação da lei penal o juiz pode, em procedimento cautelar, decretar a indisponibilidade de bens, seja da pessoa física, seja da pessoa jurídica”. GOMES, Luiz Flávio. Considerações político-criminais finais. In: GOMES; CERVINI, op. cit., p. 193-194.

repressivo, a simples e total erradicação do problema. O crime organizado, como o crime em geral, pode ser controlado, mas não inteiramente erradicado¹³, sob as condições sociais, econômicas, políticas e culturais hoje conhecidas, até porque, mesmo que sistemática e eficazmente combatido, pode até assumir novas feições, sem que tal implique o seu completo desaparecimento. Pensar o contrário seria pura ilusão. O que não denota que se possa baixar a guarda, caso algum dia se chegue a imaginá-lo “sob controle”, como uma serpente aprisionada, cuja maior parte do veneno haja sido extraída. Porque essa serpente habita em cada um. Antes de buscá-la no outro, deve-se procurá-la no espelho¹⁴. Ela cresce à sombra das próprias estruturas socioeconômicas e políticas de uma cidade, de uma região, de um país, uma imagem refletida no espelho da sociedade. Assim, para controlar o ímpeto, o apetite e o alcance das organizações criminosas, esses conquistadores tão influentes, tão insidiosos, tão poderosos, para quebrar-lhes a *espada*, minorando os seus efeitos perniciosos, o máximo possível, não basta apenas empunhar a *espada da lei*, ainda que esta se faça necessária, contra a impunidade, mediante inovações ou alterações legislativas mais adequadas para o enfrentamento de uma macrocriminalidade com características únicas, que possibilitem ao legítimo protagonista – o Ministério Público – dirigir, coordenar e empreender os esforços em prol desse objetivo, com a assistência indispensável da Polícia. É preciso também erguer uma nova *cruz*, que propague valores éticos, de respeito ao ser humano e à sua dignidade, de cultivo dos frutos do mérito e do trabalho honesto, de repulsa às obras da esperteza e da apropriação do público por interesses privados, que traga uma nova mentalidade, em nível local e mundial, em que a persecução do lucro e do poder não sejam os ídolos dominantes do mercado e da política, em que a ética da fraternidade e da solidariedade oriente o

¹³ Cf. GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Crime organizado**: qual política criminal? In: GOMES; CERVINI, op. cit., p. 39.

¹⁴ É nesse sentido que DENNIS KENNEY e JAMES FINCKENAUER contextualizam como o crime organizado deve ser encarado nos Estados Unidos: *One of the greatest challenges for us all concerning organized crime in the United States may be to look in the mirror. In the words of Pogo, “We meet the enemy; and the enemy is us”*. KENNEY, Dennis J.; FINCKENAUER, James O. **Organized crime in America**. Belmont, California: Wadsworth, 1994. p. 371. “Um dos maiores desafios para nós todos com referência ao crime organizado nos Estados Unidos pode ser olhar no espelho. Nas palavras de Pogo, “Encontramos o inimigo; e o inimigo somos nós”. (tradução nossa).

desempenho de cada profissão e o exercício do serviço público e não seja sacrificada ao altar da lógica das aparências e do ganho fácil e egoístico, enfim, que inspire a construção de um mundo mais justo e mais ético¹⁵. É esta a *fome* que deve presidir as ações de controle de tal forma de criminalidade¹⁶.

A proposta legislativa cá apresentada não tem a pretensão de esgotar todas as possibilidades ou de ser definitiva. Nem poderia. Pretende, sim, ser um esboço, que se junte a outras idéias, em busca da construção de um edifício de soluções eficientes, eficazes e efetivas para o controle do crime organizado. Como disse Claus Roxin: “Construir a partir do esboço um edifício consistente em todas as suas partes — isto é uma tarefa que ainda está por ser cumprida”¹⁷.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código penal de la nación argentina**: ley 11.179. Buenos Aires: DEOF, 1997. 244 p. (Colección: Leyes y Códigos de bolsillo).

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. 67 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992. 573 p.

¹⁵ Assaz pertinente é a comparação de CARNELUTTI entre o domínio da economia e o domínio da moral: “Se quiséssemos resumir em uma breve fórmula as razões pelas quais os homens não conseguem viver em paz no terreno da economia, poderíamos dizer que a economia é o *reinado do eu*, ou seja, do egoísmo. O terreno da economia é aquele no qual se encontram diversos egoísmos, tanto dos homens quanto dos povos. Por isso, em si e por si, é o reinado da desordem. Para pôr ordem no caos econômico e fazer desse modo com que os homens vivam em paz, é necessário substituir o *egoísmo pelo altruísmo, o eu pelo tu*. Se a economia é o reinado do eu, o reinado do tu é a moral”. CARNELUTTI, op. cit., p. 17.

¹⁶ “Pois o nosso bem depende do tipo de pessoa que somos, dos tipos de necessidades e aspirações que temos, e do que somos capazes”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 642. Título do original americano: A theory of justice.

¹⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99. Original alemão.

GOMES, Abel Fernandes. Introdução. In: _____; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Crime organizado e suas conexões com o Poder Público**: comentários à Lei nº 9.034/95: considerações críticas. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 2-3.

GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: _____; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89-108.

_____. Considerações político-criminais finais. In: _____; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 188-207.

_____. Crime organizado: qual política criminal? In: _____; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 33-51.

KENNEY, Dennis J.; FINCKENAUER, James O. **Organized crime in America**. Belmont, California: Wadsworth, 1994. 398 p.

OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à lei 9.613/98: aspectos criminológicos e político-criminais: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 313-340.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p. Título do original americano: A theory of justice. (Ensino superior).

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 118 p. Original alemão.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. 281 p.

LEI Nº 11.313/2006 E POLÍTICA CRIMINAL: LIMITES E POSSIBILIDADES

*Henrique Helder de Lima Pinho**

Resumo: Visando a afastar os “pequenos delinquentes” da violência do direito penal, há duas décadas o Brasil experimenta a produção de legislações que priorizam a conciliação e aplicação de penas restritivas de direitos, quando se tratar de infrações de pouca lesividade. A Lei nº 9.099/95 veio inaugurar esse tratamento às chamadas infrações de menor potencial ofensivo, na medida em que as conceituou e disciplinou o procedimento relativo a elas, além de implantar uma preocupação conciliativa com vistas à vitimologia. Posteriormente, a Lei nº 10.259/2001 ampliou aquele conceito, aumentando o rol das infrações consideradas de menor potencial ofensivo. Hodiernamente, com a recém-nascida Lei nº 11.313/2006, o que se tem é a consagração de dois dos mais importantes institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95, os quais passam a ser aplicados àquelas infrações, não importa o Juízo em que sejam processadas, ainda que em conexão ou continência com infrações outras de maior severidade.

Palavras-chave: Política Criminal. Juizados Especiais. Infrações de menor potencial ofensivo. Institutos despenalizadores. Aplicação em qualquer juízo. Súmula nº 243 do STJ. Releitura.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da lei que disciplina os juizados especiais criminais, Lei nº 9.099/95, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro um regramento atento aos desejáveis ditames de despenalização de crimes de menor potencial ofensivo, anseio este já encartado pela Constituição da República, desde sua promulgação em 1998, em seu art. 98, inciso I.

Deveras, com a edição da Lei nº 9.099/95, a política criminal implementada na Reforma Penal de 1984 - humanização das penas de curta duração através dos institutos do *sursis*, livramento condicional, pena de multa em caráter

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão.

substitutivo, penas restritivas de direitos, previsão de regime aberto inicial para penas de até 04 (quatro) anos e progressão de regime prisional - foi aperfeiçoada. Alguns anos depois, referida política viria a ser complementada com a edição das leis 9.714/98 (penas alternativas) e 10.259/01 (juizados especiais federais).

Sem dúvida, a Lei dos Juizados Especiais, sábia de que a imposição de pena de curta duração aos delitos de menor gravidade não cumpria os seus objetivos (punir, prevenir e ressocializar), inaugurou nova sistemática quanto à operacionalização da *persecutio criminis*, pretendendo, assim, evitar a aplicação, em última análise, de pena privativa de liberdade. Nessa esteira, trouxe institutos despenalizadores, tais como: composição dos danos civis, transação penal, suspensão condicional do processo, além de condicionar à representação do ofendido as ações penais relativas a crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa.

2 PECULIARIDADES

Interessa, num primeiro momento, abordarem-se aspectos atinentes à competência dos juizados criminais, aos quais competem a conciliação e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Ainda quando vigia exclusivamente a Lei nº 9.099/95, de acordo com o art. 61 desta, consideravam-se de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes para os quais a lei cominava pena máxima não superior a 01 (um) ano, “excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Num segundo momento, com o intuito de disciplinar os juizados especiais federais, a legislação pátria, com o advento da Lei nº 10.259/2001, produziu celeuma quanto ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, considerando que, em seu art. 2º, parágrafo único, trouxera novo julgamento do que viria a ser infração penal de menor potencial ofensivo. Com efeito, a citada lei reza o seguinte:

Art. 2º - Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.
Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima *não superior a dois anos, ou multa.* (grifo nosso).

De imediato, a doutrina insurgiu-se contra a preservação do conceito anterior, contido na lei de 1995¹.

Cezar Roberto Bitencourt afirmara, na ocasião, que

na verdade, critérios de competência que delimitam a jurisdição penal em federal e estadual não têm legitimidade – científica, jurídica ou política – para estabelecer distinções conceituais sobre a potencialidade lesiva de uma conduta. Com efeito, a ilicitude típica não ganha contornos distintos de acordo com a espécie de jurisdição a que esteja sujeita, de forma a alterar a ofensividade ao bem jurídico².

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua 5ª Câmara Criminal, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº. 70003736428, tendo como relator o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho (v.u., j. 20/02/02) coroou a observância do princípio da isonomia para contenda. Aliás, nesse Estado, o assunto pacificou-se, como se vê nos seguintes julgados: 1- Conflito de Competência N.º 70004091211 (4ª Câmara Criminal), Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgado em 25/04/02; 2- Conflito de Competência N.º 70004086971 (4ª Câmara Criminal), Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, julgado em 25/04/02; 3- Apelação Crime n.º 70003611621 (3ª Câmara Criminal), Rel. Des.ª Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 18/04/02; 4- Conflito de Competência n.º 70004084935 (4ª Câmara Criminal), Rel. Des. Constantino L. de Azevedo, julgado em 11/04/02; 5- Conflito de Competência n.º 70004091161 (4ª Câmara Criminal), Rel. Des. Constantino L. de Azevedo, julgado em 11/04/02; 6- Conflito de Competência N.º 70003975208 (1ª Câmara Criminal), Rel. Des. Silvestre J. A. Torres, julgado em 03/04/02; 7- Conflito de Competência N.º 70003976396 (1ª Câmara Criminal), Rel. Des. Ranolfo Vieira, julgado em 03/04/02; 8- Conflito de Competência N.º 70003927092 (1ª Câmara Criminal), Rel. Des. Silvestre J. A. Torres, julgado em 03/04/02; 9- Apelação Crime nº 70003321627 (3ª Câmara Criminal), Rel. Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 14/03/02.

¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 379-380.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3-4.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACrim/SP) também decidira de igual forma:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. EXTENSÃO DO CONCEITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, DADO PELA LEI Nº. 10.259/01, AO ÂMBITO ESTADUAL. NECESSIDADE: o conceito de menor potencial ofensivo, dado pela nova lei, deve ser aplicado aos juizados especiais criminais no âmbito da Justiça Estadual, pois não se pode, tomando-se como critério a competência material, criar dois conceitos para essas infrações, visto que haveria violação dos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, criando tratamento diferenciado para crimes da mesma natureza³.

Enfrentando o problema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mediante a 5ª e a 6ª Turmas, ratificara o pensamento doutrinário, adotando, pois, a corrente unitária. Inferiu-se, assim, que, em conformidade com o princípio da isonomia, a Lei nº. 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena máxima cominada, derogando o art. 61 da Lei 9.099/95, sendo o limite de um ano alterado para dois anos, para efeitos da transação penal, independentemente de possuírem procedimento especial, alcançando, inclusive, as ações penais de iniciativa exclusivamente privada, desde que obedecidos os requisitos autorizadores.

A conclusão da 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº. 22.881, inclusive em relação aos crimes de abuso de autoridade, foi a seguinte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE **ABUSO** DE AUTORIDADE. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AMPLIAÇÃO DO ROLDOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 DERROGADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001.

³ TACrim/SP – 10ª Câmara – HC nº. 414840/0 – Rel. Juiz Ary Casagrande – j. 07/08/02 – DJ SP I 30.08.02, p. 187.

I - Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os **Juizados** Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no art. 61 da Lei nº 9.009/95.

II – Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. III – Assim, ao contrário do que ocorre com a Lei nº 9.099/95, a Lei nº 10.259/2001 não excluiu da competência do Juizado Especial Criminal os crimes que possuam rito especial, alcançando, por consequência, o crime de **abuso** de autoridade. *Writ* concedido⁴.

O Superior Tribunal de Justiça voltou a julgar no mesmo sentido:

EMENTA: CRIMINAL. CC. CONFLITO ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL. DECISÕES DA TURMA RECURSAL NÃO VINCULADAS AOS TRIBUNAIS ESTADUAIS. CONFLITO ENVOLVENDO TRIBUNAL E JUÍZES A ELE NÃO VINCULADOS. COMPETÊNCIA DO STJ. JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICABILIDADE AOS CRIMES SUJEITOS A PROCEDIMENTOS ESPECIAIS. LEI 10.259/01. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALTERAÇÃO DO LIMITE DE PENA MÁXIMA PARA A TRANSAÇÃO PENAL. NATUREZA PROCESSUAL, INCIDÊNCIA IMEDIATA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA E IMPRORRÓGÁVEL. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. A Lei dos Juizados Especiais aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada.

⁴ STJ – 5º TURMA – HC 22881, Rel.: Min. Felix Fischer, j. 08/04/2003, DJ 26.05.2003 p. 371.

Em função do Princípio Constitucional da Isonomia, com a Lei nº. 10.259/01 – que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, o limite de pena máxima, previsto para a incidência do instituto da transação penal, foi alterado para 02 anos. Tramitando a ação perante a Vara Criminal da Justiça Comum Estadual, e entrando em vigor a nova lei nº. 10.259/01, a competência para apreciar a apelação criminal interposta é da Turma Recursal local, pois, tratando-se de disposição de natureza processual, a incidência é imediata, por força do Princípio do *tempus regit actum*. Hipótese em que a competência é absoluta e improrrogável, sob pena de nulidade. Conflito conhecido para declarar a competência da Turma Recursal Criminal de Porto Alegre/RS, a Suscitante⁵.

A competência dos Juizados Especiais Criminais (JEC's), portanto, restava ampliada no sentido de que a conciliação e o julgamento de mais crimes foram abarcados.

Outra dúvida que surgira, ainda quando do império único da Lei nº 9.099/95, consistia em saber-se se, em casos de concursos de crimes, sendo um deles enquadrado como de menor potencial ofensivo, era possível a aplicação dos institutos despenalizadores relativos à composição dos danos civis e à transação penal.

Com a vigência da Lei nº 10.259/2001, parcela dos operadores do direito insistiam na celeuma. Todavia, encarando o problema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentara a impossibilidade de concessão desses benefícios, como se observa, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA (ART. 10 DA LEI 9.437/97) E DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP). CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO DAS PENAS EM ABSTRATO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA TRANSAÇÃO PENAL.

⁵ STJ – Conflito de competência nº 36.545 - rs (2002/0119661-3) (dju 02.06.03, seção 1, p. 183, j. 26.03.03). Rel: Min. Gilson Dipp.

DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA LEI 10.259/2001. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ORIGINÁRIO ATÉ MESMO PARA FINS DE RECURSO. ORDEM DENEGADA. 1. A Lei nº 10.259/2001, por seu art. 2º, parágrafo único, ampliou o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, elevando o teto da pena máxima abstratamente cominada ao delito para 2 (dois) anos, o que, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, justifica a aplicação do princípio da *lex mitior*, aplicando-se a lei penal mais benéfica aos crimes cometidos anteriormente à sua edição, mesmo que o processo se encontre em grau de recurso. Precedentes. 2. Ocorre que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação de competência será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos. Precedentes. 3. Dessa forma, sendo o total das penas, em abstrato, do caso vertente, superior a 2 (dois) anos, resta afastada, de plano, a competência dos Juizados Especiais, não fazendo jus o paciente ao benefício da transação penal⁶.

O Supremo Tribunal Federal (STF), igualmente, ratificara o entendimento que já se tornava consolidado, ou seja, em se tratando de concurso de crimes, cujas penas máximas em abstrato cominadas, ao serem somadas, sejam superior a dois anos, a transação penal é inviável:

PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO. CONCURSO FORMAL. ARTS. 302 E 303 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI 9.503/97). TRANSAÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. 1. Condenado o paciente, em concurso formal, pela prática dos crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas no trânsito, inviável a aplicação da transação penal ao caso. Precedente. 2. Ordem indeferida⁷.

⁶ STJ – 5ª TURMA – HC 41891/RJ; HABEAS CORPUS 2005/0024746-4, Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 319.

⁷ STF – 2ª TURMA – HC 85427/SP – HABEAS CORPUS, Rel.: Min. Ellen Gracie, j. 29/03/2005, LEXSTF, v. 27, n. 322, 2005, p. 464-469.

Superada essa controvérsia, surgira outra pertinente aos casos de continência ou conexão entre uma infração penal de menor potencial ofensivo e outra do juízo comum (ou do júri). Ou seja, a quem competiria o julgamento nestes casos? Seria caso de separação dos processos, como preceitua o art. 79 do Código de Processo Penal (CPP) ou de promover-se a reunião deles (CPP, artigo 78)? Como proceder diante de conexão, por exemplo, de crime de tentativa de homicídio e lesão corporal leve? Ou entre ameaça e outro de competência do Juízo Comum?

Parcela da doutrina, encabeçada por Ada Pelegrini Grinover⁸, inclinava-se no sentido da separação. Para os estudiosos que adotavam essa postura, em casos de continência ou conexão entre uma infração de menor potencial ofensivo e um crime cuja competência para julgamento é do Juízo Comum, separar-se-iam os processos, de modo que o Juizado Especial Criminal (JEC) processaria a infração de menor potencial ofensivo e o Juízo Comum o crime a que lhe competiria.

Igualmente, para Sidney Eloy Dalabrida, “havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção de processos, devendo o promotor de justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face à inaplicabilidade do art. 78, inciso II, do CPP, por importar sua incidência em afronta à Constituição Federal”⁹.

Para Mirabete¹⁰, Tourinho Filho¹¹, Luiz Gustavo Grandinetti¹² e muitos outros doutrinadores, a competência do JEC é haurida em nível constitucional e, portanto, absoluta.

De outro lado, doutrinadores, a exemplo de Damásio Evangelista de Jesus¹³, sustentavam que, nesses casos, deveria prevalecer a competência do Juízo comum, ao qual caberia o processo e julgamento das duas infrações penais.

⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

⁹ BOLETIM DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: IBCCrim, n. 57, ago. 1997.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 28.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2. p. 503.

¹² CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 15.

¹³ JESUS. Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 41.

Este último entendimento é o atualmente sufragado pelas cortes superiores, conforme é visto abaixo:

CRIMINAL. HC. PORTE ILEGAL DE ARMA. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROLAÇÃO DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM RELAÇÃO AO SEGUNDO DELITO. CRIME REMANESCENTE. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DE PENALIZADORES DA LEI 9.099/95. NORMA PENAL OU MISTA. IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO COMUM PARA A EVENTUAL APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR O RECURSO DE APELAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA¹⁴. (grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 589 DO CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. EXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. Inexiste cerceamento de defesa pela simples adequação, efetuada por meio de juízo de retratação em recurso em sentido estrito, da pronúncia aos fatos narrados na inicial acusatória. - Prevalece a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de delitos praticados em conexão com crimes dolosos contra a vida¹⁵.

¹⁴ STJ – QUINTA TURMA – HC 39651 / DF, HABEAS CORPUS 2004/0163099-7. Rel. Min. GILSON DIPP, 24/05/2005, DJ 13.06.2005, p. 326.

¹⁵ STJ – SEXTA TURMA – HC 11419 / PE ; HABEAS CORPUS 1999/0111588-4. Rel. Min. VICENTE LEAL, 12/03/2002, DJ 08.04.2002, p. 286 e RSTJ, vol. 154, p. 591.

3 A RECENTE LEI

A Lei nº. 11.313/2006, de 28 junho, de 2006, veio consagrar esse posicionamento, ao alterar os arts. 60 e 2º das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, respectivamente, acrescentando-lhes parágrafos únicos.

Agora os dispositivos mencionados possuem a seguinte redação:

Artigo 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (NR)

A mesma regra foi estabelecida para os juizados federais:

Artigo 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (NR)

Vê-se, pois, que o novo diploma legal consagrou o que já rezava o art. 78 do Código de Processo Penal, ao tratar da reunião dos processos em casos de continência ou conexão. E mais. A aludida lei já entrara em vigor e, tendo em vista que seus dispositivos possuem natureza processual e material, deve ser aplicada imediatamente, conforme reza o art. 2º do CPP, incidindo, inclusive, sobre processos em andamento, excetuados aqueles que já possuem decisão de primeira instância. Nesse caso, não se altera a competência recursal, considerando que a lei nova não incide para alterar a competência recursal.

Agora, mais do que nunca, ratificou-se, textualmente, a inteligência de que os institutos da transação penal e da composição dos danos civis devem ser aplicados, ainda que fora dos juizados especiais. Em outros termos, conquanto haja conexão ou continência de infração penal de menor potencial ofensivo e outra de Juízo prevalecente, não de ser observados os referidos institutos, posto que mais benéficos ao autor do fato, mesmo que se veja processado perante o Juízo prevalecente.

Ficam, portanto, superados os entendimentos antes consolidados pelo STF e STJ de que os institutos despenalizadores, entre eles a transação penal, não se aplicam em caso de concurso de crimes. Agora, ainda que se tenha concurso material ou formal, deve-se observar a possibilidade de composição dos danos civis e de transação penal, caso um dos crimes do concurso seja infração de menor potencial ofensivo.

É de sensibilidade patente que a recente legislação em comento ancora-se nas mesmas razões de política criminal que alicerçaram as duas primeiras leis (9.099-95 e 10.259-01), visando a evitar a pena privativa de liberdade a crimes de menor potencialidade lesiva, ainda que perpetrados em conexão com outros de maior lesividade.

Assim, exemplificativamente, se o indivíduo perpetra, em conexão, os crimes de lesão corporal leve (menor potencial ofensivo) e homicídio doloso (competência do Tribunal do Júri Popular), será processado e julgado neste último juízo. Contudo, em relação ao crime de lesão corporal leve, fará jus à composição civil e, não sendo possível esta, à transação penal.

Esta sistemática acima abordada privilegia aquilo por que primou a Lei nº 9.099/95 quando de sua confecção, a saber, a vitimologia. Logo, em se tratando de infração de menor potencial ofensivo cuja iniciativa persecutória *in judicio* dependa de ação penal privada ou condicionada à representação, a possibilidade de composição civil dos danos deve ser assegurada não só como direito público subjetivo do autor do fato, mas, sobretudo, como direito inafastável da vítima, para que tenha seu *status quo ante* recomposto.

Igualmente, a transação penal somente poderá ser afastada, quando presentes os impeditivos legais, já contemplados no art. 76 da Lei nº 9.099/95: ter o agente sido beneficiado com outra transação nos últimos cinco anos, ter condenação definitiva anterior etc. E, ainda assim, há quem entenda que esses impeditivos sejam inconstitucionais por caracterizarem um *bis in idem*.

Nota-se, pois, que a soma das penas máximas das infrações perpetradas em continência ou conexão não mais elidirá a aplicação dos institutos

despenalizadores relativos à composição dos danos civis e à transação penal. A infração de menor potencial ofensivo (conexa) deve, dessa maneira, ser analisada isoladamente. Cada infração deve ser considerada individualmente. Aliás, esse raciocínio encontra harmonia com o critério adotado pelo art. 119 do Código Penal para a prescrição penal.

A infração penal conexa de maior gravidade, destarte, não pode ser invocada como fator impeditivo da incidência dos institutos da transação ou da composição civil. A lei assim determinou. Por outro prima, convém recordar que o princípio da presunção de inocência orienta no sentido de que essa infração de maior gravidade não pode ser fator impeditivo da transação penal.

De importância curial salientar que o cúmulo de infrações penais só poderá impedir a fruição de gozo do benefício concernente à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), haja vista ser esse o entendimento da jurisprudência nacional, em face da Súmula nº 243 do STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 01 (um) ano”.

Este, também, era o entendimento do STF, antes da vinda da Lei nº 11.313/2006, senão vejamos:

E M E N T A: SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (LEI Nº 9.099/95, ART. 89) - CONCURSO DE INFRAÇÕES - CONTINUIDADE DELITIVA - ACRÉSCIMO PENAL - SUPERAÇÃO DO LIMITE PENAL MÍNIMO REFERIDO NO ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95 - PEDIDO INDEFERIDO. - A suspensão condicional do processo penal, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não se estende aos crimes cometidos em concurso formal, ou em concurso material, nem àqueles praticados em continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada infração penal, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de um (1) ano, a que se refere o preceito legal em questão. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

¹⁶ STF – 2ª TURMA – HC 80837/SP - SÃO PAULO; HABEAS CORPUS, Rel.: Min. Celso de Mello, j. 26/06/2001, DJ 31/08/2001, p. 36.

Neste particular, interessa mencionar que, com a chegada da lei em comento, referida súmula deve ser interpretada de outra forma, como se verá mais adiante.

Impende observar que, caso o autor do fato seja acionado pelas duas infrações (menor e maior) e a autoridade judiciária receba a peça acusatória pelas duas infrações, esta decisão será passível de *habeas corpus*, vez que em risco estará, indevidamente, o *jus libertatis* daquele. Deveras, não se pode falar, a *prima facie*, de recebimento da denúncia quanto à infração de menor potencial ofensivo, porquanto tem o autor do fato direito inalienável de que lhe sejam oportunizados os institutos despenalizadores da composição civil dos danos e da transação penal, como etapas da fase consensual.

Logo, a inobservância dessas etapas constitui ofensa ao devido processo legal, *ipso facto*, obliteração de garantia fundamental inerente à liberdade da pessoa, passível, pois, do *writ*.

Mas como operacionalizar essa nova sistemática no caso concreto? Simples: A peça acusatória deverá conter todas as especificações determinadas pelo art. 41 do CPP e, ao final, requerer o recebimento da ação penal quanto à infração maior e a designação de audiência de conciliação quanto à infração de menor potencial ofensivo; recebida a peça acusatória pelo Judiciário, haverá interrupção da prescrição da pretensão punitiva somente quanto à infração de maior potencialidade ofensiva, posto que não se pode denunciar o autor do fato pela infração de menor potencial ofensivo porque a fase consensual deve preceder; no mesmo despacho que recebe a peça acusatória quanto à outra infração, deve o juízo comum, que é o juízo com força atrativa, designar, desde logo, uma audiência de conciliação (que deve ser prioritária); primeiro, deve-se solucionar a fase do consenso (composição civil e transação penal); depois, vem a fase conflitiva relacionada com a infração de maior gravidade.

Por questões de celeridade e economia processual, convém que se designe audiência de conciliação na mesma data e hora da audiência de qualificação e interrogatório. Assim, ultrapassada a fase consensual, realizar-se-ão a qualificação e o interrogatório do acusado.

Aqui, urge esclarecer uma possibilidade fática. Pode ocorrer a impossibilidade de composição dos danos civis e da transação penal, seja pela recusa do autor do fato a compor os danos civis e a se submeter à pena restritiva de direitos proposta pelo Ministério Público, seja pela negativa da vítima quanto à

composição e posterior incidência das causas impeditivas da transação penal já faladas. Neste caso, aplicar-se-á o art. 77 da Lei nº 9.099/95, segundo o qual a denúncia ou a queixa (a depender da infração penal) será formulada oralmente, reduzindo-se a termo. Neste caso, não há como vislumbrar a realização da audiência de qualificação e interrogatório de imediato, vez que a defesa possui o direito de engendrar sua estratégia de defesa dentro de um tempo hábil e razoável.

Contudo, em se tratando de réus-presos, referido direito poderá ser ponderado em nome da celeridade que se exige na tramitação dos processos que os alberguem, desde que não haja, evidentemente, sonegação de direitos fundamentais.

Ademais, a própria dicção do art. 78 da Lei nº 9.099/95 esclarece que, em caso de denúncia ou queixa oral, o acusado será citado e cientificado do dia e hora da audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

No tocante à famigerada súmula nº. 243 do STJ, em face da Lei nº 11.313/2006, que ora foi abordada, imperioso verificar que o réu não terá direito à suspensão condicional do processo somente se a soma das penas mínimas cominadas aos crimes (em concursos material ou formal) ultrapassar 01 (um) ano, e desde que tenha sido, realmente, denunciado em razão dos dois ou mais crimes. Ou seja, se um dos crimes for de menor potencial ofensivo, o réu fará jus aos benefícios da composição civil e transação penal em relação àquele, só não podendo ser agraciado com a suspensão condicional do processo, quando frustrada a aplicação dos institutos despenalizadores acima citados, e desde que a soma das penas mínimas dos crimes pelos quais venha a ser denunciado seja superior a 01 (um) ano.

Aqui, reside umas das maiores repercussões da lei em apreço, embora esta não tenha se referido à suspensão condicional do processo de que trata o art. 89 da Lei nº 9.099/95. Com efeito, importa frisar, o simples somatório das penas mínimas cominadas aos crimes não mais será o bastante para impedir o benefício da suspensão condicional do processo. Indispensável será que as etapas anteriores (composição dos danos civis e transação penal) tenham sido frustradas, de modo a levar a cabo ação penal pelo concurso de crimes (material ou formal).

Visando a facilitar a observação, vejamos o seguinte exemplo: Cássio, em concurso formal, praticara os crimes de homicídio culposo (art. 121,

§ 3º, do Código Penal) e de lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do Código Penal). Antes da vigência da Lei nº 11.313/06, Cássio não poderia ser beneficiado com a suspensão condicional do processo, haja vista não permitir a súmula nº 243 do STJ, pois a pena mínima, pela incidência da majorante de que trata o art. 70 do CP, resulta em *quantum* que ultrapassa 01 (um) ano.

Entretanto, em face da nossa sistemática aqui estudada, antes de verificar-se o resultado do somatório das penas mínimas cominadas, hão de ser aplicados os institutos da composição civil e transação penal em relação ao crime de lesão corporal culposa, vez que se trata de infração de menor potencial ofensivo. Caso haja composição dos danos civis ou aceitação da transação penal, subsistirá apenas o crime de homicídio culposo, o qual, isoladamente, possui pena mínima *in abstracto* igual a 01 (um) ano. Logo, malgrado o comando da aludida súmula, terá Cássio direito à suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Talvez não tenha sido essa a intenção do legislador. Todavia, uma vez confeccionada e introduzida no universo jurídico, a lei ganha outros contornos, às vezes, estranhos à vontade original, porém com ressonância ímpar e legitimada pelo Estado Democrático de Direito.

Observa-se fácil que o espírito o qual deve guiar intérprete e aplicador da norma *sub oculi* é o da despenalização das infrações de menor potencial ofensivo, independentemente da maneira como foram perpetradas, ou seja, de forma isolada ou em conexão com outras infrações. O que deve prevalecer é a oportunização ao autor do fato de ser beneficiado, caso queira, com os institutos da composição dos danos civis e da proposta de pena não privativa de liberdade, qualquer que seja o Juízo processante.

A observância desse atilamento deve mergulhar, sobretudo, no princípio da intervenção mínima, no sentido de que a violência do direito penal deve dirigir seus olhares aos crimes impactantes, de grande repugnância, cujo potencial ofensivo cause ojeriza no seio social.

Na era da cibernética, com a superação de paradigmas como espaço-tempo e pecado-castigo, o que deve prevalecer é a minimalização do direito penal e a maximização dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas de que outras muitas peculiaridades surgirão, bem como inúmeros questionamentos sobre o tema. A literatura jurídica acerca desse novo disciplinamento com suas conseqüências ainda é parca. Tem-se, aqui,

apenas um trabalho incipiente, com o objetivo de despertar os estudiosos e apaixonados pelo Direito, para que contribuam para a discussão, reformulando-se conceitos e paradigmas, no desiderato de se chegar à justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOLETIM DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: IBCCrim, n. 57, ago. 1997.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS. Damásio Evangelista de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

IMPROBIDADE AMBIENTAL: RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

*Marcos Valentim Pinheiro Paixão**

Resumo: Intitulada Improbidade Ambiental: responsabilização objetiva, a presente pesquisa tem por objetivo demonstrar que a Lei nº 8.429/92 possibilita mais um mecanismo de proteção ao meio ambiente. A citada norma, que combate atos de improbidade administrativa, oferece instrumentos que visam a garantir a higidez constitucional dos princípios da administração pública. O poder público, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se um dos principais responsáveis pela proteção ao meio ambiente, mas nem sempre tem cumprido com esse desiderato constitucional, na medida em que também promove a poluição, o que vem impulsionando à responsabilização do Estado pelos danos causados ao meio ambiente. Isso muitas vezes advém da conduta de agentes públicos ambientais responsáveis pela instituição de políticas públicas e pelo poder de polícia, que com suas ações e omissões têm violado os princípios da gestão pública ambiental, praticando o que se denomina improbidade ambiental. Com o manejo da ação de improbidade ambiental é possível reprimir esses agentes públicos e terceiros, ou seja, infratores, aplicando-lhes sanções patrimoniais ou não, e de natureza não penal, com a perspectiva de que o poder público, a partir dessa atuação repressiva, promoverá uma proteção ao meio ambiente adequada ao comando constitucional.

Palavras-chave: Improbidade ambiental. Responsabilidade objetiva.

1 INTRODUÇÃO

O que se busca no presente trabalho é demonstrar que há mais uma via de responsabilização civil pelo dano causado ao meio ambiente no

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (área de concentração) pela PUC/SP e Membro da Comissão do Conselho Consultivo do Programa Interinstitucional “Contas na Mão” da Procuradoria Geral de Justiça.

direito brasileiro, que foi possibilitado pelo advento da Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que objetiva sancionar agentes públicos e terceiros que não observam os princípios da administração pública.

A utilização dessa via no direito ambiental é possibilitada na medida em que o Estado é visto como um dos principais responsáveis pelo dano ao meio ambiente.

Assim a discussão em torno do agente ambiental e do terceiro beneficiado pela conduta ímproba se faz necessária na medida em que o poder público foi responsabilizado pelo dano ambiental.

Nesse prisma será discutida a possibilidade da responsabilização objetiva na ação de improbidade administrativa pelo dano ambiental sem dispor do modelo tradicional, que permanece necessária diante do rápido atendimento à reposição do bem ambiental lesado.

Essa responsabilização visa atingir os agentes públicos e terceiros beneficiados que não obedeceram ao conjunto de princípios da administração pública ambiental, e, conseqüentemente causaram danos ao meio ambiente. Identificando as condutas ímprobas ambientais que podem ser visualizadas tanto na Lei de Improbidade Administrativa quanto no Estatuto da Cidade.

2 DANO AMBIENTAL

Como será tratada a responsabilização pela lesão ao meio ambiente, faz-se necessário identificar os tipos de danos ambientais que se apresentam, bem como a repercussão de acordo com o interesse.

Esse entendimento do dano é interessante a fim de chegar ao significado específico no âmbito do meio ambiente.

A doutrina se esmera na construção da conceituação do dano, mas aqui pode ser adotado um que apresenta significado consensual, como sendo “a diminuição, subtração ou destruição de um bem jurídico ou lesão a um direito ou interesse tutelado pela ordem jurídica”¹.

¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 64.

Essa minimização do bem jurídico é que fundamenta a obrigação de reparar, na medida em que “o dano é um elemento essencial à pretensão de uma indenização”².

Diante da concepção de dano, vai-se agora visualizar o seu significado no âmbito do meio ambiente, ou seja, o sentido do dano ambiental. E para isso é necessário levantar também o conceito de meio ambiente.

A Lei nº 6.938/81, no seu art. 3º, I apresenta o conceito de meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Esse conceito legal, conforme se observa, não restringe o meio ambiente aos recursos naturais, ao aspecto ecológico, mas também ao aspecto humano, ou seja, o que foi construído pelo homem e sua interação com estes elementos bióticos e abióticos, com isso, tem-se o meio ambiente cultural, artificial e do trabalho.

A Lei nº 6.938/81 não conceituou o que seria o dano ambiental, mas trouxe a conceituação de degradação da qualidade ambiental e de poluição que demonstram a minimização do bem ambiental, ou seja, retratam várias agressões ao meio ambiente.

Assim, tem-se por degradação da qualidade ambiental uma “alteração adversa das características do meio ambiente” (art. 3º, II) e como poluição:

A degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

² LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

Com base nesses conceitos legais pode chegar-se a uma construção doutrinária de dano ambiental que:

Consiste na lesão ao meio ambiente, abrangente dos elementos naturais, artificiais e culturais, como bem de uso comum do povo, juridicamente protegido. Significa, ainda, a violação do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental, de natureza difusa³.

Quando ocorre o dano ambiental, verifica-se uma diminuição, subtração ou destruição de um bem difuso, na concepção de que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, conforme consta registrado no art. 225 da Constituição Federal.

Na presente investigação, o tipo de lesão ambiental que interessa é a que atinge o bem ambiental como difuso, ou seja, aquele visualizado no texto constitucional no art. 225 e que tem o poder público em especial e a coletividade do dever de preservá-lo.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O MEIO AMBIENTE

A Lei nº 8.429/92, conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”, constitui norma que veio atender o comando contido no § 4º do art. 37 do texto constitucional: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O termo “improbidade” utilizado pela norma vem do latim *improbitate*, o que significa desonestidade; ao contrário, a probidade indica honestidade e está inserida na moralidade administrativa, que é o que na verdade o legislador quer velar tanto que no art. 4º da Lei nº 8.429/92 impõe ao agente público o dever de observar o princípio da moralidade, dentre outros que a administração pública se movimenta em favor da coletividade.

³ MIRRA, op. cit., p. 85.

A probidade administrativa implica num subprincípio da moralidade administrativa, constituindo-se num “direito público subjetivo a uma Administração Pública proba e honesta”⁴, que na verdade pode ser entendido como um direito difuso, posto que apresenta suas características, tais como: transindividualidade, indivisibilidade e de titularidade indeterminável.

As condutas que importam em atos de improbidade administrativa são divididas em três modalidades básicas, que são o enriquecimento ilícito, lesão ao erário, e a afronta aos princípios da administração pública.

Pode indagar-se qual a relação dessa norma com o meio ambiente, de que forma essa legislação poderá ser útil na proteção ambiental, se o poder público, por meio de seus agentes, estaria cumprindo o dever de preservação ambiental.

A bem da verdade há um conjunto de órgãos, agentes públicos, bem como de normas que vão desde a Constituição até portarias, que formam uma parcela da administração pública que se dedica ao meio ambiente, ou melhor, ao dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. É a administração pública ambiental que se constituiu a partir desse contexto que vincula o poder público às questões ambientais.

O Estado, embora tenha a obrigação de proteger o meio ambiente, também pode ser visto como um dos seus principais algozes, na medida em que o seu poder de polícia ambiental é ineficiente ou também porque suas atividades implicam em risco ambiental. Isso está comprovado! O poder público é poluidor, também está agredindo os bens ambientais em diversas formas⁵. É sem dúvida uma postura paradoxal.

Ademais, a gestão ambiental sofre das mesmas mazelas e desgastes que se vê na Administração Pública, quais sejam, corrupção, lesão ao erário, descumprimento dos seus princípios norteadores, descaso; enfim, são fatos que resvalam indubitavelmente na preservação do meio ambiente.

Muitas dessas condutas apontadas provocam danos ambientais. Desse modo, percebe-se que o próprio poder público, diante da conduta errática dos seus agentes, é responsável pela degradação. Assim, faz-se necessário reprimir estas ações ou omissões personalizadas com o fito de restabelecer sua posição de defesa e preservação do meio ambiente.

⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 103.

⁵ ALVES, Sérgio Luis Mendonça. **Estado poluidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

O dever de probidade na administração pública ambiental é condição para o efetivo combate aos eventuais danos que possam atingir o meio ambiente em todos os seus aspectos. Para tanto, é preciso responsabilizar os agentes públicos que se colocam em confronto com essa visão. Daí que surge a responsabilização por improbidade administrativa pelo dano ambiental.

4 RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE AMBIENTAL

Como é cediço a responsabilidade civil por danos ambientais foi construída sob a ótica da desnecessidade de comprovação de culpa do poluidor. Responsabilidade objetiva é o que predomina no Direito Ambiental, é o que está consagrado tanto na doutrina quanto pela jurisprudência pátria, tendo em vista que o ordenamento jurídico ampara essa concepção. Sua inserção definitiva e uniforme ocorreu com a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente e sendo posteriormente recepcionada pelo texto constitucional.

A responsabilidade objetiva dispensa a investigação do elemento subjetivo da conduta do poluidor; não há necessidade da comprovação de culpa ou dolo, mas há exigência da presença de dois pressupostos: evento danoso e o nexo de causalidade.

Em poucas palavras, pode resumir-se que o evento danoso é o resultado da atividade que causou lesão ao meio ambiente, e o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre aquela atividade e o dano por ela provocado, é o liame entre ação ou omissão e o fato lesivo.

Esses fatores são essenciais na responsabilidade objetiva, sem os quais não haverá obrigação de reparar; não haverá, portanto, a reparação *in natura* e nem mesmo a pecuniária. Do contrário, ou seja, estando presentes esses pressupostos, não haverá empecilho para obtenção da reposição ambiental ou da indenização.

Mas será que esta responsabilização é a única forma eficiente de punir quem promover a degradação dos bens ambientais? Não se teria outro mecanismo alternativo e também eficaz de reprimir o poluidor?

O instrumento próprio para efetivar essa alternativa de responsabilização ao já construído pela doutrina e jurisprudência pátria está fincada na Lei nº 8.429/92, a combatida Lei de Improbidade Administrativa.

Com a integração dessa legislação à tutela constitucional do meio ambiente, como se verá adiante, é possível acionar o agente que enriqueceu ilicitamente, bem como aquele que promoveu lesão ao bem ambiental ou aquele que descumpriu princípios inerentes da administração pública ambiental. Trata-se de responsabilidade que atinge pessoas físicas e jurídicas com a finalidade de aplicar sanções.

É crescente o pensamento da utilização da Lei de Improbidade Administrativa no combate aos danos ambientais, dessa forma, a ação coletiva correspondente pode ser apresentada como “um eficaz remédio de promoção dos desideratos constitucionais ligados à higidez do meio ambiente”⁶.

Mas o que se trata de responsabilização por improbidade administrativa pelo dano ambiental? Como se dá essa responsabilização? Qual o seu objetivo? Qual a sua importância na política pública de prevenção de eventual lesão ao bem ambiental? Essas são algumas das questões que serão abordadas.

A responsabilização do dano ambiental com base na Lei de Improbidade Administrativa surge em decorrência de atos atentatórios aos princípios da administração pública ambiental. Essa ação ou omissão está vinculada à conduta de agentes públicos e terceiros beneficiados (pessoas físicas e jurídicas) que associados efetivamente descumpriram normas pertinentes ao Direito Ambiental.

Daí surge que a improbidade ambiental que pode ser conceituada como sendo uma conduta ímproba que causou dano ao meio ambiente.

O agente ambiental tem que atuar de acordo com o dever de probidade, que se relaciona com a “honestidade profissional e eficiência funcional mínima”⁷.

A honestidade profissional na esfera específica da gestão ambiental é corolário de uma prática administrativa associada aos princípios que norteiam o Direito Ambiental, de modo que não haverá distorção dos atos administrativos ocasionando ameaça ou lesão a bens ambientais.

⁶ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente: I – Florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 301.

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. O dever de probidade administrativa e a proteção ao meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coord.). **Direito ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 167-224.

A eficiência funcional é um dever que está relacionado a medidas de prevenção e poder de polícia da gestão ambiental na defesa do meio ambiente. Espera-se que o poder público cumpra minimamente seu dever de proteção e preservação dos recursos ambientais, bens difusos.

A Lei nº 8.429/92, como já dito, serve de apoio para responsabilização pelo dano ambiental praticado por agentes públicos ou não. Mas uma questão tem que ser analisada, qual seja, a exigência doutrinária e mesmo legal (art. 10 da citada norma), do elemento subjetivo configurador da conduta ímproba.

A responsabilização por ato de improbidade foi construída com base nesse elemento subjetivo e vem abalizada na inexistência de dispositivo que disponha o contrário, ou seja, que exija a responsabilidade objetiva.

Assim, para configuração das condutas ímprobadas previstas tanto no art. 9º quanto no art. 11º da Lei de Improbidade Administrativa é necessário o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, muito embora não tenha sido expressa a exigência desse elemento.

São dois fatores levados em conta pela literatura especializada para chegar ao entendimento da manifestação apenas do dolo naquelas modalidades de improbidade administrativa⁸.

O primeiro é o fator lógico-sistemático de exclusão, posto que somente a espécie de improbidade administrativa prevista no art. 10º da norma sobredita exige expressamente o dolo ou culpa, assim, trata-se de escolha do legislador que para essa conduta também fosse reprimida quando estivessem presentes: negligência, imprudência ou imperícia.

O outro fator decorre da reprovabilidade da conduta que apenas pode ser imputada àquele que a praticou livremente, a fim de obter o resultado danoso, de modo que a punição pela culpa requer expressa previsão legal, o que não foi deliberado nas hipóteses, quais sejam, arts. 9º e 11º da Lei 8.429/92.

Enfim, há o pensamento dominante que conduz a configuração do ato de improbidade associado a um elemento subjetivo. Assim, como conciliar essa exigência quando a conduta ímproba causar dano ao meio ambiente, sabendo-se que o dolo e/ou a culpa não são exigidos na reparação ambiental?

⁸ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 216.

Tem-se que primeiro observar o que dispõe a Constituição Federal sobre a responsabilidade pelo dano ambiental, no art. 225, § 3º *in verbis*: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Os atos de improbidade administrativa que geram prejuízo ambiental podem ser considerados “condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, que sujeitarão os infratores, no caso, agentes públicos ambientais e beneficiários (pessoas físicas ou jurídicas), as sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

A concepção de infrator agrega o agente público que incorreu em ato de improbidade administrativa, em virtude da ação ilícita, ímproba, ou seja, não legal, atentatória aos princípios da administração pública.

O art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, prefere a utilização do termo “poluidor” que indica evidentemente que alguém causou dano ao meio ambiente, e por isso é obrigado civilmente, independentemente de culpa, ao reparo ou a indenização. Ou seja, utiliza uma expressão que pode ser incorporada ao infrator.

Nesse contexto, pode ser admitido que a regra constitucional pertinente abrange a Lei de improbidade administrativa, na medida em que o agente ímprobo é um infrator que está sujeito às sanções penais, administrativas, e também civis, ou melhor, decorrente da jurisdição civil, que inclui, conforme reclama o dispositivo, a reparação do dano causado.

É conclusivo que uma nova concepção do meio ambiente foi introduzida pela Constituição Federal. A condição de bem essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo ensejaram uma nova idéia, a de que o bem ambiental não é público nem privado, apresenta-se como difuso, por pertencer a todos indeterminadamente e por ser indivisível.

Nessa esteira o texto constitucional apresenta avanços significativos na proteção ao meio ambiente, como, por exemplo, a responsabilização penal da pessoa jurídica, que foi posteriormente tratada na Lei 9.605/98.

Com isso, observa-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exige hígidez nos mecanismos de proteção, visando assegurar o ressarcimento e punição ao exercício da atividade danosa, ou melhor, ao infrator que promove o desequilíbrio, que não atua de acordo com as determinações constitucionais.

Vê-se que a Constituição Federal recepciona a responsabilidade objetiva, como também abrange o conteúdo material da Lei de Improbidade Administrativa, mais precisamente as condutas ímprobas e as respectivas sanções. Esse compartilhamento nos parece mais sintonizado com os avanços traçados no texto constitucional.

A desnecessidade da investigação da culpa na demanda civil que visa a reprimir o comportamento do agente ambiental que não atendeu os princípios da gestão pública ambiental pode ser apresentado como uma forma de responsabilização mais representativa do real significado do conteúdo assentado no art. 225, § 3º.

Ademais, na aplicação das sanções ao infrator administrativo não há perquirição da culpa, com exceção do art. 72, § 3º da Lei nº 9.605/98, que prevê expressamente o elemento subjetivo na multa simples.

Conclui-se então que “o elemento subjetivo não é pressuposto jurídico para a configuração da responsabilidade administrativa”⁹. Assim, vigora a responsabilidade objetiva como regra nas infrações administrativas ambientais.

Outrossim, essa possibilidade também pode ser observada pelo ângulo da proteção aos direitos transindividuais, onde predomina a responsabilidade objetiva, conforme consagra o Código de Defesa do Consumidor, ou seja, já se trata de uma tradição no manejo de ações coletivas.

No CDC há também uma exceção, quando na responsabilidade pessoal dos profissionais liberais haverá de ser aferida a culpa (art. 14, §4º).

Apenas no que compete aos crimes ambientais permaneceu a exigência legal do elemento subjetivo na configuração do fato típico, seguindo uma tradição do direito penal, na qual a contenção da liberdade requer uma averiguação do dolo ou culpa.

Mas na jurisdição civil, na qual será examinado o dano ambiental, a fim de obter uma reparação, e as demais sanções previstas na Lei 8.429/92, não se justifica a adoção do sistema tradicional da aferição da culpa (sentido lato), quando se consagra a responsabilidade objetiva diante da relevância do bem protegido.

⁹ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência e glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 696.

A responsabilização objetiva na demanda por improbidade administrativa no âmbito do direito ambiental é validada ainda pela presença dos direitos constitucionais processuais. Ao réu, como não poderia deixar de ser, estarão garantidos os seguintes direitos: acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o juiz e promotor natural (art. 5º, XXXVII e LII), a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI), a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX) e a publicidade dos atos judiciais (art. 5º, LX).

Com todo esse conjunto de regras constitucionais respeitadas no processo coletivo que visa responsabilizar o agente ambiental que causou dano ao meio ambiente, aplicando-lhe sanções, não haverá como negar sua validade.

Assim, efetuando-se uma leitura avançada do texto constitucional associada ao sistema de proteção aos direitos metaindividuais, resta evidenciado que a responsabilidade objetiva também pode ser visualizada na repressão à improbidade ambiental.

4.1 Aspecto repressivo e preventivo

A responsabilização do dano ambiental fulcrado na Lei de Improbidade Administrativa é fundada em dois aspectos: repressivo e preventivo. Aqui, então, visualiza-se os objetivos de responsabilizar o agente público ou terceiro, respondendo a questão apresentada no item anterior.

O aspecto repressivo aludido tem sentido na medida em que será responsabilizado o agente público que descuidou do dever de probidade provocando o dano ambiental, devendo ser observada se sua conduta está incluída em uma ou mais modalidades da improbidade administrativa, previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 ou no Estatuto da Cidade.

Na verdade, a responsabilização do agente público por meio da ação de improbidade administrativa tem por objetivo impor as sanções tanto de natureza patrimonial quanto punitiva.

No primeiro grupo, ou seja, de caráter patrimonial estão o ressarcimento integral do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente. Na outra, fica acentuado o aspecto punitivo, quais sejam, multa civil, suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, proibição de contratar e receber benefícios do poder público.

As reprimendas de caráter patrimonial visam na verdade restituir o que o Estado-poluidor fora responsabilizado pelo dano ambiental ou até mesmo dividir a obrigação da reparação (responsabilidade solidária). A conduta ímproba do agente público gerou uma lesão ao meio ambiente que necessariamente caberá ao poder público efetuar sua recuperação quando possível, o que vai implicar em aporte financeiro da pessoa jurídica de direito público.

Com isso pode ser observado que o agente público dá ensejo ao dano ambiental, mas na verdade quem paga a indenização é o ente público, ou melhor, que eventualmente será condenado a efetuar o ressarcimento, ou efetuando gastos com a recuperação do bem ambiental ou na própria indenização, revertida ao Fundo de que trata a Lei nº 7.437/85.

Isso pode ser chamado de socialização do prejuízo, na medida em que quem paga, na verdade, é o contribuinte, que recolhe tributos à União, ao Estado ou ao Município, e vê depois algum destes entes da Federação ser condenado a reparar o dano causado pelo agente ímprobo. Ou seja, a conduta ilícita de um servidor provoca o pagamento por via oblíqua da comunidade.

Assim, pode ser dito que o dano ambiental, difuso, é ressarcido também de forma difusa.

Interessante observar essa ótica da socialização do prejuízo. Na ação civil pública reparatória será acionado o ente público no qual atua o agente ambiental. Não haverá oportunidade nessa demanda de alegar a culpa desse servidor público, diante da regra da responsabilização objetiva, havendo possibilidade numa ação de regresso, como prevê a Constituição Federal, art. 37, § 6º. Mas nesta não há o caráter repressivo que se apresenta com a clareza na ação de improbidade.

A responsabilização por meio da improbidade administrativa busca então a reparação de quem efetivamente deu causa ao dano ambiental. Evidente que o agente público poderá, na maioria das vezes, não ter condições financeiras de recuperar o prejuízo ambiental, mas de alguma forma contribuirá para ressarcir e amenizar, mesmo que de forma mínima, a “socialização” da indenização, com as sanções do ressarcimento integral do dano e perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, quando condenado pela ação ímproba.

As sanções de multa civil, suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, proibição de contratar e receber benefícios do poder público atuam

no aspecto punitivo ao agente ambiental ímprobo, diferente das anteriores que servem apenas restabelecer o estado anterior do bem ambiental, amenizando a possível “socialização” do prejuízo.

Outro fundamento dessa responsabilização consiste no caráter preventivo. Esse aspecto prevalece na medida da implementação de políticas públicas que objetivam conscientizar o agente ambiental de seus deveres. O que revela sua importância na preservação do bem ambiental.

Atuando o agente ambiental, tanto o político quanto o servidor, de acordo com as normas e princípios que regem a administração pública ambiental, a ocorrência de danos ao meio ambiente provocados pelo poder público é amenizada, ou melhor, sensivelmente diminuída, o que vem a minimizar o prejuízo ao erário público, que não deslocará recursos específicos para recuperar o bem ambiental agredido.

Essa conscientização do agente público passa pela demonstração do caráter punitivo das sanções da improbidade administrativa. O aspecto intimidatório originário da punição efetiva é um mecanismo eficaz no combate ao agente ambiental que não cumpre seu dever de probidade.

Assim, torna-se evidenciada a necessidade de responsabilizar por ato de improbidade administrativa o agente público que subsumiu uma conduta ímproba e deu origem ao dano ambiental. Não se trata apenas de aplicar as sanções, mas também de exemplificar, e conseqüentemente, incutir a intimidação no seio dos servidores que tratam de matéria pertinente ao meio ambiente, de modo que não afrontem os princípios da administração pública.

Esse caráter preventivo pode surtir efeito também com a adoção de políticas públicas de publicidade, ecoando a perspectiva da responsabilização pessoal dos administradores públicos e demais agentes públicos, ante a ocorrência de lesões ambientais, dando ênfase às reprimendas que poderão advir de uma condenação judicial.

Há uma carga repressiva solidificada na Lei de Improbidade Administrativa que pode ser demonstrada como um instrumento de combate ao dano ambiental, na medida em que se busca a responsabilização pessoal dos agentes públicos.

Não é suficiente apenas responsabilizar objetivamente Estado-poluidor, quando se tem mecanismos de repressão que poderiam atuar de forma eficiente contra os agentes públicos e pessoas físicas ou jurídicas efetivamente responsáveis pelo fato danoso ao meio ambiente.

Essa carga de repressão não se aplica apenas ao agente público, ela tem incidência também nas pessoas físicas ou jurídicas que atuam fora do ente estatal, são os terceiros, como acentua a Lei de Improbidade Administrativa (art. 3º), que será abordado mais na frente.

Mas é importante ressaltar-se que essa via de responsabilização pode ser mais demorada, lenta, por força do rito adotado pela norma e ainda por atingir agentes políticos detentores de expressivos cargos na administração pública.

A responsabilização do dano ambiental por meio da improbidade administrativa poderá surtir efeito positivo, a exemplo do que ocorre com o manejo da Lei nº 8.429/92, na seara do patrimônio público, onde tem tido uma repercussão razoável tanto no aspecto preventivo quanto no repressivo.

A prova de sua validade no combate a condutas ímprobas está na reação dos políticos, que por pelo menos duas vezes já retaliaram a norma, tornando-a menos célere e afastada do lugar do dano, ao modificarem o procedimento inicial e a competência dessa ação coletiva.

Outra demonstração da sua possível eficácia no âmbito ambiental é a previsão de condutas ímprobas na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que trata do meio ambiente artificial, campo fértil da improbidade administrativa. Ou seja, o legislador confirmou essa via de responsabilização como mais um mecanismo de proteção do meio ambiente.

4.2 Dever e discricionariedade do agente público ambiental

Há intensa discussão doutrinária a respeito da discricionariedade que, no momento não cabe trazê-la em sua totalidade, deve-se apenas observar sua conceituação e perquirir sobre sua incidência ou não no âmbito da administração pública ambiental, ou melhor, se o agente público ambiental dispõe dessa possibilidade para atuar.

Numa ligeira incursão pela doutrina, pode ser notado que “os melhores conceitos doutrinários de discricionariedade, pois, são aqueles que levam em conta que a margem de liberdade de escolha entre os comportamentos cabíveis é gizada pelo direito e vinculada sempre a uma finalidade de interesse público”¹⁰.

¹⁰ GOMES, Luis Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 81-82.

Então, em poucas linhas, resume-se, que a discricionariedade tem espaço quando o legislador concede certa margem limitada de liberdade à administração para optar por um comportamento mais adequado ao caso concreto.

Então a discricionariedade não pode ser vista como uma ação descontrolada do administrador público, feita sem critérios. Quando na verdade surge dentro de um limite estabelecido por lei ao dispor de opções que visam sempre ao interesse público.

As questões de conveniência, oportunidade e conteúdo que cercam a discricionariedade, vêm à tona por ocasião da adoção de uma postura diante de um caso concreto, que deverá ser solucionado por uma medida ideal.

Mas é preciso indagar se a gestão pública do meio ambiente comporta esse tipo de atitude dos seus agentes.

As normas ambientais e os princípios que formam o arcabouço do direito ambiental não oferecem essa margem de liberdade ao administrador público. A higidez da proteção ao meio ambiente não apresenta ao poder público essa possibilidade.

Não se vê com prosperidade a possibilidade do agente público ambiental se valer da discricionariedade para atuar na proteção ao meio ambiente.

Essa questão da discricionariedade na tutela ambiental vem sempre associada ao licenciamento ambiental, ou seja, quando o gestor ambiental terá que adotar uma decisão a respeito da viabilidade de uma atividade econômica ou outra qualquer em face do meio ambiente. Para tal dispõe do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório, como valioso instrumento de prevenção.

Sendo o relatório conclusivo de que atividade ou obra efetivamente degrada o meio ambiente, constituirá numa informação técnica que vincula ou não a decisão de concessão da licença ambiental?

Não havendo vinculação, a licença ambiental é ato discricionário, já que mesmo com o EIA desfavorável será possível a concessão da licença ambiental, tendo em vista que o art. 170, V, alude a existência do princípio do desenvolvimento sustentável, o que permite ao gestor público ambiental avaliar buscando um equilíbrio entre a proteção ambiental e a livre concorrência.

Entende-se que essa avaliação desvinculada da administração pública ambiental poderá ensejar justificativas que na verdade irão beneficiar grupos ou setores econômicos que não visam a proteção ao meio ambiente, e

sim a busca pelo lucro de forma acintosa. Essa discricionariedade não se coaduna com o dever de proteção ao meio ambiente conferido ao poder público.

A comprovação por meio EIA de que a atividade ou obra causa dano ambiental é motivo suficiente para impedir ou interditar, esse é o sentido da constitucionalização do instituto que veio operacionalizar os princípios da prevenção e precaução.

Esse entendimento da desvinculação do EIA à decisão de concessão ou não da licença enfraquece os princípios sobreditos, na medida em que gestor público não está obrigado a considerá-lo, podendo simplesmente aceitar bases não científicas dos grupos econômicos.

Também prejudica o controle jurisdicional da tutela ambiental, já que não disporá de parâmetros para limitar ou condicionar o poder público ao que a Constituição determinar sobre sua atuação efetiva de proteção meio ambiente.

É preciso considerar que há um comando constitucional que limita objetivamente a discricionariedade administrativa quando se trata do licenciamento ambiental, que é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Devendo o poder público cumprir as determinações contidas no art. 225, § 1º da CF a fim de efetivar e garantir esse direito difuso, não podendo simplesmente descumprir esse dever constitucional.

Outrossim, entende-se que sendo o EIA favorável ao empreendimento, a administração pública fica obrigada a conceder a licença ambiental.

Assim, acentua-se que há na verdade uma vinculação ao estudo científico, que serve de apoio para decisão sobre a concessão ou não da licença ambiental.

5 MODALIDADES DE IMPROBIDADE AMBIENTAL

A Lei nº 8.429/92 apresenta três modalidades de atos de improbidade administrativa, que estão fincadas nos arts. 9º, 10 e 11, que correspondem ao enriquecimento ilícito, lesão ao erário público e afronta aos princípios da administração pública, respectivamente.

O comando da modalidade ímproba vem descrito nos dispositivos acima citados, que apresenta os elementos básicos a fim de caracterizar a conduta típica. Assim, cada uma das três modalidades apresentam suas especialidades, formando o núcleo do ato de improbidade administrativa.

Todas essas modalidades de condutas ímprobas apresentam nos respectivos dispositivos, exemplos de atos que importam improbidade administrativa. Essa conclusão advém do vocábulo “notadamente” utilizado nos três artigos acima citados.

A Lei de Improbidade Administrativa não fecha as possibilidades de condutas ímprobas. Com os exemplos que enumerou, apenas demonstra alguns tipos, sem qualquer preocupação de esvaziar as possíveis ações que poderão ser eventualmente encaixadas no *caput*.

Isso pode ser tratado como tradição do direito pátrio, já que a Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), que antecedeu a Lei de Improbidade Administrativa, também apresentava uma enumeração exemplificativa das hipóteses de enriquecimento ilícito.

Essa possibilidade de subsumir várias condutas ao comando da modalidade específica da improbidade administrativa é que faz surgir muitas hipóteses de condutas ímprobas que têm repercussão no meio ambiente.

A improbidade ambiental, como já dito, nada mais é do que um ato de improbidade administrativa que repercutiu de forma lesiva ao meio ambiente, com a característica específica da prescindibilidade do elemento volitivo na conduta do agente ambiental.

Essa ação ímproba vem sempre constituída de uma afronta aos princípios da administração pública ambiental, mesmo quando restam configurados ou enriquecimento ilícito ou a lesão ao erário público, posto que essas condutas também refletem um descumprimento do dever de gestão ambiental fincada no comando constitucional (arts. 216 e 225).

A improbidade ambiental não advém apenas da adequação do fato ao exigido pelo comando das três categorias previstas na Lei nº 8.429/92, pode também ser visualizada de forma expressa no art. 52 da Lei nº 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade.

Assim, quanto à origem, a improbidade ambiental apresenta esses dois diplomas legais sobreditos, podendo advir da norma geral de condutas ímprobas e da norma específica que trata do meio ambiente artificial.

A Lei nº 8.429/92 permite associar maior número de condutas ímprobas ambientais em razão da forma aberta de sua caracterização. Não há uma previsão taxativa dos atos de improbidade administrativa. O Estatuto da Cidade segue essa mesma característica, muito embora o seu art. 52 possa aparentemente oferecer ou fechar todas as hipóteses, esvaziando a repressão

a um número certo de fatos apontados; no entanto, não é o que ocorre, conforme se verá mais adiante no estudo específico sobre essa modalidade.

5.1 Enriquecimento ilícito

A primeira modalidade ímproba prevista na Lei nº 8.429/92 vem estabelecida no seu art. 9º, que diz: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, e notadamente”:

É considerada a mais grave das espécies de improbidade administrativa, já que as sanções previstas para o caso de condenação por essa conduta são mais rigorosas, conforme se observa no art. 12, I da norma sobredita:

Na hipótese do artigo 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Os prazos da suspensão dos direitos políticos e da proibição da contratação com o poder público são maiores do que os das outras categorias de improbidade administrativa previstas no mesmo diploma legal; além do mais a multa civil poderá também ser maior dependendo da vantagem ilícita auferida.

O art. 9º que trata do enriquecimento ilícito apresenta algumas hipóteses, ou melhor, um rol exemplificativo de condutas ímprobadas:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto,

que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no artigo 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei.

A maioria dessas condutas exemplificadas pelo dispositivo em tela demonstra hipóteses de corrupção, que pode ser vista como “a conduta de autoridade que exerce o Poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material”¹¹.

O núcleo básico dessa espécie de improbidade está estabelecido no *caput*, o qual exige para sua configuração a percepção de vantagem econômica indevida em razão do exercício de função pública. Diferentemente dos crimes estabelecidos nos arts. 316 e 317 (concussão e corrupção passiva) do Código Penal, aqui não há necessidade da exigência ou solicitação da vantagem indevida, basta apenas o recebimento, com exceção do tipo previsto no inciso V, *in fine*, no qual é suficiente a aceitação da promessa de tal vantagem¹².

Assim, para configurar a improbidade administrativa na espécie de enriquecimento ilícito, é preciso que estejam presentes dois requisitos básicos: recebimento de vantagem patrimonial indevida e o exercício de função pública.

Evidentemente que há necessidade de efetuar um nexo entre esse dois requisitos, qual seja, um liame que estabeleça que o recebimento da vantagem patrimonial indevida se deu em razão do exercício da função pública.

Essa vantagem patrimonial indevida não necessita ser feita de forma direta ao agente público, a forma indireta também é reprimida, e ocorre quando o beneficiário é um membro da família, um testa-de-ferro, laranja etc.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 109.

¹² Art. 9º, V: “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou **aceitar promessa de tal vantagem**”. (grifo nosso).

A improbidade ambiental dessa modalidade decorre desses dois requisitos apontados, apenas com um *plus*, o agente público deve estar no exercício de função pública ambiental. Ou seja, a atuação do agente público é pertinente ao meio ambiente, portanto específica.

Esse agente público pode ser tanto o responsável pela implementação de políticas públicas ambientais quanto o que atua no efetivo exercício do poder de polícia ambiental.

Assim, apresentam-se algumas hipóteses dessa modalidade de improbidade ambiental, tais como: a concessão de licença mediante suborno; a elaboração de falso EIA/RIMA por agente definido no art. 2º da lei de improbidade, mediante percepção de pecúnia do pleiteante da licença; e a “não realização de fiscalização por parte do agente público competente em razão de corrupção”¹³.

Questões relacionadas à ocupação do solo urbano e ao poder de polícia são apontadas como campo fértil para corrupção¹⁴. Ou seja, vislumbra-se uma “corrupção ambiental”, diante do loteamento clandestino, bem como no âmbito do poder de polícia ambiental.

Podem-se ainda acrescentar outras condutas de corrupção ambiental, tais como: agente público que concede licença ambiental mesmo com o EIA/RIMA desfavorável, mediante percepção de vantagem patrimonial indevida; o processo administrativo que visa à aplicação de sanções administrativas estabelecidas pela Lei nº 9.605/98 é arquivado em razão do recebimento de uma vantagem patrimonial indevida.

5.2 Lesão ao patrimônio público

A segunda espécie de improbidade administrativa vem estabelecida no art. 10 da Lei nº 8.429/92 nos seguintes termos:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente.

¹³ BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 18, p. 76, abr./jun. 2000.

¹⁴ MARTINS JÚNIOR, op.cit., p. 183.

É o tipo de espécie de improbidade que revela a preocupação do legislador com a incolumidade do patrimônio público das entidades previstas no art. 1º da lei sobredita¹⁵, tanto que reprime a perda, o desvio, a apropriação, o malbaratamento e a dilapidação.

É a única modalidade de improbidade administrativa que exige expressamente o elemento subjetivo para caracterizar a conduta. Requer o dolo ou a culpa na ação ou omissão. Mas que aqui, conforme se sustenta, na responsabilização pelo dano ambiental não terá repercussão, já que é prescindível.

Essa modalidade também apresenta condutas exemplificativas que aproximam do sentido traçado pelo *caput* acima transcrito, senão vejamos:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades

¹⁵ “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei”.

referidas no artigo 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Para se adequar essa espécie de conduta ímproba ao meio ambiente é necessário identificar que o patrimônio ambiental é comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, trata-se de um bem difuso, que não é público nem privado¹⁶.

¹⁶ Essa concepção que vence a dicotomia público/privada foi, segundo Celso Fiorillo, estruturada no contexto jurídico nacional pelo Código do Consumidor quando definiu o significado dos direitos e interesses difusos como sendo transindividual, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, § único, I).

Com isso, poderia ser concluído que estaria afastada a possibilidade de repressão do bem ambiental por essa modalidade de conduta ímproba. Mas, não é o que deve ocorrer.

Os bens ambientais são difusos, mas são geridos pelas pessoas jurídicas de direito público que são detentores dessa competência, e desse modo, têm a responsabilidade de velar pela incolumidade.

Assim, os bens tombados, as reservas florestais, os parques nacionais, estaduais, municipais, dentre outros bens ambientais devem ser protegidos pelo poder público, muito embora não lhe pertençam, conforme essa nova concepção que expressa uma titularidade indeterminada.

Na improbidade administrativa relacionada ao dano ao patrimônio público, previsto no *caput* do art. 10 e incisos da Lei 8.429/92, podemos extrair a proteção ao patrimônio ambiental, ou melhor, ao patrimônio ambiental difuso que é administrado pelo poder público.

Essa lesão ao patrimônio ambiental pode ser identificada na conduta do agente público que autoriza ou permite, por ação ou omissão, a demolição de bem cultural tombado. Outros exemplos: na falta de conservação de prédios e documentos históricos, no desvio de peças de cunho histórico, na destruição de reservas florestais, no assoreamento de rios e lagos etc.

Pode-se ainda vislumbrar a improbidade ambiental nas despesas levantadas pelo poder público na recuperação, restauração e reposição do bem ambiental, que correspondem ao efetivo dano ao erário público.

As sanções dessa espécie de improbidade administrativa são menos graves que a anterior, conforme se observa no comando do art. 12, II da Lei nº 8.429/92, no qual consta que os limites temporais são menores na suspensão dos direitos políticos e na proibição de contratar com o poder público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios¹⁷.

¹⁷ II - na hipótese do artigo 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

5.3 Afronta aos princípios da administração pública ambiental

A última conduta ímproba prevista na Lei nº 8.429/92, no seu art. 11, é a que possibilita maior incidência de dano ambiental, o que fortalece a responsabilização por essa via.

Diz o dispositivo: “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”.

Aqui o legislador inovou a velar pelos princípios da Administração Pública e pelos deveres dos agentes públicos. A questão sai do aspecto material visualizado pelas outras condutas e entra no aspecto ético. Assim, apresenta-se de forma residual ou de reserva, abrangendo qualquer violação aos princípios da gestão pública que não caracterizem o enriquecimento ilícito ou a lesão ao patrimônio público.

Evidentemente que cada conduta ímproba ambiental também tem esse caráter, ou seja, o enriquecimento ilícito e a lesão ao patrimônio público representam violações aos princípios da administração pública, no entanto, não estando configuradas nestas afrontas as ações acima mencionadas, resta sancionar pelo ato contido no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Como o direito ambiental tem base sólida em princípios, muitos dos quais são estabelecidos na administração pública ambiental, tem-se aqui campo fértil de condutas ímprobas. Principalmente quando se verificam as hipóteses exemplificativas estabelecidas pelo próprio legislador, quais sejam:

- 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;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

São várias condutas freqüentes que ocorrem no cotidiano dos municípios brasileiros que podem ser enquadrados nos exemplos acima transcritos, constituindo-se em improbidades ambientais, tais como: o agente público que concede licença a qualquer atividade vedada pelo zoneamento ambiental; na omissão de adotar providências a fim de impedir a invasão de área de proteção ao meio ambiente, bem como no funcionamento neste local de atividades clandestinas incompatíveis; o agente ambiental que retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de sua atribuição com vista a remover “lixão” instalado em área de proteção ambiental; “a negativa deliberada de publicidade a uma licença ambiental expedida, em prejuízo de terceiros interessados”¹⁸.

O ponto forte das improbidades ambientais que se enquadram nesse terreno está na omissão dos agentes ambientais capitaneadas pela fragilidade na condução dos seus deveres com a proteção ao meio ambiente.

A inação, o descaso, a falta de atuação eficiente e engajada são características que concorrem para o dano ambiental e que são fatos que devem ser visualizados como condutas ímprobos ambientais.

O dever de atuação na proteção ambiental quando mitigado é que tem acentuado a incidência de condutas ímprobos ambientais nesse enquadramento.

A gestão pública ambiental tem como base que a atuação de seu agente público é sempre vinculada à proteção do meio ambiente, não poderá dispor do bem ambiental, não deverá atuar fora da norma ambiental e não atuará com outra prioridade.

5.4 Improbidade ambiental no Estatuto da Cidade

A Lei nº 10.257/01 veio regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal para estabelecer diretrizes gerais da política urbana, instituindo o que vem sendo chamado pela doutrina de Estatuto da Cidade, norma pertinente ao meio ambiente artificial.

¹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 17, p. 112-122. jan./mar. 2000.

Essa norma apresenta condutas ímprobas específicas pertinentes ao descumprimento pelo Prefeito e pelo Governador do Distrito Federal¹⁹ de determinadas obrigações, com isso pode ser verificado que o manejo da ação de improbidade administrativa é visualizado pela primeira vez de forma expressa numa legislação ambiental da seguinte forma:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I - (VETADO)

II - deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;

III - utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

IV - aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

V - aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;

VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

VII - deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

VIII - adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Interessante observar que o Estatuto da Cidade, ao contrário da Lei de Improbidade Administrativa, apresenta características próprias ao

¹⁹ É preciso atentar para o disposto no art. 51 da norma em questão, deixa no mesmo patamar, qual seja, de sujeito ativo da improbidade ambiental, o Prefeito e o Governador do DF, quando diz: “Para os efeitos desta Lei, aplicam-se ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal as disposições relativas, respectivamente, a Município e a Prefeito”.

estabelecer suas condutas ímprobas, assim como define logo quem são os sujeitos ativos (Prefeito e/ou Governador do Distrito Federal) e não apresenta as sanções a que estará submetido o agente político.

Evidentemente que a doutrina reclama dessa opção do legislador, por exemplo, suscita a insegurança jurídica pelo fato da ausência das sanções que será submetido o alcaide infrator²⁰.

Mas há uma solução apresentada por esse segmento crítico da doutrina que parece adequada à lacuna, qual seja, de acordo com a conduta do prefeito ou do Governador do Distrito Federal, aplica-se à sanção conveniente; assim, implicando-se no enriquecimento ilícito, têm-se as reprimendas do art. 12, I da Lei nº 8.429/92; havendo lesão ao patrimônio público, então, tem-se a opção do art. 12, II; e no caso, de não configurar nenhuma das anteriores, resta o art. 12, III, pertinente à violação aos princípios da administração pública, aqui ambiental.

Essa escolha do legislador fortalece o espírito das normas que prevêm condutas ímprobas, que se apresentam como tipos abertos, próprios para o enquadramento de ações contrárias ao contexto da moralidade administrativa.

Na verdade, algumas dessas condutas especificadas no Estatuto da Cidade são apontadas pela doutrina como condutas ímprobas independentemente dessa previsão específica, quais sejam, o prefeito que adquire imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado (VIII); ou impede ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 (VI) do diploma legal citado²¹.

A aquisição de imóvel objeto do direito de preempção por valor superior ao de mercado se constitui numa lesão ao erário público prevista no art. 10, V, da Lei de Improbidade Administrativa, que já tipifica de maneira exemplificativa essa conduta²².

²⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. O estatuto da cidade e a lei de improbidade administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade**: comentários à lei federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 357-379.

²¹ OSÓRIO, op. cit., p. 195-196.

²² “Permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”.

A outra conduta que poderia ser visualizada na norma sobredita é quanto à negativa de atos oficiais (art. 11, IV), que pode ser identificada no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, quando não promove audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; quando nega a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; e impede o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Essa conexão das duas normas fortalece o posicionamento do acima exposto, de que dependendo da conduta ímproba praticada pelo Prefeito ou pelo Governador do Distrito Federal, aplicar-se-á a sanção correspondente prevista na Lei nº 8.429/92.

Assim, nos exemplos aludidos, as sanções da conduta ímproba prevista no art. 52, VIII do Estatuto da Cidade, seriam aquelas estabelecidas no art. 12, II da Lei de Improbidade Administrativa, diante da efetiva lesão ao patrimônio público. Já a conduta vislumbrada no art. 52, VI, do diploma ambiental, seria reprimida pelas sanções contidas no art. 12, III da Lei nº 8.429/92, diante da afronta ao princípio constitucional da administração pública.

Como vimos o Estatuto da Cidade reservou dispositivo específico para apresentar condutas ímprobadas; com isso poderíamos concluir que o legislador diferentemente do que ocorre na Lei de Improbidade Administrativa, tratou de prever todas as suas hipóteses, ou melhor, a norma é *numerus clausus*.

Ledo engano. A Lei de Improbidade Administrativa poderá agregar outras condutas ímprobadas ambientais (incluindo os demais agentes públicos) que não foram conferidas no art. 52 do Estatuto da Cidade, diante de sua formação aberta e exemplificativa.

Um exemplo é o descumprimento das normas de publicidade do estudo de impacto de vizinhança, contrariando a exigência do art. 37, parágrafo único, do Estatuto da Cidade, inserindo-se na conduta ímproba do art. 11, IV da Lei nº 8.429/92.

Mas, visualizam-se outras condutas ímprobadas, tendo como base o próprio EIV (estudo de impacto de vizinhança), que segundo o art. 36 do Estatuto da Cidade, lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados e públicos em área urbana que dependerão da elaboração desse estudo.

Com a definição na lei municipal dessas hipóteses, no entanto, o gestor público ambiental, diante da ocorrência, que não exige o EIV na forma

prevista, incorrerá em improbidade ambiental, tendo em vista o descumprimento de uma legislação que ampara o bem-estar de seus habitantes. Ofende o princípio da legalidade, além de praticar ato visando fim proibido em lei ou deixar de praticar ato de ofício (art. 11, I e II da Lei nº 8.429/92).

Pode-se também visualizar a corrupção ambiental na elaboração do EIV, no qual os técnicos do poder público, mediante o recebimento de vantagem indevida, aprovam empreendimento prejudicial à política urbana, ou que inviabilize as funções sócias da cidade.

Na ausência de políticas públicas voltadas para atender as funções sociais da cidade (habitação, circulação, lazer e trabalho), também podemos identificar condutas ímprobadas.

Enfim, não são apenas nas figuras específicas pelo legislador ordinário que vamos encontrar uma ação ímproba que prejudique o meio ambiente artificial, basta observar atentamente a postura dos agentes públicos na condução da política urbana.

Para tanto, o Estatuto da Cidade, no art. 2º, apresentou diretrizes que visam atender o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, que no caso de omissão não será suficiente um comando judicial de obrigação de fazer por meio de ação civil pública, sem a eventual constatação de uma conduta ímproba inserida nessa inação.

No Estatuto da Cidade, observa-se que na própria previsão de atos de improbidade administrativa o dever de responsabilidade do agente público ambiental com o meio ambiente artificial é verificado até na ação de desapropriar conferida ao poder público. É que incorrerá em improbidade ambiental o prefeito que não der aproveitamento ao imóvel que desapropriado no prazo de cinco anos, a contar de sua incorporação (art. 52, II).

Essa conduta poderá ser apontada a pelos menos dois agentes políticos, já que um mandato tem quatro anos. Digamos que o ato de desapropriação e seus efeitos ocorram no último ano do mandato de determinado prefeito ou governador (DF), assumindo o outro político após as eleições, o prazo continua correndo para esse que assumiu as funções executivas do Município ou do Distrito Federal, com isso também será responsabilizado se não der o aproveitamento adequado ao imóvel desapropriado na anterior administração.

O prazo corre para a pessoa jurídica de direito público e a responsabilidade recai em quem não cumpriu o comando do ato de desapropriação, ou seja, não deu a destinação devida ao imóvel.

Até a atuação do Prefeito, como também do Governador do Distrito Federal, no encaminhamento de projetos de lei ao respectivo legislativo, é motivo de verificação de conduta ímproba, diante da obrigação na adoção de medidas necessárias a fim de instituir o plano diretor, como também de sua revisão após o decênio dos mencionados agentes políticos (art. 52, VII do EC): tais como: “encaminhamento do projeto de lei, a realização de estudos, a colocação em pauta de votação e a viabilidade de estudos técnicos”²³.

Aqui, verifica-se que a omissão não é aceita nem mesmo quando se tratar de ato que não seja da essência da administração pública, ou seja, quando não condiz a atividade precípua do poder público, que é administrar, executar, cumprir as normas, dentre outras.

6 CONCLUSÃO

1. O direito ambiental está alicerçado em princípios e o Estado, que tem o dever constitucional de proteger o meio ambiente, deverá basear sua política pública nessa direção. Para tal, possui um grande número de órgãos e agentes públicos voltados para essa tutela, o que implica na existência de uma administração pública ambiental, que pode ser considerada uma parcela da administração pública, propriamente dita.

2. Nesse contexto, o agente ambiental, ou seja, aquele responsável tanto pelo poder de polícia como pela instituição de políticas públicas deverá manter-se de acordo com as regras que regem o direito ambiental, atuando de forma vinculada aos preceitos ambientais. Não havendo espaço para discricionariedade.

3. Uma conduta que contrarie tais preceitos pode gerar prejuízo ao meio ambiente, e com o isso fere o direito difuso do administrado de ter uma administração ambiental fulcrada na Constituição Federal e nas demais normas.

4. Não é suficiente que apenas o poder público seja responsabilizado pelo dano ambiental, ao desembolsar recursos (dinheiro) na reposição *in natura* do bem ambiental quando esta for possível ou diretamente ao fundo, quando a recuperação demonstrar-se impossível. Ou seja, na verdade a condenação afeta a todos, já que os valores a serem disponibilizados decorrem de tributos de um universo não identificável de contribuintes.

²³ OSÓRIO, op. cit., p. 203.

5. O agente público que comanda a máquina administrativa e que gerou um dano ambiental pode ser responsabilizado por improbidade administrativa. Para isso, dispõe-se da ação de improbidade ambiental, que se fundamenta na responsabilidade objetiva, em atendimento à nova concepção do bem ambiental acentuada no texto constitucional que possibilita a adoção de vários mecanismos de repressão contra o infrator, que inclui o agente ímprobo.

6. Os avanços trazidos pelo texto constitucional, no que concerne à proteção ao meio ambiente, faz compartilhar a responsabilidade objetiva com o conteúdo material da Lei de Improbidade Administrativa, mais precisamente as condutas ímprobas e as respectivas sanções.

7. As condutas ímprobas ambientais podem ser identificadas tanto nas modalidades previstas na Lei 8.429/92 (arts. 9, 10 e 11), quanto na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

ALVES, Sérgio Luis Mendonça. **Estado poluidor**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 18, p. 57-79, abr./jun. 2000.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. **Proteção jurídica do meio ambiente: I – Florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. O estatuto da cidade e a lei de improbidade administrativa. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da cidade: comentários à lei federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 357-379.

GOMES, Luis Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 13, jan./dez. 2006

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência e glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. O dever de proibição administrativa e a proteção ao meio ambiente: reflexões sobre “improbidade ambiental”. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coord.). **Direito ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 167-224.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais e improbidade administrativa ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 17, p. 112-122, jan./mar. 2000.

CRÍTICA CRIMINOLÓGICA AOS FUNDAMENTOS ECONOMICISTAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães*

Toda ideologia perece com as relações sociais que a engendraram. Mas este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase na qual a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de encobrir e velar as relações sociais das quais nasceu.
(PASUKANIS, 1989, p. 29)

Resumo: O presente artigo objetiva fazer uma análise comparativa entre uma das teorias filiadas ao paradigma etiológico ou positivista do Direito Penal, *in casu*, a teoria economicista dos delitos e das penas, e a Criminologia Crítica, cujos estudos são pautados no materialismo histórico de viés marxista, com o escopo maior de determinar qual das duas vertentes teóricas melhor explica a relação entre o Estado e a sociedade pautada no *jus puniendi*.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Teorias econômicas dos delitos e das penas. Política Criminal Economicista.

1 INTRODUÇÃO

Desde o advento da primeira edição do livro “O homem delinquente”, escrito pelo italiano César Lombroso, nos idos de 15 de abril de 1876, que o discurso oficial tenta explicar o crime através do próprio criminoso, levando em

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

consideração, em maior ou menor proporção, fatores imanentes ao próprio delinqüente – atavismo, doenças, taras, desvios, tendências, maldade inata, etc.

Aos que se filiam a tal entendimento, incluem-nos no rol dos adeptos do paradigma positivista ou etiológico, posto que o crime – em última instância – se origina, tem as suas causas em fenômenos naturais – reconhecem os adeptos de tais teorias serem alguns delitos artificiais –, que se pré-constituem ao Direito Penal, sendo uma realidade ontológica, cabendo a este ramo do direito apenas reconhecer, explicar e positivar tais causas como criminosas, para depois combatê-las, “cientificamente”, em defesa da sociedade.

Uma das mais modernas e elaboradas teorias etiológicas da criminalidade é a teoria economicista dos delitos e das penas, que a partir de postulados fundados na economia, tenta explicar as causas do crime e o melhor meio – o mais barato –, no âmbito do Direito Penal material, instrumental e da execução penal, de se opor a tais comportamentos.

A Criminologia Crítica, em frontal oposição ao supramencionado paradigma e a todas as teorias que dele se originam, entende que o crime nada tem de natural e, isto sim, é uma criação social, cujo maior peso decisório encontra-se na caneta do legislador.

Deste modo, antes de analisar as causas dos comportamentos definidos pelo legislador como criminosos, dentre os muitos que são danosos à sociedade e não carregam tal estigma, preocupa-se a Criminologia Crítica em saber quem define, e por que determinados comportamentos são definidos como criminosos, assim como, por que somente algumas pessoas que cometem tais comportamentos são efetivamente criminalizadas pela via de um processo explícito de seleção e etiquetamento, ou seja, a quem interessa o hodierno funcionamento do sistema penal.

A análise da pertinência de uma ou outra teoria – posto que excludentes entre si –, ante a realidade social que nos salta aos olhos, é o objetivo do presente artigo.

2 TEORIAS ECONÔMICAS DOS DELITOS E DAS PENAS: FUNDAMENTOS GERAIS

No presente tópico far-se-á uma abordagem sobre uma das inúmeras teorias que tentam explicar o delito e o seu revés, o direito de punir,

através de postulados econômicos. Deste modo faz-se uma aproximação definitiva entre a economia e o Direito Penal, matéria de importância basilar para o presente trabalho.

A escolha da teoria econômica dos delitos e das penas, cujo maior expoente é o inglês Gary Becker¹, se deu em razão de ser esta a teoria que possui como fundamento totalmente explícito, categorias econômicas como modo de explicar a prática de comportamentos delitivos e, principalmente, de elaboração de políticas criminais para combatê-los.

Ademais, em razão da metodologia adotada, apresenta-se de imediato a crítica desta teoria, percorrendo os caminhos abertos pela criminologia crítica, com o objetivo maior de demonstrar que a economia, ao longo da história do Direito Penal – desde sempre – esteve intimamente ligada ao mesmo, podendo os interesses econômicos ser considerados o real fundamento do *jus puniendi*.

Toda a exposição elaborada nesse primeiro momento, portanto, direciona-se a desnudar aspectos da profunda inter-relação entre o Direito Penal e a economia, posto que presente tese que ora se inicia pauta-se em tal constatação, cujo ponto de maturação é a afirmação de que os interesses econômicos daqueles que detêm o poder sempre se constituíram como razão de ser do Direito Penal e que por interesses ideológicos durante muito tempo foram propositalmente ocultados, se encontrando, hodiernamente, em um paulatino processo de explicitação.

Muitos são os autores afirmando em seus trabalhos, que a análise econômica do direito tem se consolidado na esfera acadêmica como uma autêntica disciplina autônoma, posto que as inúmeras investigações feitas a partir de tal pressuposto se constituem em um aporte metodológico fundamental para a Ciência Jurídica². Stigler (1992, p. 458), Prêmio Nobel de Economia, chegou a afirmar que em razão da amplitude dos problemas jurídicos que têm sido enfrentados pela Ciência Econômica, esta “invade todos os domínios do direito”.

¹ A doutrina economicista considera como marco inicial, como o trabalho que assentou as bases da análise econômica moderna dos delitos e das penas, o artigo elaborado por Becker (1968) intitulado: “Crime and punishment: an economic approach”. Gary Becker nasceu em 1930 e foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1982, em razão da elaboração de trabalhos que tentavam explicar o comportamento humano através de análises microeconômicas.

² Sobre o assunto, detalhadamente, Roemer (1994), Stigler (1992), Landes e Posner (1993), Mercado Pacheco (1994).

Como não poderia deixar de ser, os delitos e as penas também foram objeto de investigação por parte daqueles que compartilham a idéia de que a Ciência Econômica teria amplas condições de determinar as causas da prática delitiva, assim como de indicar o melhor caminho para combatê-las, objetivo primordial de todas as vertentes que comungam do paradigma etiológico.

Em síntese, afirmam Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 176, tradução nossa):

Em termos mais concretos, o Direito tão-só deve cumprir uma série bem definida de funções. A saber: eliminar ou reduzir os custos de transações que impeçam ou limitem o correto funcionamento do mercado; estabelecer um sistema de direitos de apropriação que garanta o “livre” movimento de recursos para usos mais rentáveis; organizar um sistema de contratos que garanta a exigibilidade, para que as transações que requeiram qualquer tipo de prorrogação temporal não acarretem custos tão altos que as façam irrealizáveis e que minimize os custos derivados das contingências que comumente acompanham as negociações; instaurar um sistema de responsabilidade que estabeleça as condições em que devam ser internalizados os efeitos externos, para uma possível compensação das vítimas e, em última instância, estabelecer um sistema economicamente eficiente de sanções para obstaculizar a prática dos comportamentos criminosos ou, no caso de sua prática, da aplicação das mesmas.

O ponto de partida das teorias econômicas dos delitos e das penas sempre será a análise feita pelos indivíduos sobre o custo/benefício da prática de determinada conduta considerada lesiva pela sociedade, ou seja, tanto aqueles que delinquem como aqueles encarregados da elaboração de políticas criminais e até mesmo os legisladores devem utilizar como fio condutor tal análise.

Assim, claro está para tais teóricos que se a Ciência Econômica é o ramo do conhecimento que estuda a conduta humana como uma relação entre fins e meios escassos suscetíveis de usos alternativos, as condutas humanas – principalmente aquelas inseridas no ordenamento jurídico – necessariamente assumem forma de eleição, o que levaria a afirmação de que qualquer dimensão da vida em sociedade estaria dentro do campo de estudo da economia.

Em tal contexto, aflora a proximidade entre as teorias econômicas e a teoria da prevenção geral negativa da pena³, posto que, a possibilidade de ser preso, de cumprir uma pena – privativa de liberdade ou não – seria o preço a ser pago por aquele que se inclinasse a delinquir e que tal escolha, cometer ou não um delito, se dá exatamente pela via da análise feita a partir de tal preço. Em resumo: a chave para a explicação do comportamento delinqüente seria encontrada nos estímulos e dificuldades inerentes à atividade ilegal, ou seja, nos custos e benefícios que a mesma venha a proporcionar.

Por se considerar a pena como equivalente a um preço que se deve pagar pela comissão de uma atividade ilegal deve-se constituir o sistema penal em um conjunto de mecanismos que, de maneira análoga a quaisquer outras atividades de natureza econômica, fixe preços que venham a inibir as atividades economicamente ineficientes (delitos), assim como, em seu revés, deve incentivar as transações que suponham o mínimo custo e a maior utilidade, fazendo o melhor uso possível dos recursos disponíveis para a manutenção da segurança dos cidadãos.

Há, portanto, uma forte inclinação teórica no sentido de vincular-se a quantidade de pena imposta no preceito secundário da norma penal, assim como a efetiva possibilidade de condenação e prisão e o número de delitos cometidos, haja vista que, de forma explícita, postula-se ser uma implicação necessária à lei da demanda, na qual – afirma-se – quando o preço de algo aumenta, as pessoas demandam uma menor quantidade daquele produto, não importando serem delitos ou maçãs. (RUBIN, 1978, p. 14).

Deste modo, mister que se ressalte, além dos possíveis efeitos intimidatórios da pena, a importância do funcionamento do sistema de justiça penal, porquanto é tal sistema diretamente responsável pela efetiva e correta aplicação das leis penais, como resposta à crescente demanda pela proteção e segurança dos cidadãos, frente aqueles que, ao calcularem entre os custos e benefícios oriundos da prática delitativa, acabaram por inclinar-se pela mesma.

Em uma esclarecedora síntese, Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. IX, tradução nossa) assim se posicionam:

³ A prevenção geral negativa pugna pela intimidação que o preceito secundário da norma penal, assim como as conseqüências concretas de sua aplicação, possam gerar naquele que tem propensão para a prática de delitos.

O delinqüente se contempla como um agente maximizador que avalia racionalmente as expectativas do custo e benefício que lhe oferece a eventual comissão de uma atividade que tem sido repudiada pela sociedade. A pena, por seu lado, não é senão o preço resultante de um preciso equilíbrio entre a demanda por segurança que realiza a sociedade e a oferta de delitos que corresponde ao delinqüente. O sistema de justiça judicial em geral não seria senão um autêntico mercado no qual se podem resolver esses tipos de transações e no qual se devem otimizar todos os recursos, públicos ou privados, que é preciso investir para alcançar uma combinação desejada entre segurança e gasto que seja mais eficiente.

De ver-se, pois, que as teorias economicistas tradicionais adotam como pressuposto, quiçá como fundamento, a total racionalidade ou possibilidade completa de entendimento daqueles que porventura venham a delinqüir, levando em consideração – de forma paradoxalmente objetiva – somente uma análise dos ganhos e vicissitudes que podem advir da prática de um delito⁴.

O paroxismo do entendimento teórico da total racionalidade quando da prática delitiva pode ser apontado através da afirmativa, por parte de tais teorias, de que o sujeito delinqüente analisará até mesmo os benefícios obtidos com a prática delitiva em comparação com o que poderia obter com uma atividade legal, ou ainda, dentre os diversos delitos a serem cometidos qual o que representaria melhor custo-benefício em razão dos ganhos e custos que possa vir a acarretar, ou seja, ganhos superiores às vezes não compensam ante os riscos a serem assumidos⁵.

Segundo Becker (1988, p. 545, tradução nossa):

⁴ Neste ponto subjaz o conhecido fundamento da Escola Clássica denominado livre-arbítrio, que na concepção de Andrade (1997, p. 56) assim pode ser explicado: “A responsabilidade penal decorre, pois, da violação consciente e voluntária da norma penal. Para que a vontade seja culpável, deve ser exercida no domínio do livre-arbítrio, que confere imputabilidade ao sujeito da ação”.

⁵ Sobre o tema, Carr-Hill e Stern (1979), assim como, Votey e Phillips (1980).

Uma pessoa comete um delito se a utilidade esperada do mesmo excede a utilidade que poderia obter empregando seu tempo e outros recursos em atividades alternativas. Portanto, algumas pessoas se convertem em delinquentes, não porque suas motivações básicas difiram das de outras pessoas senão porque seus benefícios e custos diferem.

O comportamento delinqüente se assemelha, portanto, a qualquer outro comportamento racionalmente desencadeado no qual o indivíduo, ante uma escolha qualquer, avalia os diferentes custos e benefícios possíveis e previsíveis de sua conduta e atua consciente de suas prováveis conseqüências. Na medida em que os ganhos superem os custos, a conduta será praticada.

3 DOS CUSTOS E BENEFÍCIOS DA PRÁTICA DELITIVA

Dentro do contexto até agora traçado, imprescindível que se enalteça a importância atribuída aos custos que podem acarretar a prática de uma conduta tipificada como delituosa. A relação de custo-benefício é, portanto, uma constante a ser levada em consideração tanto pelo indivíduo – potencial infrator –, como pelo Estado, na elaboração e aplicação de políticas criminais.

Em tal universo, segundo o entendimento das teorias economicistas, o indivíduo, quando de sua análise subjetiva, visando à prática de determinada conduta, além dos custos iminentes ao sistema de justiça criminal – possibilidade de condenação e cumprimento de pena – também leva em conta outros fatores.

No âmbito da análise a ser feita para a prática do delito, afloram as várias formas de controle social, dando-se fundamental importância ao grau de interiorização e conformidade do indivíduo para com a variada gama de princípios e normas que regem a sociedade, o que explicaria o não cometimento de um delito quando da análise favorável para a prática do mesmo⁶.

⁶ Neste ponto deve-se ressaltar a proximidade de tal pensamento com as teorias da subcultura delinqüente, para as quais: “o crime resulta da interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinqüência imperativa. À semelhança do que acontece com o comportamento conforme a lei, também a delinqüência significa a conversão a um sistema de crenças e valores em ações. À luz destas teorias, não é só o delinqüente que é visto como normal. Igualmente normal é o seu processo de aprendizagem, socialização e motivação. Com efeito, ao obedecer às normas subculturais, o delinqüente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo

Assim, é bom que se frise, no cálculo a ser feito por aquele que tem propensão à delinquência, seriam utilizados elementos monetários e não monetários.

Por outro lado, o custo para a sociedade também não é só monetário, não tem natureza exclusivamente econômica, há custos diretos – suportados pela vítima⁷, mormente nos crimes patrimoniais – e custos indiretos, suportados pelo Estado através, principalmente, dos gastos com o sistema de justiça criminal que podem ser classificados como exclusivamente econômicos.

No âmbito dos custos não monetários, podem ser elencados aqueles morais e psíquicos iminentes às vítimas, assim como o custo institucional afeto ao Estado⁸, enquanto mantenedor da paz e harmonia social. Como bem colocam Calabresi e Melamed (1972, p. 1126), “o ladrão não só produz danos à vítima, senão que fulmina também as regras e valores protegidos pela norma”.

Montero Soler e Torres Lopes (1998, p. 25), por sua vez, ainda dividem os custos do delito para aqueles que os cometem em custos imediatos e custos retardados. A primeira espécie se refere aos gastos com a preparação para a prática delitiva, a saber: gastos com utensílios e com o próprio tempo despendido. A segunda espécie, os custos retardados, seriam aqueles que derivam das consequências jurídicas, ou seja, especialmente da pena imposta, mas também um forte custo adicional; a discriminação imposta pela sociedade aos ex-presidiários com todas as mazelas que derivam de tal condição: barreiras para incorporar-se ao mercado de trabalho, para ser aceito pela comunidade, enfim, para reincorporar-se ao cotidiano social.

de referência para efeito de status e sucesso... A explicação do crime atinge, assim, um nível tendencialmente coincidente com o próprio sistema. Em vez da idéia de desorganização social, parte-se da idéia aparentemente paradoxal da integração nos valores últimos do sistema cultural dominante, ou seja, na procura de sucesso e status. Só que – acentua-se – este é um caminho que inevitavelmente condena muitos à frustração, provoca atitudes coletivas de ambivalência em relação à cultura dominante e induz à procura de alternativas subculturais”. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 291-292). Maior aprofundamento sobre as teorias da subcultura criminal, Baratta (1999).

⁷ Sobre os custos representados pela prática delitiva em relação às vítimas, em profundidade, Cohen (1990).

⁸ Aqui podemos tomar como referência a teoria da prevenção geral positiva, que ao partir do custo institucional que o delito representa para o Estado, advoga que o objetivo da pena se caracteriza, principalmente, pelo valor simbólico que confere à sanção penal, refletido no efeito positivo que a efetiva aplicação da pena – efetiva frisa-se – gera sobre os não criminalizados, haja vista que reforça a confiança dos mesmos no sistema penal e, por via de consequência, nos valores iminentes ao sistema social como um todo, produzindo uma atitude durável de fidelidade à lei.

Há também os custos derivados da proteção privada, a que um número cada vez maior de pessoas recorrem como forma de diminuir as probabilidades de vitimização, o qual, por sua vez, acaba por criar um paradoxo, qual seja: o custo social de evitação da prática delitiva – custo indireto – deveria ser suportado pelo Estado com os gastos referentes à manutenção das agências do sistema de justiça criminal e não pela vítima que, quando muito, deveria arcar tão somente com o custo direto do delito, ou seja, com o prejuízo pessoal inerente ao mesmo.

Mesmo reconhecendo que há uma variada gama de custos, como os diretos e indiretos, monetários e não monetários, imediatos e retardados, a serem levados em conta pelo delinqüente quando da execução da conduta delituosa, assim como por aqueles cuja incumbência é evitar a prática delitiva, os economicistas objetivam monetarizar todos estes custos, transformá-los todos em moeda corrente, e é exatamente nesse momento discursivo que a pena privativa de liberdade assoma como a de maior importância dentre todas as utilizadas pelo sistema punitivo oficial⁹.

A prioridade para o alcance de tal objetivo, a monetarização dos custos e benefícios da prática delitiva, leva as teorias economicistas a fazerem um grande esforço teórico – em razão da própria controvérsia imanente ao tema – para, em definitivo, determinar os equivalentes monetários para aqueles custos que não se enquadram nessa categoria, posto que inexorável tal medida para que seja possível uma análise global das repercussões econômicas e sociais que os delitos implicam.

Em assim sendo, necessário que se achem valores equivalentes em moeda corrente para todos os custos e benefícios oriundos da prática delitiva, principalmente, para a quantidade de pena privativa de liberdade imposta.

O desiderato maior de toda essa formulação teórica nada mais é do que concluir: o sistema penal deve, preferencialmente, aplicar penas pecuniárias para aqueles que possam arcar com tal consequência e penas privativas de liberdade para os delinqüentes que não dispõem de tais recursos.

⁹ Zaffaroni (2003, p. 69) alerta para o fato de que “... a atenção discursiva, centrada no sistema penal formal do estado, deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos”.

Todo o cálculo deve ser feito a partir de uma estimativa do custo em dinheiro de um dia na prisão, tanto na perspectiva do delinqüente, como na perspectiva do Estado. (BLOCK; HEINEKE, 1975, p. 314).

Como a quase totalidade daqueles que acabam condenados pela prática de um delito não dispõem de recursos para o pagamento de multas, resta à pena privativa de liberdade cumprir o seu papel de principal sanção do sistema de justiça penal na ótica das teorias economicistas dos delitos e das penas.

4 POLÍTICA CRIMINAL ECONOMICISTA

Do até aqui exposto já nos é permitido afirmar que a partir da análise econômica dos delitos e das penas, ficam formulados de maneira inter-relacionada os dois grandes marcos do Direito Penal oficial, a saber: a natureza e determinantes do comportamento criminal, assim como os indicativos de política criminal que devem ser elaborados, levando-se em conta, principalmente, a destinação de recursos que deve fazer a sociedade, através de seu sistema de justiça criminal, para evitar, ou pelo menos diminuir, a prática de condutas delitivas e assim evitar seus custos de maneira mais eficiente.

Assim, o dano social causado pelo delito é o vetor para o qual convergem tanto a possibilidade de condenação e prisão como a magnitude da pena, posto que na medida em que o delito suponha um maior dano social, deverá ser destinado um maior volume de recursos para intentar descobrir seu autor e, conseqüentemente, aplicar a sanção penal. Haverá de existir, pois, uma proporcionalidade entre o custo esperado para a aplicação da pena e o custo que o delinqüente impõe à sociedade com suas condutas ilegais¹⁰.

O delito, dentro dessa concepção, de maneira explícita, é considerado o produto de uma demanda social, isto é, a expressão de uma necessidade de justiça ou segurança por parte da sociedade que considera a atividade criminosa como socialmente lesiva, portanto, socialmente onerosa, devendo ser combatido e reduzido pelo sistema de justiça criminal, que por sua vez deve despender gastos

¹⁰ Interessante notar que já em Beccaria (1993, p. 66) vislumbra-se uma inclinação economicista de seu pensamento, a saber: “O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois haver uma proporção entre os delitos e as penas”.

menores do que aqueles que procura evitar. Assim sendo, define-se o delito como “uma atividade que impõe externalidades negativas, tanto na riqueza como na utilidade social”. (EHRlich, 1979, p. 299).

Por outro lado, as teorias econômicas reconhecem a imprescindibilidade do conhecimento das Leis Penais, inclusive de suas mudanças – praticamente diárias no Brasil – por parte daqueles que são às mesmas submetidos, como forma de antecipação e correta incorporação do cálculo dos custos e benefícios quando da prática da conduta delitiva.

Assim, como pressuposto fundamental das políticas criminais a serem desenvolvidas, toda a população, haja vista que todas as pessoas podem ser pelo menos tentadas a praticar uma conduta ilícita, deve estar amplamente informada de todos os detalhes das leis penais, ou seja, alcance dos tipos, penas cominadas, formas de execução, entre outras particularidades iminentes a tal assunto.

Quando críticos levantam a problemática para o alcance de tal desiderato, como a própria ignorância da população frente à complexidade do Direito Penal material, instrumental, assim como da execução penal, a mesma é veementemente refutada sob a alegação de que as incertezas que se acercam de tais problemas são mais aparentes do que reais, porquanto, os meios de comunicação, assim como o contato com outros delinquentes, particularmente os egressos do sistema penitenciário, permitirão às pessoas fazerem uma idéia aproximada da magnitude da penalidade que se imporia para cada tipo de delito¹¹. (BOWLES, 1982, p. 58).

Fica claro, então, que os principais instrumentos de política criminal, dentro da concepção economicista dos delitos e das penas, deverão ser uma alta probabilidade de condenação e prisão e o tipo e magnitude da pena aplicável, com o que prioritariamente se pretende obstaculizar os comportamentos delitivos.

¹¹ Como já visto na nota de número 5, mais uma vez as teorias econômicas colidem, em parte, com os postulados neoclássicos ou da Escola Positiva, posto que qualquer processo de eleição favorável à prática delitiva, necessariamente, se configurará como resultante de uma série de condicionamentos pessoais e sociais que se afastam por completo da formulação atomística adotada pelos teóricos de tal escola, ou seja, as teorias de Lombroso, Ferri e Garofalo são completamente antagônicas aos postulados economicistas. O principal fator criminógeno não seria genético ou hereditário, enfim, iminentes ao homem criminoso, e sim a percepção subjetiva da probabilidade real de condenação e cumprimento da pena existente em um dado momento na sociedade frente às instituições encarregadas de tal mister, o que não afasta, entretanto, tal concepção do paradigma etiológico.

Fundamentados, talvez em Beccaria, os teóricos do economicismo penal entendem que a certeza da punição, ou seja, da condenação e do efetivo cumprimento da pena imposta, surte um efeito muito maior na política criminal almejada do que, propriamente, a severidade abstrata do preceito secundário da norma penal.

Partindo desse pressuposto defendem a aplicação de um volume maior de esforços que se concretize como uma maior possibilidade de efetivo cumprimento da pena, ainda que a custa de um aumento exacerbado nos modos de controle exercidos para tal fim. Melhor dizendo: deverá haver uma canalização de recursos que aumentem a possibilidade de vigilância do cidadão para que aquele que delinquir venha inexoravelmente cumprir uma sanção penal.

Dentro do desiderato economicista da canalização de recursos, quando do emprego dos mesmos, deverá, inclusive, haver um direcionamento especial das políticas criminais adotadas para as regiões nas quais, de maneira geral, haja uma maior propensão para o cometimento de delitos, locais onde os delinquentes mostrem preferência pelo risco que é imanente – segundo a teoria em comento – à prática criminosa.

Neste diapasão, pode-se inferir que como o que interessa é a redução dos custos, fica evidente que toda a política criminal economicista tem como corolário a função dissuasória da pena, haja vista que é bem mais barato trabalhar-se em um viés de intimidação – para que os delitos não venham a ser cometidos – do que recuperar ou neutralizar o criminoso, medidas que pressupõem vultosos gastos.

Nas palavras de Posner (1992, p. 172, tradução nossa):

O objetivo final, portanto, da análise econômica que se realiza sobre a base destes pressupostos é desenhar um sistema de justiça criminal que, mediante uma aplicação racional da lei, otimize os recursos públicos destinados ao sistema de justiça criminal, mantendo sempre como referente último do mesmo a dissuasão de futuras condutas ilegais, com a finalidade de evitar os custos adicionais que supõe a aplicação da lei uma vez infringida esta. Dito de maneira mais simples: lograr que o sistema criminal como um todo funcione em conformidade com o critério econômico de eficiência no emprego dos recursos que em seu desenvolvimento se põem em jogo.

Fica claro, destarte, que o ponto ótimo da política criminal economicista se encontra, exatamente, na possibilidade de minimização do custo social da prática delitiva – custos diretos –, impedindo-se que crimes sejam cometidos, assim como, com a minimização dos gastos que permitam que os autores de tais crimes venham a ser efetivamente punidos – custos indiretos. Este objetivo somente é alcançado com a confluência – repita-se – entre a evitação da prática delitiva e a otimização dos gastos com as agências do sistema penal no deslinde deste objetivo.

Conscientes de que o delito jamais poderá ser completamente erradicado do meio social, até mesmo porque este ambicioso objetivo lograria consumir um volume de dinheiro não disponível, deve a comunidade aprender a conviver com certo nível de criminalidade.

O nível quantitativo de delitos cometidos a ser aceito pela comunidade está diretamente ligado ao volume de recursos que esta se predispõe a investir para alcançar a taxa de criminalidade desejada¹². A amplitude quantitativa e qualitativa do sistema de justiça penal estará, portanto, condicionada pelo lugar que a segurança do cidadão ocupe na escala de preferências sociais.

Nas palavras de Ehrlich (1979, p. 302, tradução nossa):

Será ótimo para a sociedade permitir que um certo número de delitos ocorram, não porque o delito em si mesmo seja útil para algum tipo de função social¹³, senão porque os custos adicionais de combater a delinquência mais além de um certo nível finito superam os benefícios adicionais resultantes para a sociedade.

Como resultante dessa inferência lógica, de que independentemente dos recursos alocados o delito jamais será extirpado por completo do meio social, a doutrina economicista dá um lugar de destaque para a aplicação das

¹² Becker (1988, p. 582), um dos mais arraigados defensores dos postulados economicistas, não se cansa de afirmar: “As políticas ótimas para combater o comportamento ilegal são parte de uma distribuição ótima de recursos”.

¹³ Neste ponto, Ehrlich (1979) se coloca em frontal oposição a Durkheim, haja vista entender este que dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural.

penas pecuniárias como carro-chefe de sua política criminal, posto que os custos gerados com a sua imposição serão sempre muito mais reduzidos que aqueles oriundos da aplicação da pena de prisão.

A pena de multa chega a ser considerada como um fator que anula os custos sociais carreados pelo delito, haja vista que ao lado de seu baixo custo de imposição e arrecadação, funciona como um compensador para a vítima ou para o resto da sociedade dos prejuízos causados pelo crime, de forma direta se transfere renda do sancionado para aqueles que sofreram tais prejuízos.

Becker (1988, p. 565) chega a sugerir que a pena de multa, para atingir um nível de excelência, deve permitir que dentro da compensação feita pelo infrator à vítima, seja o indivíduo ou o Estado, atinja-se a situação existente antes que o delito fosse cometido, ou seja, o valor decorrente da pena de multa deve fazer jus à total reparação pelo dano sofrido a ponto de restituir a absolutamente mesma situação anterior em que se encontrava aquele que foi prejudicado com a prática do crime.

Quer-se fazer crer, portanto, que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma bastante comedida em razão dos altos custos financeiros que a mesma acarreta para a sociedade. A construção, equipamento e manutenção das instalações penitenciárias, além da perda econômica que se supõe manter milhares de pessoas inativas e alheias ao processo produtivo, posto que alijadas de suas profissões habituais, desautorizam o indicativo de política criminal alicerçado na aplicação da pena de prisão.

As teorias economicistas, em um momento de luzes, embora de maneira menos contundente, reconhecem para além das possibilidades de se fazer frente à delinqüência com a exasperação do preceito secundário da norma penal, ou ainda, com o aumento de possibilidade de condenação e prisão pela prática delitiva, que existem outras alternativas.

Para tanto, afirmam que tais outras soluções de combate ao crime devem ser buscadas no espaço em que tenham o condão de alterar as condições sócio-econômicas que configuram hodiernamente o ambiente social, melhor dizendo, devem ser envidados esforços que se oponham à crescente injustiça social que assola a sociedade como um todo.

Para além do discurso dissuasório do Direito Penal, deveria ser feita uma profunda análise dos efeitos que uma melhora na renda e nas condições de vida das pessoas, que habitam nos subúrbios e bairros marginais, que

proliferam em torno das grandes cidades, a serem desencadeados no que pertine à diminuição do nível global do cometimento de delitos. (MONTERO SOLER; TORRES LOPES, 1998, p. 68).

5 POSTULADOS FUNDAMENTAIS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O ponto fundamental e unificador das teorias criminológicas que se antagonizam com as teorias positivistas – que legitimam o sistema penal, podendo, portanto, ser denominadas de oficiais – é o entendimento de que todo o saber produzido no âmbito dessa criminologia oficial é profundamente ideológico, cujo objetivo final é obscurecer a consciência real das classes subordinadas, posto que a serviço de um sistema de dominação vinculado a um sistema de produção, no caso o capitalista¹⁴.

É fácil perceber que as teorias criminológicas oficiais – como no caso das teorias econômicas dos delitos e das penas – em suas elaborações, partem necessariamente de um modelo de sociedade consensual, na qual todos vivem em perfeita harmonia, somente quebrada com a prática de condutas criminosas por aqueles que não se sujeitam às regras estabelecidas para proteger os interesses gerais de tal sociedade. Assim, os que cometem delitos são os componentes maus da sociedade, enquanto que aqueles que não violam o Direito Penal são os seus componentes bons.

Nas palavras de Andrade (2003, p. 21):

A chave decodificadora deste senso comum radica no livre-arbítrio ou na liberdade de vontade, tão cara aos liberais do passado e do presente. Se tudo radica no sujeito, se sua bondade ou maldade são determinantes de sua conduta, as instituições, as estruturas e as relações sociais podem ser imunizadas contra toda culpa. Os etiquetados como criminosos podem então ser duplamente culpabilizados: seja por obstaculizarem a construção de

¹⁴ Maior aprofundamento no tema, consultar Andrade (1994a), (1999), (2002), (2003), Anyiar de Castro (1982, p. 71-92), (1983), (1987), (2000, p. 129-148), Baratta (1976), (1981), (1991a), (1993), (1999), (2003), Becker (1971), Bergalli (1996), Bissoli Filho (1998), Dias e Andrade (1997), Del Pont (1984), Elbert (2000b), (2002), Melossi (1991, p. 57-66), Olmo (1973), (1984), Santos (1979), (1981), (1984), Sutherland (1999), Taylor, Walton e Young (1980), (1990), Young (2002).

sua própria cidadania (eis que não fazem por merecer, de acordo com a liberdade de vontade que supostamente detêm, e a moral do trabalho, que dela se deduz); seja por obstaculizarem a plenitude do exercício da cidadania alheia encerrada, que crescentemente se encontra no cárcere gradeado de sua propriedade privada.

Deste modo, o Direito Penal seria o ramo do direito que protege bens jurídicos universais, caros a todos aqueles que fazem parte da sociedade por ele protegida, sendo aplicado de forma rigidamente igualitária e se pautando inexoravelmente no princípio da legalidade¹⁵. Tem-se assim, configurada, a ideologia da defesa social.

Para obter o desiderato de ampla defesa social, o Direito Penal tem como principal instrumento a pena¹⁶, que através de suas várias funções oficiais e declaradas – retribuição, prevenção geral e prevenção especial –, acaba por reforçar a legitimação do mesmo¹⁷.

No pólo diametralmente oposto, como premissas teóricas gerais, as teorias materialistas adotam o entendimento de que a lei e a seletividade do controle social formal, quando da aplicação do Direito Penal são, em última análise, as instâncias que acabam por produzir a delinquência, posto que a lei define as condutas a serem taxadas de delituosas e o sistema, entre as muitas pessoas que cometem delitos, seleciona aqueles que devem desempenhar o papel de criminosos.

¹⁵ Sobre o caráter retórico do princípio da legalidade, Cunha (1979).

¹⁶ Um estudo mais detalhado sobre as funções da pena pode ser encontrado em Guimarães (2004, p. 93-106).

¹⁷ Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 159-160): “Há uma ‘criminologia positivista’ ou ‘tradicional’ que estuda as condutas dos criminalizados e que, ao deixar o sistema penal fora de seu objeto, está aceitando a ideologia veiculada por ele, desta maneira convertendo-se em uma ideologia de justificação do sistema penal e do controle social de que este forma parte. Há uma série de conhecimentos tecnológicos e psicológicos que, aplicados ao sistema penal e à sua operatividade, põem de manifesto processos de seleção estigmatizantes, corrupção e compartimentalização que denunciam claramente o conteúdo ideológico dos discursos jurídicos e criminológicos tradicionais. A criminologia tradicional deixa de fora do seu objeto a análise e a crítica do poder criminalizante. Unicamente procede ao estudo dos criminalizados (selecionados). Embora seja incompatível com o direito penal de culpabilidade e de ato, combina-se perfeitamente com um direito penal de ato que se limita aos caracteres ‘jurídicos’ do ‘ato’ sem entrar no sentido teleológico da punição e sua crítica”.

Assim, enquanto a Criminologia Positivista se ocupa em explicar o crime através de suas causas, se utilizando do método experimental e das estatísticas criminais oficiais, indicando soluções para o combate da criminalidade – posto que fundamentalmente está a perquirir o que o homem criminoso faz e por que o faz – a Criminologia Crítica desloca o foco de estudos do comportamento desviante para os mecanismos de controle social, ou seja, especialmente para o processo de criminalização. (ANDRADE, 2003, p. 35-48).

Nesta virada paradigmática não mais importa quem pratica o comportamento desviante e por que o faz e sim quem tem o poder de definir quais serão os comportamentos criminosos e quais os objetivos reais almejados quando da utilização do sistema penal como principal forma de controle social¹⁸.

O primeiro momento teórico, cuja elaboração remonta à Criminologia da Reação Social ou Labelling Approach, funda as bases centrais de seu pensamento no entendimento, segundo o qual o desvio e a criminalidade não são uma qualidade ontológica ou preconstituída à reação social e, conseqüentemente, à reação do sistema penal e, sim, que o crime e o criminoso são produtos de um processo desencadeado no meio social, no qual determinadas pessoas definem a que condutas devem ser atribuídas a pecha de criminosas e, principalmente, dentre muitos daqueles que praticam aquelas condutas, quais os que devem ser selecionados para desempenhar o papel de criminosos.

Desse modo, a criminalidade não pode ser definida como algo imanente àquele que comete o delito, como um mal já existente que aflora com a prática da conduta descrita no tipo e, sim, que em razão da conduta estar descrita no tipo penal como criminoso, haverá uma reação social à prática da mesma, sendo sua origem, portanto, social e definitorial.

Ademais, na sua segunda afirmação basilar, o Labelling Approach, em razão da clientela encontrada nas cadeias e presídios, sempre com as mesmas

¹⁸ No pensar de Batista (1999, p. 32-33): “A Criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crimes (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovção social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.). A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de ‘fazer aparecer o invisível’”.

características, que acabam por convergir e se concretizar como vulnerabilidade social, explicita que o sistema penal é estigmatizante e seletivo, melhor dizendo: em razão de sua total falta de possibilidades operacionais, assim como da capa de proteção que oferece aos não vulneráveis, o sistema penal, dentre as muitas condutas tipificadas como criminosas e praticadas diuturnamente por todos, ou quase todos que integram o meio social, seleciona, e assim estigmatiza alguns poucos, que acabarão por desempenhar o papel de criminosos.

Sobre o movimento acima delineado, Aniyar de Castro (2000, p. 139) assim se manifesta:

Na realidade, a nova criminologia, ao erigir-se em crítica ao direito penal, reverteria os papéis, de subordinada a dominante (agora o direito penal seria parte de seu objeto estudo), que haviam sido atribuídos ao velho estamento criminológico-penal. Um caminho conjunto entre penalistas e criminólogos críticos, que, se houvesse começado muito antes, talvez tivesse evitado a ‘conversão’ de muitos de nós, daquele direito penal – seco da realidade, despojado de iluminação política, e mínimo em suas conseqüências –, para a criminologia.

Tal giro paradigmático na explicação da criminalidade atingiu o seu ápice teórico com as formulações da Criminologia Crítica, que se utilizando do material até então produzido pela Criminologia da Reação Social, avançou e, através de uma interpretação marxista da criminalidade e do controle social, expôs as razões pelas quais o Direito Penal é, fundamentalmente, seletivo e estigmatizante.

Ao centrar o seu foco sobre a dimensão do poder na sociedade capitalista, com a preponderância para a proteção da propriedade, desnuda-se a violência estrutural, origem das desigualdades sociais, gerada pelo modo de produção adotado – no caso o capitalista –, dando ênfase ao papel desempenhado pelo Direito Penal como forma de manutenção do status quo.

Explicitou-se, de forma definitiva, que em uma sociedade visceralmente desigual, as relações de poder e propriedade devem ser garantidas, inclusive no âmbito ideológico, por um instrumento repressivo e repressor que mantenha o desenvolvimento econômico profundamente desigual, e os privilégios daí decorrentes para uns poucos, em detrimento do mínimo existencial para a

maioria dos que compõe o corpo social. Tal instrumento, como já explicitado, é o Direito Penal.

No marco da Criminologia Crítica, a descrição da fenomenologia da seletividade pela Criminologia da Reação Social receberá uma interpretação macrosociológica que, aprofundando a sua lógica, evidencia o seu nexos funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas e a dominação classista. (ANDRADE, 2003, p. 54).

Em suma, para a Criminologia Crítica, o Direito Penal não protege bens jurídicos universais, caros a todos que compõem o meio social; não é aplicado de maneira igualitária, sendo seletivo e estigmatizante; o princípio da legalidade só subsiste na esfera formal, posto que a criminalização e descriminalização de condutas obedece única e exclusivamente aos interesses da dominação de classes, assim como todo o sistema penal – Polícia, Ministério Público, Magistratura, órgãos da execução Penal – funciona de maneira ideologicamente comprometida, ou seja, a serviço de quem detém o poder.

6 CONCLUSÃO

Ante tantas criminalizações e posteriores descriminalizações de condutas nos mesmos ordenamentos jurídicos – por exemplo, o adultério e a sedução recentemente descriminalizados no Brasil –, como defender a idéia de que o delito é algo natural, que vai contra a natureza do homem. Ademais, como defender que o repúdio a tais condutas tenham validade universal, haja vista a diversidade cultural que faz com que diversas práticas ilegais em um determinado ordenamento jurídico sejam legais e corriqueiras em outros?

Como explicar, pautado na igualdade que fundamenta a aplicação do Direito Penal, que todos os presídios e delegacias do Brasil, absolutamente todos, sejam habitados por uma clientela que em sua esmagadora maioria é composta apenas por pessoas pertencentes às camadas excluídas da sociedade?

Por outro lado, qual a razão das condutas criminosas comumente praticadas pelos altos estratos da sociedade receberem tratamento diferenciado para melhor – veja-se a causa de extinção da punibilidade pelo arrependimento

posterior nos crimes de sonegação fiscal –, quando, na verdade, são bem mais lesivas para o Estado que os delitos comuns praticados contra o patrimônio individual?

Como prosperar a idéia de que em mundo como o de hoje, em que impera a exclusão social, capitaneada pelo neoliberalismo, possam as pessoas analisar o custo e o benefício das práticas delituosas, quando, na verdade não se apresentam, na maioria das vezes, opções a tais práticas, sejam por motivos ideológicos – criminalização de movimentos sociais (sem-terra, sem-teto, etc.), sejam por motivos de sobrevivência (crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas), etc.

Como buscar as causas de uma conduta delituosa e tentar explicar as razões de sua prática, se com uma simples decisão do legislador tal conduta poderá ser legalizada. Será que a descriminalização tem o condão de transformar aquele homem que com a prática do delito até então era considerado mal, doente, atávico, entre outros tantos adjetivos maniqueístas, em um cidadão de bem?

Será que o homem médio, que deve ter sido o marido da mulher honesta e irmão do homem de bem (talvez de bens), conceitos fundamentais para as elaborações teóricas da dogmática penal, não seriam construções ideológicas pautadas na moral religiosa e que apesar de não mais constarem dos textos legais estão intrinsecamente ligadas ao imaginário dos operadores do direito?

Enfim, qualquer que seja a teoria apresentada, e a teoria economicista dos delitos e das penas é apenas uma espécie do mesmo gênero, impossível continuar pensando o Direito Penal e Processual Penal pela ótica maniqueísta do discurso oficial, pautado no paradigma positivista.

Deste modo, cremos, com fundamento nos postulados da Criminologia Crítica, que o sistema penal e os seus principais instrumentos, o Direito Penal material e instrumental, estão de forma clara e explícita a serviço dos interesses daqueles que detêm o poder, com o fim de manter as desigualdades sociais sob o jugo da repressão.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida. Santa Catarina, 1994a. 502 p. Tese (Doutorado em Direito) - Centro de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 276-287, jul./set. 1996.

_____. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a, 335 p.

_____. Fragmentos de uma grandiosa narrativa: homenagem ao peregrino do humanismo. In: _____. (Org.). **Verso e reverso do sistema penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 107-216, 2002. v. 1.

_____. **Sistema penal máximo X cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 187 p.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 34, p. 71-92, jul./dez. 1982.

_____. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 208 p.

_____. **Criminología de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987. 263 p.

_____. O triunfo de Lewis Carrol. A nova criminologia latino-americana. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9/10, p. 129-148, 1. e 2. semest. 2000.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 7-21, jul./dez. 1976.

_____. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 5-37, jan./jun. 1981.

_____. Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991a.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Tutela penal dos direitos humanos, Porto Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./jun.1993.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 254 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 1993. 120 p.

BECKER, G.S. Crime and punishment. An economic approach. **Journal of Political Economy**, p. 537-592, 1968.

_____. **Chicago Studies in Political Economy**. Chicago: University of Chicago press, 1988. p. 537-592.

BECKER, Howard. **Los Extranños**. Sociología de la desviación. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971. 162 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**. Dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 230 p.

BLOCK, M. K.; HEINEKE, J. M. A labor theoretic analyses of criminal choice. **American Economic Review**, v. 65, n. 3, p. 314-325, 1975.

BOWLES, R. **Law and the Economy**. Oxford: Martin Robertson, 1982.

CALABRESI, G.; MELAMED, D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, p. 1089-1128, 1972.

CARR-HILL, R. A.; STERN, N. H. Theory and estimation in models of crime and its social control and their relations to concepts of social output. In: FELDSTEIN, M. S.; INMAN, R. P. (Ed.). **The Economics of public services**. London: Macmillan, p. 116-147, 1997.

COHEN, M. A. A note on the cost of crime to victims. **Urban Studies**, v. 27, n.1, p. 39-146, 1990.

COSTA JÚNIOR, Heitor. Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9/10, p. 95-102, 1. e 2. semest. 2000.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 13, jan./dez. 2006

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. 141 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 372 p.

_____.; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Ed.Coimbra, 1997. 573 p.

ELBERT, Carlos Alberto. Alternativas à pena ou ao sistema penal. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, n. 5/6, p. 113-119, 1. e 2. semest.1998.

_____. **Criminologia latino-americana**. Teorias e propostas sobre o controle social no terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000. 246 p.

_____. **Criminologia latino-americana**. Teorias e propostas sobre o controle social no terceiro milênio. Tradução de Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002. v. 2. 360 p.

EHRlich, I. The Economic approach to crime – a preliminary assessment. **Criminological Review Yearbook**. Sage Publications, 1979. v. 1. p. 287-304.

_____. On the usefulness of controlling individuals: an economic analysis of rehabilitation, incapacitation, and deterrence. **American Economic Review**, v. 71, n. 3, p. 307-322, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. 766 p.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoria social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. 361 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro. **Lusíada**, Coimbra, n. 1/2, p. 27-44, 2001a.

_____. O impacto da globalização sobre o direito penal. **Nêmesis**, Florianópolis, ano 2, n. 2, p. 25-32, jul. 2001 b.

_____. A função neutralizadora como fonte de legitimação da pena privativa de liberdade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Ano 50, n. 292, p. 75-84, fev. 2002a.

_____. Bem jurídico e princípios constitucionais: fundamentação de um novo direito penal. In: DINIZ, José Janguê Bezerra; FEITOSA NETO, Inácio José. **Direito penal. Processo penal, criminologia e vitimologia**. Brasília: ESAF, 2002b, p. 267-292.

_____. Revisão crítica da pena privativa de liberdade: uma aproximação democrática. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Ano 52, n. 321, p. 93-106, fev. 2004.

GURVITCH, Georges. **As classes sociais**. São Paulo: Global, 1982. 203 p.

LANDES, W. M.; POSNER, R. A. The private enforcement of laws. **Journal of legal studies**, v. 4, 1975.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LARRAURI, Elena. Penas degradantes. **Nueva Doctrina Penal**. Buenos Aires, p. 169-175, 2000.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Buenos Aires: Ediar, 2003. 313 p.

MELOSSI, Dario. Ideología y Derecho penal: el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p. 57-66, sept./dic. 1991.

MERCADO PACHECO, P. **El análisis económico del derecho**: una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. **La economía del delito y de las penas**. Granada: Comares, 1998. 196 p.

PASUKANIS, Eugene B. **A Teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. 173 p.

POSNER, R. A. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 1992.

ROMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

RUBIN, P. H. The economics of crime. **Atlantics Economics Review**, v. 28, n. 4, p. 38-43, 1978.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 13, jan./dez. 2006

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 120 p.

_____. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 97 p.

_____. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 174 p.

_____. Política criminal: realidades e sonhos do discurso penal. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 53-58, 2. semest. 2002.

STIGLER, G. J. Law or economics? **Journal of law & economics**, v. 35, oct. 1992.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Traducción por Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. 338 p.

TAYLOR, Yan; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. 302 p.

_____. **La nueva criminología**. Traducción de Adolfo Crossa. Buenos Aires: Amorrortu, 1990. 335 p.

VOTEY, H. L.; PHILLIPS, L. Social goals and appropriate policy for corrections: an economic appraisal. **Journal of Criminal Justice**, v. 1, p. 219-240, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal em los países de América latina. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, 2. semest. 1997a.

_____. Sentido y justificación de la pena. **Jornadas sobre sistema penitenciário y derechos humanos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997b.

_____. Desafios do direito penal na era da globalização. **Cidadania e Justiça**, ano 2, n. 5, p. 200-204, 2. semest. 1998.

_____. La creciente legislación penal y los discursos de emergência. In: **Teorias actuales em Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998b. p. 613-620.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 888 p.

_____. El sistema penal y el discurso jurídico. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 31-67.

_____ et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.

APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS*

*Justino da Silva Guimarães***

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica não apenas ofensa a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra.
(Celso Bandeira de Mello).

Resumo: Este artigo visa a fazer uma incursão sobre a teoria dos princípios, pontuando as fases pelas quais os princípios passaram até alcançarem *status* normativo-constitucional, suas principais funções e distinções entre as regras, bem como as formas dirimentes de conflitos entre os mesmos, no desiderato de comprovar que a doutrina constitucional brasileira vive hoje em um Estado principiológico.

Palavras-chave: Funções dos princípios. Princípios, regras e valores. Conflito entre princípios constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do direito público, particularmente do Direito Constitucional, tem significativo avanço sob a ótica da interpretação das normas

* Artigo extraído da monografia intitulada “A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas”, apresentada à Coordenação do Curso de Pós-Graduação do UNICEUMA, como requisito para obtenção de Título de Especialista em Direito Constitucional, São Luís, 2006.

** Promotor de Justiça Titular da 20ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital. Atualmente exercendo o cargo de Promotor-Corregedor. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Unificado do Maranhão – UNICEUMA.

constitucionais e os fins a serem atingidos. Sobreleva destacar os princípios jurídicos, nesse contexto, os quais hodiernamente não mais servem como meros auxiliares das regras jurídicas no sentido de subsidiar uma lacuna deixada por estas, eis que muitos princípios atingiram grau de *status* constitucional e, assim, não mais devem ser admitidos como normas inferiores hierarquicamente às regras jurídicas, mesmo em se tratando de princípios espalhados no corpo da Constituição Federal de forma implícita, de modo que o desrespeito a um princípio por parte do intérprete enseja conseqüências até mais desastrosas quando da inobservância de qualquer outra norma jurídica, razão por que muitos constitucionalistas afirmam que a doutrina constitucional vive hoje em um Estado principiológico.

Nesta alheta, o ponto fulcral deste articulado é estudar, de forma simples e objetiva, a teoria dos princípios, na certeza de que ao se apresentar as fases pelas quais os princípios passaram até alcançar *status* normativo; ao se abordar os ensinamentos de Ronald Dworkin, capitaneado pelos estudos de Robert Alexy e juristas brasileiros, que descrevem com bastante clareza as diferenças existentes entre regras e princípios; ao se apontar as principais funções que os mesmos exercem, notadamente na solução de uma tensão existente em determinado caso concreto, se chegará, de forma compreensiva, à conclusão de que efetivamente a doutrina constitucional é regida por um Estado principiológico.

É de bom alvitre registrar que não se pretende abordar o assunto à sua exaustão ou apresentar um estudo pronto e acabado, tamanha a complexidade do tema e a dinâmica pela qual são aplicados os princípios, mas, apenas, contribuir para com uma questão capaz de alertar os operadores do direito de sua importância no ordenamento jurídico.

2 CONCEITOS DE PRINCÍPIO(S)

Princípio, segundo o lexicólogo Silva (1987, p. 1220), é derivado da expressão latina *principium*, significando origem, começo, ou seja, um indicativo de começo ou origem de alguma coisa. No dicionário de Sacconi (1996, p. 545) aparece no sentido de início, causa primária, origem, preceito moral, regras essenciais, lei ou norma científica que explica a ação de alguma coisa na natureza, código pessoal de conduta reta, regra-norma etc.

No dicionário de Ferreira (1999, p. 1639), além das acepções supra, aparece com outras conotações: como elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, lei e como proposição que se põe no início de uma dedução e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. Segundo o jurista Silva (1988, p. 95), em face das variadas acepções, multicitado termo pode ser utilizado nas áreas do saber humano, a exemplo da Filosofia, da Teologia, da Física e do Direito.

No campo da Ciência Jurídica, o termo é também empregado em variados sentidos: ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes. Na concepção de Espíndola (2002, p. 55), essa polissemia é prejudicial, posto que “a confusão de conceitos e idéias pode levar à frustração da praxe jurídica ou à sonegação, por uma prática equivocada, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto”.

Pela investigação formulada por Guastini (1990 apud BONAVIDES, 2005, p. 257), os juristas utilizam a expressão *princípio* em seis sentidos: 1º) para referir-se a normas providas de alto grau de generalidade; 2º) para referir-se a normas providas de alto grau de indeterminação e que, por isso, requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; 3º) para referir-se a normas de caráter programático; 4º) para referir-se a normas cuja posição na hierarquia nas fontes do Direito é muito elevada; 5º) para designar normas que desempenham a função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unilateralmente considerado; 6º) para designar normas dirigidas a órgãos de aplicação no desiderato de fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis nos diversos casos.

Não discrepa Ferreira Filho (2001, p. 73-74) quando sustenta que os juristas empregam o termo *princípio* em três sentidos: num primeiro momento, empregado como supernormas (gerais) que exprimem valores; no segundo momento, seriam *stantards* que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas e, por último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir de normas vigentes sobre determinada matéria.

A noção de princípio, em seu novo significado, bem distinto daquele referente aos princípios gerais de Direito, escandidos no art. 4º da Lei de

Introdução do Código Civil, foi originalmente utilizado no campo do direito privado, nos anos 50 do século XX¹. Sua extensão a todos os ramos do Direito deu-se por força dos estudos de Ronald Dworkin na obra *Taking Rights Seriously*, na qual demonstra a insuficiência da visão positivista dos princípios, sendo que o novo conceito proposto foi posteriormente desenvolvido e aprofundado por Robert Alexy. (COMPARATO, 2001, p. 246).

Mello (1996, p. 545-546) conceitua *princípio* como sendo:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A expressão *princípios* (com a letra s no final), sob o aspecto filosófico, por exemplo, significa “proposições diretoras de uma ciência as quais todo desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”. (FERREIRA, 1995, p. 1393). No sentido jurídico o vocábulo aparece como idéias fundamentais que orientam a atuação de todas as outras normas jurídicas presentes no sistema², constituindo-se a base do Direito. (GUIMARÃES, 2003, p. 85).

Para Carvalho (1998, p. 106), “os princípios aparecem como linha diretiva que ilumina a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhe caráter de unidade e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”. No mesmo sentido, Baracho (1996, p. 28) “os princípios são uma espécie de fronteira do Direito, eles orientam e guiam os que realizam as tarefas de interpretação, pois permitem a compreensão das normas jurídicas”.

Convém consignar algumas observações concernentes aos conceitos expendidos: a primeira consiste em asseverar que o vocábulo *princípio*,

¹ Sobre a evolução do tema principiológico, ver obra de Francisco Chaves dos Anjos Neto. *Princípio da probidade administrativa*.

² COELHO (2005, p. 2) aduz que o termo *sistema* poderia ser inicialmente vinculado como um conjunto harmônico de proposições unitárias, relacionadas entre si e voltadas para um objetivo comum. O sistema jurídico, por seu turno, segundo Guimarães (2003, p. 31), seria formado pelas normas jurídicas que refletem o ordenamento jurídico de uma sociedade, em que se fundam as várias instituições e regimes jurídicos.

quando utilizado no sentido jurídico, no plural ou no singular, possui a mesma conotação, variando de acordo com a forma pela qual o jurista pretende se expressar; a segunda consiste no fato de que suas variantes estão vinculadas à normatividade³; a terceira é que essa diversidade conceitual é encontrada na doutrina e na jurisprudência pátria; a quarta e última consiste no fato de que os princípios, em que pese o alto grau de abstracismo, possuem uma condensada carga de valor e serve como um lídimo guia ao intérprete na tarefa de concretizá-lo. Daí a sua importância no ordenamento jurídico.

Porém, para que alcançassem o patamar de normatividade, os princípios passaram por uma longa elaboração metodológica desenvolvida pela Ciência Jurídica, cuja metodologia deu-se em três fases: a primeira foi a do *jusnaturalismo*, que concebia os princípios como uma dimensão ético-valorativa, inspirada nos postulados da Justiça. São os princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal, que habitava na esfera do abstracismo por inteiro. (BONAVIDES, 2005, p. 259).

A segunda fase da teorização dos princípios denominou-se de *positivista* (positivismo jurídico do Séc. XIX), marcada por sua codificação, os quais possuíam a função de subsidiar a lei (função subsidiária). É dizer que, embora codificados, os princípios encontravam-se em posição complementar, tendo em vista que só eram aplicados quando da existência do vazio da lei; por isso é que Bonavides (2005, p. 263) assevera que funcionavam como verdadeira “válvula de segurança”.

A terceira, denominada de pós-positivista⁴ (última década do século XX), corresponde à fase em que os princípios assumem *status* jurídico, pois

³ No tempo em que os princípios ainda não estavam vinculados à normatividade e, sim, arraigados na concepção civilista, isto nos idos de 1916, Clemente (apud BONAVIDES, 2005, p. 256) já fazia a seguinte ponderação: “Assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no registro Civil, também os princípios gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios”.

⁴ O termo pós-positivismo ganhou vasta aceitação no mundo jurídico. No Brasil a expressão foi preconizada por Paulo Bonavides e Wills Santiago Guerra Filho. A era do *pós* é criticada por vários doutrinadores, pois tudo o que é atual usa-se multicidada expressão; a passagem de uma fase para outra de forma que não se sabe definitivamente como se passou. Barroso (2001 apud OLIVEIRA, 2003, p. 66) aduz que a época do presente é aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. Daí, outras nomenclaturas surgiram, a exemplo de sociedade pós-convencional, sociedade pós-industrial. De tantos *pós*, a rigor, não se sabe o que realmente foi superado, pois se trata de um período atônito e indeciso, por isso, há excesso de indeterminismo: indeterminismo do passado, do presente e do futuro. (OLIVEIRA, 2003, p. 66).

positivados em novos textos constitucionais. E, assim, conquistou dignidade de normas jurídicas vinculantes, dando fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2005, p. 264).

O reconhecimento da juridicidade dos princípios é muito bem contextualizado por Rothenburg (1999, p. 81):

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se concretizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possam ser extraídos todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica 'mitificadora' e enganosa, freqüentemente empregada para os princípios.

Bonavides (1998, p. 237-238) resume os resultados pelos quais os princípios jurídicos, ou a teoria sobre os mesmos, chegou à fase pós-positivista:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção dos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificada do gênero norma e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos; a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Os princípios, enfim, assumem relevo nas Constituições hodiernas “como porta de entrada dos valores”. (BONIFÁCIO, 2004, p. 29). Valores, por sua vez, são conceitos inerentes à humanidade colocada por uma determinada comunidade, servindo como parâmetro para uma convivência mais harmônica e equilibrada. (GUIMARÃES, 2003, p. 92).

Rocha (1994, p. 42), de igual parte, propõe que os princípios constitucionais sejam reconhecidos como valores de uma determinada sociedade política e acrescenta que:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.

E aparecem na Constituição Federal do Brasil de forma explícita e implícita. No primeiro caso quando a própria norma constitucional o preceitua de forma expressa, a exemplo do princípio da igualdade, que assegura a igualdade a todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art.5º *caput*); os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como regentes da administração pública direta ou indireta de todas as esferas de poder (art.37 *caput*); o princípio da função social da propriedade (art.145, §1º) e o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL).

Os princípios implícitos ou princípios gerais do direito⁵, embora não estejam literalmente expressos na Carta Política Federal, possuem a mesma

⁵ Farias (2000, p. 45) ao elaborar seu estudo sobre os princípios implícitos, utiliza a expressão “princípios implícitos ou princípios gerais *do* Direito”. Já, Grau (2005, p. 43), princípios implícitos ou princípios gerais *de* Direito.

importância dentro do sistema jurídico, pois segundo Grau (2005, p. 43), são inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional. Ou seja, devido a sua não concretização nas normas, faz-se necessário recolhê-los através da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas, a exemplo do princípio da presunção de constitucionalidade das leis; o princípio da interpretação conforme a Constituição⁶; o princípio da motivação dos atos administrativos (art. 93, X da CR); e o princípio da imparcialidade do juiz (extraídos das garantias que lhe são atribuídas - art. 95, das vedações que lhe são impostas - art.95, parágrafo único, e da proibição de juízos e tribunais de exceção - art.5º, XXXVII).

Pergunta-se: Há hierarquia entre os princípios constitucionais? É consabido que o ordenamento jurídico, na clássica formulação de Kelsen, é um sistema hierárquico de normas. Princípio é uma espécie de norma. Desta asserção se chegaria prematuramente à conclusão de que existe hierarquia entre princípios constitucionais, notadamente por se saber que essa hierarquia é existente quando se está diante de um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional.

Todavia, do ponto de vista rigorosamente jurídico, essa hierarquização não existe. Ora, não se pode afirmar que o princípio da igualdade é superior ao princípio da liberdade de reunião, pois ambos possuem igual dignidade. Segundo Lima (2005, p. 2), o fato de haver diferentes níveis de concretização e densidade semântica, não significa que haja hierarquia normativa entre os princípios constitucionais.

Agora, quando analisada sob o ponto de vista axiológico (valorativo), a hierarquização poderá existir. Assim, por exemplo, não resta dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana supera o princípio da proteção à

⁶ Para Canotilho (1999, p. 1225), o princípio da interpretação conforme a Constituição “é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a esta para determinar a apreciar o conteúdo intrínseco da lei”. Acrescenta o professor português que esse princípio possui limitações. É que só se torna legítimo quando existe um espaço de decisão aberta a várias propostas interpretativas, de modo que para se chegar a um resultado, segundo o qual a norma jurídica encontra-se em clara contradição com a lei, deve ser rechaçado, face a sua inconstitucionalidade e arremata que também deve ser rejeitado quando se obtém uma nova regulamentação divorciada do sentido literal da lei ou em oposição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

propriedade. Aliás, segundo Lima (2005, p. 2), “todos os princípios e regras decorrem, direta ou indiretamente, do princípio-mor da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo seria correto dizer que o princípio do devido processo legal estaria situado no topo dos princípios constitucionais processuais”. Nesse sentido, há uma hierarquia entre os princípios constitucionais elegendo os mais importantes para compor o núcleo essencial⁷.

Em razão do respeito ao núcleo essencial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres de Britto, distingue os chamados princípios fundamentais e princípios “profundamentais” (mais fundamentais que os demais, nominados na Constituição de 1988) para concluir que existem princípios fundamentais eternos e estáveis, sendo os profundamentais eternos e, portanto, insubmissos à disposição reformadora do legislador constituído. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 157).

Enfim, sendo a Constituição considerada um sistema de regras e princípios que resultam do consenso social sobre os valores básicos, e considerando que os princípios, dada a sua qualidade “normogenética” fundamentam as regras, infere-se que os princípios estão no ponto culminante da pirâmide normativa, constituindo-se em “*norma normarum*” (normas das normas) ou “fonte das fontes”. (LIMA, 2005, p. 2). Para Bonavides (1998, p. 265), “são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”.

A teoria dos princípios não finda com a sua conceituação, pois dentro de sua teorização encontram-se as suas imprescindíveis funções.

3 AS FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Vencida a etapa da normatividade dos princípios como normas cogentes (*status* conceitual e positivo de norma de direito), cumpre ressaltar quais as funções normativas que geralmente desempenham. Doutrinariamente,

⁷ Andrade (1976 apud FARIAS, 2000, p. 98) considera que o núcleo essencial “constitui um mínimo de valor inatacável, uma proibição absoluta. Aquele não poderia ser afetado mesmo que um bem considerado superior o exigisse. Não tanto porque consideramos pensável uma situação desse tipo, mas porque sempre é possível que o legislador invoque uma aparência com esse fim”.

preenchem três funções de alta relevância dentro do ordenamento jurídico: função fundamentadora, função interpretativa e função supletiva ou subsidiária⁸.

Como *função fundamentadora* o princípio, enquanto mandamento nuclear de um sistema, “exerce a função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional o berço das estruturas e instituições jurídicas”. (MELLO, 1980, p. 180).

Essa função deriva de sua carga axiológica, razão pela qual Bonavides (2005, p. 283) entende que os princípios, enquanto valores, são “a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”. Com efeito,

Os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresenta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as *idéias básicas* que servem de fundamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais. (ROCHA, 1996, p. 46).

O Supremo Tribunal Federal vem gradativamente admitindo essa dimensão funcional, conforme se extrai do voto do Min. Celso de Mello, proferido na PET – 1458/98-CE, *ad litteram*:

⁸ Os princípios exercem outras funções: segundo Larens (1979 apud GRAU, 2005, p. 153), os princípios cumprem uma *função positiva*, que consiste no influxo que exercem em relação às decisões jurídicas e, assim, no conteúdo de regulação que tais decisões instalam e uma *função negativa*, que consiste na exclusão de valores contrapostos e das normas que repousem sobre esses valores. Para Bastos (1997, p. 55), os princípios têm como funções “ordenar a sociedade, bem como exercer uma função imediata, na medida em que tenham condições de serem auto-executáveis”. Para Lima (2005, p. 1), exercem a função de qualificar juridicamente a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrariar aos valores contidos no princípio. E, tratando-se de princípio insculpido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhe sejam irredutivelmente incompatíveis.

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – induz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve prescindir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o poder.

A *função interpretativa*, denominada também de *função orientadora*, justamente porque prima em orientar as soluções jurídicas a serem processadas diante de casos submetidos à apreciação do intérprete, configurando, assim, como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das normas constitucionais. Em razão disso, os princípios constitucionais representam “o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete de acordo com os valores e interesses por eles abrigado”. (SARMENTO, 2002, p. 54-55).

Funciona, ainda dentro do Cânone hermenêutico⁹, como função limitadora da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial. É que quando o operador do direito estiver enfrentando casos difíceis, não poderá, ao seu talante, utilizar valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, a fim de aplicar o direito de forma mais controlável e racional. (FARIAS, 2000, p. 51).

Segundo Gianformaggio (1985 apud FARIAS, 2000, p. 51), “a referência aos princípios é a única forma de vincular o intérprete-aplicador do direito, fechando aqueles espaços que inevitavelmente toda tentativa de formulação de todo direito em regras taxativas deixaria aberta à sua discricionariedade”.

Como *função subsidiária*, os princípios funcionam como fontes do Direito no caso de lacunas. Para Farias (2000, p. 51-52), na ocorrência de omissão de lei (art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil), os princípios possibilitarão aos juízes a colmatação da lacuna, conduzindo, assim, a integração e desenvolvimento do direito e, nessa hipótese, os princípios são normas primárias

⁹ Segundo Farias (2000, p. 50), os princípios são utilizados como critério hermenêutico com o fim precípuo de dirimir conflito ou colisão de normas, cuja problemática vem acontecendo com frequência em face da expansão dos direitos fundamentais e a valores constitucionais relevantes, ambos possuidores do caráter de princípios.

que regulam imediatamente a conduta de seus destinatários, além de constituírem premissas da argumentação jurídica utilizada na aplicação dos mesmos. Vale dizer que, se o juiz não encontrar disposições legais aptas a suprir a plena eficácia da norma constitucional definidora do direito, deve buscar amparo em outros meios para que atinja a efetividade almejada, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No mesmo sentido, Rocha (1996, p. 46):

Nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei funda-se nos princípios, estes servem como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma ao caso concreto.

Afigura-se que essa função, no ideário acima exposto, não mais se coaduna com a hodierna concepção dos princípios advinda da fase do pós-positivismo, sob o argumento de que tais já se encontram normatizados no ordenamento jurídico. Por consectário, perdeu o caráter de mera fonte subsidiária para assumir o caráter de fonte primária, imediata e de aplicação cogente. Similar entendimento encontra-se na doutrinação de Lima (2005, p.5), segundo o qual é a lei que passa a ter caráter suplementar, ou seja, completar e esclarecer os mandamentos dos princípios. Por conseguinte, “os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se obrigatoriamente a todos os casos concretos”. (PORTANOVA, 2003, p. 14).

É por essa razão que Bonavides (1998, p. 254) verbaliza que:

De antiga fonte subsidiária em terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

A própria Carta Política Federal, no tocante aos direitos e garantias fundamentais insertos no Título II do Capítulo I, deixa evidente a importância dos princípios, notadamente ao prescrever que “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” (art. 5º, §2º).

Destarte, hodiernamente é um grave equívoco utilizar os princípios como fonte subsidiária e não como fonte primária e imediata, mas isso não significa que, em face de seu caráter aberto, devam ser utilizados pelo intérprete de forma inadequada, irracional e despida de argumentação.

Enfim, pode-se afirmar que a função fundamentadora da ordem jurídica ostenta uma eficácia derogatória e diretiva, enquanto que a função interpretativa orienta as soluções a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete, e a função supletiva, que consiste na integração do direito suplementado às lacunas das normas, foi superada quando da normatividade dos princípios que passaram a assumir função primária no sistema jurídico.

4 PRINCÍPIOS, REGRAS E VALORES

A Constituição Federal é ineludivelmente um sistema aberto¹⁰ formado por normas jurídicas¹¹, normas estas divididas em regras e princípios.

¹⁰ A Constituição, como um sistema aberto de regras e princípios, é fundamental por duas razões: a primeira pelo fato de que se a Constituição fosse constituída exclusivamente por regras, seria necessário uma disciplina exaustiva e completa daquilo que é judicializado, partindo da premissa de que a sociedade está permanentemente em evolução (pluralismo cultural, político e religioso) e, com tal, surgem cotidianamente conflitos de interesses em todos os campos da vida humana. Se assim fosse, a Constituição estaria fechada para a permanente interação com os complexos movimentos da vida humana. Por isso, a constituição dos princípios na Constituição é imprescindível, justamente para dirimir conflitos dos interesses. E, se o sistema constitucional fosse constituído exclusivamente de princípios, de igual forma, seria prejudicial, tendo em vista que levaria a Constituição a uma insegurança, em face do grau de abstração dos mesmos. Sendo providas pelas duas espécies de normas, a Constituição possuiu unidade e positividade jurídica. (JESUS, 2005, p. 200).

¹¹ Segundo Grau (1997, p. 112), o vocábulo *norma* “engloba a totalidade dos elementos que regulam juridicamente a conduta dos membros de um grupo, seja coletivamente, seja individualmente”.

Muito esforço doutrinário tem-se feito para diferenciá-los e muitos critérios já foram propostos. Nesse diapasão, vale trazer à colação a contribuição de Ronald Dworkin e Robert Alexy, tendo em vista que a conjugação de idéias desses teóricos dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria, mas não perdendo de vista a contribuição de Letizia Gianformaggio e Canotilho.

Gianformaggio (1985 apud FARIAS, 2000, p. 33) faz a diferença entre regras e princípios levando em consideração o momento da interpretação-aplicação do direito. A autora italiana propõe o seguinte critério de diferenciação: A regra é uma norma cuja aplicação possuiu como fase central de sua argumentação a subsunção de uma situação de fato a uma previsão normativa. Os princípios, por seu turno, como normas, não são incompatíveis entre si, são sempre concorrentes (juízo de concorrência), ou seja, ao aplicar um princípio, implica também aplicar outros princípios com aquele concorrente, no sentido de obter o mínimo de restrição dos princípios envolvidos. Assim, por exemplo, busca-se o máximo possível de garantia das liberdades individuais compatíveis com a tutela da saúde (e vice-versa); o máximo possível de tutela da liberdade de manifestação do pensamento compatível com o bom costume (e vice-versa).

O jurista norte-americano, Dworkin (1980 apud FARIAS, 2000, p. 27), distingue regras de princípios, sustentando que os princípios possuem uma *dimensão de peso ou importância*, cujo requisito não é encontrado nas regras. Assim, quando dois princípios entram em colisão, faz-se mister discutir a importância ou o peso relativo de cada princípio no caso concreto, de modo que será escolhido um dos princípios que menos restrição sofrerá, sem que isso signifique a anulação de um deles. Assim, por exemplo, a política de proteção aos consumidores de automóveis *versus* o princípio da liberdade contratual, o monopólio de algumas empresas públicas que exploram certas atividades (Petrobrás, Correios) *versus* o princípio da livre iniciativa.

Como não há essa dimensão no caso de conflito entre duas regras, deverá o intérprete-aplicador identificar qual é a regra válida, orientando-se, em geral, pelo critério prescrito no próprio ordenamento jurídico, mais especificamente pelos critérios *hierárquico, cronológico e especialidade*.

Alexy (1986 apud GALINDO, 2005, p. 81) aduz que os critérios de distinção são inúmeros, sendo que o mais freqüente é o da *generalidade*. Por este critério, os princípios são dotados de alto grau de generalidade, enquanto que as regras possuem um ínfimo grau de generalidade.

Acrescenta o escritor germânico que a diferença também se faz presente pelo critério *qualitativo*. Nesse diapasão, os princípios são normas que prescrevem algo para ser efetivado na melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas/normativas. Assim, os princípios “seriam mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridas proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes”. (ALEXY, 1993 apud FARIAS, 2000, p. 30). *Normativas* porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; *fáticas* porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. Com as regras acontece o inverso. (ÁVILA, 2004, p. 29).

Ainda na concepção de Alexy (1993 apud FARIAS, 2000, p. 30), a distinção entre regras e princípios se vê mais clara quando se está diante da maneira de solucionar eventuais conflitos. Nesse sentido,

No caso de conflito entre regras, este é resolvido introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválidas. Quando a primeira hipótese não for possível, só restará a alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico. Esta é essencialmente uma decisão referente a validade de regras, uma vez que uma norma vale ou não vale juridicamente. Por seu turno, se o conflito de regras tem lugar na dimensão da validade, a colisão entre princípios (como só podem colidir princípios válidos) ocorre não na dimensão da validade, vai mais além, acontece na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre o outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que o outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.

Impende extrair das lições escandidas que a colisão entre princípios é dirimido em função da ponderação, com a determinação imediata da prevalência de um sobre o outro no caso concreto. No conflito entre regras, a forma de

resolução se faz através do binômio do *tudo ou nada*, posto que uma delas será invalidada.

Canotilho (1999, p. 1177), ao se reportar sobre as diferenças entre regras e princípios sob a ótica dos direitos fundamentais, assevera que as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem, ou permitem algo em termos definitivos, sem nenhuma exceção. Os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas. Desta forma, não possuem o condão de proibir, permitir ou exigir algo em termos do “tudo ou nada”; impõem à otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica. Acrescenta que:

Os princípios apresentam-se como normas impositivas de otimização, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência; os princípios admitem uma convivência conflitual (Zagrebelsky), já as regras só admitem convivência antinômica; os princípios permitem balanceamento de valores e interesses (ponderação), por outro lado as regras não deixam espaço para qualquer ponderação; os princípios suscitam problemas de validade e peso, ao passo que as regras colocam apenas problemas de validade (não estando corretas devem ser alteradas).

A doutrina nacional apresenta vários critérios de diferenciação entre princípios e regras¹². Nesse sentido, vale trazer à baila as distinções esponsadas por Rohtenburg. (1999, p. 81), *verbis*:

¹² Impende consignar que o estudo de Paulo Bonavides sobre os princípios constitucionais – indo dos princípios gerais de direito até os princípios constitucionais – na sua obra *Curso de direito constitucional* contribuiu sobremaneira para a progressividade de uma teoria geral dos princípios em nível nacional, teoria esta que ainda não se sedimentou. Destaca-se, ainda, a contribuição de Luís Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet. Para Oliveira (2003, p. 69), ainda não se tem formulado uma teoria geral dos princípios que conte com ampla adesão teórica e prática, em que pese a progressiva produção doutrinária e jurisprudencial. Há, ainda, muitos pontos cruciais discordantes, razão por que muito tem que ser feito até a edificação de uma consistente teoria dominante.

Distinguem-se os princípios das demais normas jurídicas (as regras) em diversos aspectos. Já pelo conteúdo (os princípios incorporando primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediamente, num segundo momento), mas também pela apresentação ou forma enunciativa (vaga, ampla, aberta, dos princípios, contra uma maior especificidade das regras), pela aplicação ou maneira de incidir (o princípio incidindo sempre, porém normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afetados apenas para o caso concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral – conquanto nunca exaustiva – e estrita dos princípios, e eliminando outras conflitantes) e pela funcionalidade ou utilidade (que é estruturante e de fundamentação nos princípios, enquanto as regras descem à regulação específica). Traduzem ambos – princípios como regras – expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas.

Outras distinções merecem destaque: *grau de abstração*: os princípios possuem um grau de abstração relativamente alto, enquanto que as regras um grau relativamente baixo; *grau de determinabilidade*: na aplicação ao caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras por parte do intérprete-aplicador, enquanto que as regras têm aplicabilidade direta; *proximidade de idéia de direito*: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de Justiça e as regras vinculam-se com o conteúdo meramente formal; e *natureza normogenética*: os princípios, como normas, estão na base ou constituem a razão de regras jurídicas (são fundamentos de regras), desempenhando, por isso, uma função normogenética fundante (fundamentos de regras jurídicas). (ESPÍNDOLA, 2002, p. 70).

Sobreleva acentuar que princípios não são valores e, sim, uma espécie de norma que encerram valores. Para Guimarães (2003, p. 92), valores são conceitos inerentes à humanidade colocada por uma determinada sociedade, servindo como parâmetro para uma convivência mais harmoniosa e equilibrada, podendo variar de sociedade para sociedade conforme suas peculiaridades.

Princípios “são mandamentos de otimização, pertencendo ao âmbito deontológico, ao passo que os valores estão incluídos no nível axiológico. O que no modelo dos valores é o *melhor* é no modelo dos princípios o *devido*”. (ALEXY, 1986 apud GRAU, 2005, p. 201).

As regras jurídicas, a rigor, também expressam valores, a partir do momento em que se admite que as normas são elaboradas com base nos valores da sociedade, porém possuindo uma baixa carga valorativa. A intensidade de carga valorativa entre as regras (baixo grau) e os princípios (alto grau) é bem visível quando se está diante de uma tensão. É que se soluciona a colisão entre princípios levando-se em conta a dimensão valorativa, enquanto que no conflito entre regras prevalece a dimensão de validade.

5 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS: DA PONDERAÇÃO E DA ARGUMENTAÇÃO. OS POSTULADOS DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA E DO PESO OU IMPORTÂNCIA

O método da ponderação, advindo do Direito Alemão, foi fruto direto da jurisprudência de interesses na busca da maximização da felicidade. Essa noção, com o tempo, desapareceu devido ao fortalecimento da jurisprudência dos valores, que passou a buscar na decisão não apenas uma consequência casual ou um resultado qualquer extraído do conflito de interesses e, sim, uma decisão valorativa, qualitativamente diferenciada dos interesses e outros fatores vitais. (BORNHOLDT, 2005, p. 109).

Durante muito tempo, aqui no Brasil, a técnica de interpretação jurídica consistiu exclusivamente no método subsuntivo¹³, fundado restritamente na aplicação de regras, embora já existisse a sistematização de princípios de ordem infraconstitucional, notadamente no campo do Direito Civil.

Ocorreu que esse tradicional método perdeu espaço no cenário da interpretação a partir do momento em que se observou não ser verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – não trazem em si um sentido único válido para todas as situações

¹³ Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos a menor e a sentença, a conclusão. Nessa conjuntura, compete ao magistrado a revelação da vontade da norma, um mero aplicador desta, haja vista que no abalçamento não envolvia a norma com os fatos no sentido de criar o Direito para o caso concreto. (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 4).

sobre as quais incidem. Constatou-se, por conseguinte, que competiria ao intérprete desempenhar o papel criativo na sua concretização e não um mero revelador da norma pré-existente. (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 4).

Destarte, a nova interpretação constitucional funda-se na seguinte proposição:

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desempenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 5).

De bom alvitre ressaltar que não se quer dizer que a nova interpretação constitucional abalizada pela ponderação, argumentação, concordância prática e o peso ou importância banuiu-se do ordenamento jurídico as soluções subsuntivas, até porque, segundo Barcellos e Barroso (2005, p. 6), a nova interpretação “é fruto de evolução seletiva que conserva muitos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agregam idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas”.

É consabido que quando se está diante de um conflito entre regras, que se denomina de antinomias, procura-se a solução nos conhecidos critérios apontados por Bobbio (1996, p. 44): cronológico (lei posterior derroga lei anterior), hierárquico (lei superior derroga lei inferior) e especialidade (lei especial derrogada lei geral), de modo a prevalecer o binômio do “tudo ou nada”, ou seja, a regra é válida ou inválida.

Quando se está diante de um caso concreto envolvendo colisão entre princípios¹⁴ – a Constituição como um sistema aberto de princípios,

¹⁴ A doutrina costuma dividir os conceitos de colisão e conflito. Este ocorreria entre regras e aquele entre princípios.

pressupõe a existência de tensões – a fórmula do “tudo ou nada” é inaplicável, vez que não se pode banir da aplicação um deles, notadamente por não haver hierarquia entre os mesmos. Para melhor clarificar esta asserção, usa-se um exemplo colocado por Canotilho (1993, p. 196):

Se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias (...); se o princípio democrático, na sua dimensão econômica, exige a intervenção conformadora do Estado através de expropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio da legalidade, princípio da justa indenização, princípio de acesso aos tribunais) para discutir a medida de intervenção.

E, para se chegar à solução da colisão entre princípios, emprega-se o método da ponderação¹⁵. Ponderar significa, dentre as acepções consignadas pelo dicionarista Ferreira (1999, p. 1603), “atribuir pesos para a extração de uma média a uma grandeza ou a uma função”. Do sentido natural, extrai-se o sentido pelo qual o método da ponderação é utilizado no Direito, consistindo em buscar uma solução harmônica entre os princípios colidentes no caso concreto, sem que isso signifique a anulação de um deles, pois um cederá excepcionalmente ao outro, levando-se em conta o peso ou a importância de cada um. Para tanto, a ponderação (sentido e escolha dos comportamentos que realizarão os fins) contará com a intervenção do intérprete-aplicador, o qual deverá demonstrar o fundamento racional que legitima a sua ação através da argumentação.

Assim, infere-se que o método da ponderação está ligado à argumentação, notadamente a argumentação jurídica. Nesse sentido,

A argumentação jurídica é constituída da atividade jurídica. Como atividade oriunda do raciocínio humano, o Direito não se articula por si só e somente pode ser aplicado

¹⁵ O método da ponderação é também aplicado quando se está diante da colisão entre direitos fundamentais.

racionalmente por meio de argumentos, pois são os argumentos o caminho da articulação e da aplicação do Direito. Os argumentos correspondem à própria essência do raciocínio jurídico. A teoria do Direito somente é aceita na medida em que os bons argumentos a sustentem e só pode ser aplicada a um caso concreto se outros argumentos demonstram a sua coerência com este caso. (SÖHNGEN, 2005, p. 16).

Para a teoria da argumentação jurídica,

Os princípios constituem subsídios importantes para fundamentar racionalmente decisões jurídicas. Notadamente aquelas decisões que não podem ser reconduzidas a esquemas de subsunções *tout court*, porque estão baseadas em normas cuja estrutura invoca a apreciação de valores fundamentais da ordem jurídica, dos quais os princípios são portadores. Nestas hipóteses, os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória dos mesmos (...). (FARIAS, 2000, p. 24).

A ponderação consiste, enfim, numa técnica de decisão jurídica aplicável em casos difíceis, em relação aos quais a subsunção mostrou-se não ser suficiente para dar uma solução desejável, da qual todos os elementos (bens jurídicos, interesses e valores)¹⁶ devem ser sopesados, de modo que para se chegar ao fim almejado, necessário que seja transcorrido três etapas: A primeira é a fase em que o intérprete-aplicador analisará todos os elementos e as normas relevantes para a solução do caso, identificando os eventuais conflitos entre elas; a segunda é a fase em que serão examinados os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos, ou seja, busca-se fundamentar a relação estabelecida entre os elementos. (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 19).

¹⁶ Para Ávila (2004, p. 95), *bens jurídicos* “são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos”. *Interesses*, por sua vez, “são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum obter”. *Valores* são “aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam algo é bom e, assim, deve ser preservado”.

A terceira é a fase decisória, fase em que efetivamente será realizada a ponderação, onde os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa para se chegar ao grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, torna-se necessário decidir quão intensamente esse grupo de normas – a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, ou seja, sendo possível gradual a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual “tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*”¹⁷. (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 19).

Do apurado, não resta dúvida de que a técnica da ponderação de bens ingressou no universo jurídico da interpretação constitucional brasileira como uma necessidade e em oposição, de certa forma, à subsunção¹⁸. Um exemplário de que esse método já vem sendo aplicado pelos tribunais pátrios extrai-se dos comentários de Garcia (2004, p. 175) referente à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 2.040/DF, julgado em 21.02.02) que não concedeu a extradição de uma cantora mexicana a pedido do governo de seu país, *verbis*:

Tratava-se de cantora mexicana que se encontrava detida na carceragem da Polícia Federal aguardando o desfecho do processo em que o Governo Mexicano pleiteava a sua extradição. Nesse período a extraditanda engravidou, tendo afirmado que fora vítima de estupro realizado pelos policiais responsáveis pela sua custódia. Ante a negativa de todos os policiais envolvidos e o iminente descrédito da Instituição, a Corte autorizou, contra a vontade expressa da extraditanda, a utilização de material biológico da placenta para a realização de exame de DNA. Na ocasião, sendo vencido o Min. Marco Aurélio, afirmou-

¹⁷ Para os autores, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade possuem a mesma sinonímia jurídica.

¹⁸ Sobre o reconhecimento da ponderação de bens, ver as obras de Carlos Roberto Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil* e de Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*.

se que a ponderação entre os valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e a imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição – atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação – indicava que deveria prevalecer o esclarecimento da verdade. Frisou-se, ainda, que o exame de DNA seria realizado sem invasão da integridade física da extraditanda e de seu filho. Ao final, demonstrou-se a inverdade das declarações, sendo outro detento, antigo namorado da extraditanda, o pai de seu filho.

Mas essa técnica sofre críticas. É que os princípios constitucionais, em razão da dimensão de peso que os concretiza, não apresentam respostas definitivas para as questões sobre as quais incidem, mas apenas mandamentos *prima facie* que podem ceder em razão da ponderação com os outros. Melhor dizendo: a ponderação ainda não atingiu um grau de maturação de objetividade que impeça o julgador de utilizar-se de subjetivismo de forma irracional, ante a sua ampla discricionariedade. Defende-se a tese que rechaça essa crítica, sob o fundamento de que a técnica de ponderação de bens passa pelo controle de legitimidade das decisões, o qual tem sido feito através da argumentação desenvolvida.

Nesse desiderato, os teóricos das novas teorias da argumentação racional buscam critérios hermenêuticos mais objetivos, partindo de diferentes premissas metodológicas, a fim de ser alcançadas novas formas de justificação de decisões judiciais mais racionais, no sentido de que a interpretação e a aplicação da lei pelo juiz devam ser pautadas por critérios de justificação, controle e racionalidade, buscando afastar o irracionalismo. (NOJIRI, 2005, p. 114).

A concordância prática e a dimensão do peso ou importância são formas dirimentes de conflitos ou colisões pelo método da ponderação. Para Sarlet (1996 apud LIMA, 2005, p. 4), “em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre o outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária à atenuação de uma delas”.

É cediço que a sociedade brasileira é plural, razão pela qual a Constituição Federal é analítica e expressa diversos valores e, por conseqüência, resulta na pluralidade de concepções que carece de uma unidade de interpretação, a fim de ser evitadas as contradições entre suas normas. Não é por outro motivo que o *princípio da concordância prática*, chamado também de *harmonização*, tem por fim precípua conformar as diversas normas ou princípios em colisão no texto constitucional, objetivando harmonizar o sistema constitucional, de forma que a aplicação de um deles não implique necessariamente a exclusão do outro, razão por que Silva (2005, p. 283) assevera que, além de possibilitar a máxima efetividade¹⁹, essa técnica jurídica relaciona-se com o princípio da unidade²⁰, pois não se pode admitir contradições, nem exclusões dentro do sistema, posto ser uno e indivisível.

No mesmo sentido, Bastos (1997, p. 106-107):

Assim, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras. Além disso, a uma regra constitucional se deve atribuir um conteúdo de tal forma que esta regra resulte o mais coerente possível com as demais regras pertencentes ao sistema constitucional.

Para desanuviar qualquer dúvida, cita-se um caso julgado pela Justiça Alemã: um cidadão foi preso por praticar vários crimes de grande

¹⁹ O princípio da máxima efetividade ou da eficiência significa que as normas constitucionais devem gozar de máxima efetividade, competindo ao intérprete, sempre que possível, dar preferência à interpretação e significado do dispositivo constitucional com maior eficácia. (SILVA, 2005, p. 280).

²⁰ O princípio da unidade da Constituição quer dizer que todo o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre suas normas, ou seja, impõe a não existência de uma dualidade dos textos constitucionais. (SILVA, 2005, p. 277). Para Canotilho (1999, p. 1149), referido princípio “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

repercussão social. Diante do fato, a imprensa editou uma vasta matéria e pretendia divulgá-la através de uma emissora de TV, em horário nobre. Ocorreu que o sujeito que havia sido preso aforou uma ação objetivando impedir a pretensão da imprensa, sob a alegação de que tal ato feriria o seu direito à intimidade e à privacidade, sem olvidar que, se fosse divulgada, jamais retornaria a ter uma vida normal. Aqui, presente a colisão entre o direito à liberdade de expressão/informação *versus* o direito à intimidade/privacidade. Utilizando-se da concordância prática ou harmonização (harmonia entre os princípios), a Justiça Alemã solucionou o caso da seguinte forma: a imprensa poderia, em nome da liberdade de expressão, exibir a matéria. Para tanto, visando a preservar o direito à intimidade do sujeito, não poderia citar seu nome completo, apenas suas iniciais e tampouco mostrar seu rosto, já que existiam mecanismos eletrônicos para desfigurá-lo.

Bornholdt (2005, p. 179) aponta uma distinção entre o princípio em comento e o da proporcionalidade. “Enquanto que a concordância prática servirá para a otimização em abstratos dos direitos (ou bens jurídicos em jogo), permitindo a sua inserção no caso concreto, o princípio da proporcionalidade representará a efetiva ponderação no caso concreto, com as necessárias compressões do direito”. Ou seja, deve haver uma ponderação razoável dos valores e bens jurídicos em jogo no momento da colisão entre eles. Daí, mais uma vez, deixa-se claro a importância do princípio da proporcionalidade.

O postulado do *peso ou importância* – que pode ser aplicado quando da impossibilidade de aplicação da concordância prática – foi estabelecido por Ronald Dworkin, ao apresentar critérios de diferenciação entre regras e princípios. Segundo seu entendimento, os princípios possuem dimensão de peso ou importância. Assim, quando há colisão entre os princípios, deverá o intérprete-aplicador levar em conta o peso relativo de cada um deles, de modo a não invalidá-los. Acrescenta que essa dimensão não é cabível no conflito entre regras, pois deverá prevalecer aquela que possui maior peso, invalidando a outra.

Cita-se um exemplo para enriquecer o estudo. Para tanto, utiliza-se dos mesmos direitos em colisão quando do exemplo da concordância prática (inviolabilidade da vida privada e liberdade de expressão/informação). Trata-se de um caso em que determinada revista publicou uma matéria na qual relatava que uma atriz renomada chegava freqüentemente atrasada na emissora de televisão em dias de gravação e, geralmente, em estado de embriaguez alcoólica.

A atriz ajuizou ação de reparação de danos morais, sustentando a violação de sua vida privada, enquanto que a defesa sustentou que assim agiu por força do preceito constitucional que garante a liberdade de informação e que o fato era de interesse público.

O Desembargador-Relator, em seu voto, aduziu que “não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que deve ser situada; princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se, desde que se abduque da pretensão de interpretá-los de forma isolada e absoluta”. Acrescentou que “a revelação de verdades da vida privada capazes de causar transtornos só se justifica se isso for essencial para se entender um fenômeno histórico. Se não, vira artifício sensacionalista, o que é eticamente condenável e politicamente perigoso”. Eis excertos do acórdão:

(...) responsabilidade civil de empresa jornalística. Publicação ofensiva. I. Liberdade de informação *versus* inviolabilidade à vida privada. Princípio da unidade constitucional. Na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. De um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Sempre que princípios aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da lealdade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante da diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos. (TJ/RJ, Ap. Cív. nº 760/96 – RJ, 2ª Câm. Cív., Rel. Des. Sérgio Cavaliere Filho).

No presente caso, o Desembargador-Relator votou no sentido de que o princípio da inviolabilidade da vida privada teria mais peso ou importância do que a liberdade de expressão para fins de aplicação da sanção civil. O direito à liberdade de informação cedeu ao direito à vida privada no caso concreto pela técnica da ponderação. Porém, nada obsta que em outro caso concreto envolvendo os mesmos princípios, o da informação, prevaleça sobre o da vida privada, posto que não se invalidam princípios contrapostos.

Observa-se, ainda, que neste caso não foi possível aplicar o princípio da concordância prática ou harmonização, tendo em vista que a matéria já havia sido publicada, por isso não houve uma conciliação mais graduada, sob a ótica de que se deve sempre buscar a conciliação dos princípios na máxima efetividade.

6 CONCLUSÃO

A Carta Política Federal constitui-se de um sistema aberto de normas, sistema este integrado por regras e princípios. Estes, outrora entendidos como fonte subsidiária, passaram a ser compreendidos como uma linha diretiva que orienta e guia os que realizam a tarefa de interpretação, iluminando a compreensão dos setores normativos, resultando no consenso social sobre os valores básicos, razão por que são considerados a norma das normas ou a vigamestra do sistema jurídico, de modo que hoje se entende que a violação de um princípio por parte do operador do direito é muito mais grave do que a inobservância de outra norma qualquer.

Diante da carga axiológica que os princípios exercem, é fácil distinguir o ponto nodal que o diferencia da regra. É que quando se está diante de um conflito entre regras, utiliza-se a máxima do “tudo ou nada”, ou seja, a regra é válida ou inválida. Na colisão entre princípios, utiliza-se a técnica da ponderação, de forma a prevalecer um sobre o outro no caso concreto, sem que isso signifique a nulidade de um deles.

Nessa trilha, conclui-se que efetivamente a doutrina constitucional vive hodiernamente em um Estado principiológico, de forma que o operador do direito não pode descurar de sua aplicação e importância para a solução de um conflito, utilizando, para tanto, da técnica da ponderação dentro dos patamares constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e esquerda: razões e significados de uma distinção política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. _____. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição. Garantia constitucional.** São Paulo: Método, 2004.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

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

COELHO, Yuri Carneiro. Sistema e princípios constitucionais tributários. Disponível em: <<http://www.jus.2.com.br>>. Acesso em: 17 out. 2005.

COMPARATO, Fábio. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. v.1.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais. Análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectiva de efetividade. In: GARCIA, Emerson (Org.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

_____. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

JESUS, Noel Antonio Tavares de. O processo de concretização constitucional. Limites e possibilidades. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 200- 209, jan./mar. 2005.

LIMA, George Marmeinstein. Hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 17 out. 2005.

_____. As funções dos princípios constitucionais. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 17 out. 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípio constitucional da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROTHEMBURG, Walter C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

SACCONI, Luiz Antonio. **Minidicionário Sacconi da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Atual, 1996.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

SILVA, Chistiane Oliveira Peter. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

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

SÖHN GEN, Clarice Costa. A argumentação jurídica: uma nova racionalidade à exclusão da violência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 4, n. 18, p. 15-23, abr./jun. 2005.

O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

*Rômulo Lago e Cruz**

1 INTRODUÇÃO

As normas que compõem os elementos limitativos¹ da Constituição são as que imprimem uma contenção ou restrição à atuação do Estado frente aos cidadãos, assegurando-lhes direitos qualificados pela própria origem, ou seja, impõem ao texto constitucional o reconhecimento de direitos subjetivos de cunho negativo (a não violação da dignidade, p.ex.), mas, também, impõem condutas positivas, no sentido de proteger e promover a dignidade (e os direitos individuais daí decorrentes)².

Segundo Häberle, o poder do Estado está culturalmente determinado, pois *se fundamenta normativamente en el Estado constitucional que lo limita, y está al servicio de la libertad cultural*³, sendo que esta, não obstante seja vetor da construção de uma identidade social própria, comprometida com ideais pluralistas de inclusão e respeito à dignidade humana, está inserida num contexto neoliberal, que submete o Estado ao capital financeiro internacional, aflorando as desigualdades sociais, desrespeitando os direitos humanos

* Assessor Jurídico de Desembargador no TJMA.

¹ Segundo a classificação das normas constitucionais proposta por Meirelles Teixeira, tão bem difundida por José Afonso da Silva, cinco categorias de elementos encontram-se presentes nas constituições contemporâneas: orgânicos, limitativos, sócio-ideológicos, de estabilização e formais de aplicabilidade.

² Os elementos limitativos acham-se inscritos, especialmente, no Título II, Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), Capítulo II (Dos direitos sociais), Capítulo III (Dos direitos de nacionalidade), Capítulo IV (Dos direitos políticos), e Capítulo V (Dos partidos políticos) da CF/88, todavia, adverte-se, não se encerram aí.

³ Cf. HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional europeo. Cuestiones constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 2, p. 3, enero./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org>>. Acesso em: 21 ago. 2003.

fundamentais conquistados, permitindo que o mercado assuma posição de destaque e se torne o verdadeiro titular do poder público⁴.

A internacionalização das relações econômicas, valorizada pela crescente imposição de princípios da livre iniciativa globalizante, está por desvirtuar a própria concepção de Estado, entendido este como centro de poder consentido pela vontade geral do povo, a quem devem estar voltadas todas as iniciativas públicas, o que gera o aumento da pobreza e das desigualdades sociais, dificultando, mesmo, o avanço do processo civilizatório e o total implante da democracia em nosso País⁵.

Nessa perspectiva é que se irá discutir o modelo político-estrutural adotado pela ordem jurídica pós-88⁶, que se pretende instituir no Brasil, segundo o qual a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito (art. 1º, *caput* da CF/88).

A partir dessa fórmula, percebe-se claramente a intenção do constituinte, que era incluir o Brasil no grupo de países comprometidos com a preservação e o alargamento dos direitos humanos fundamentais para que um Estado soberano e democrático pudesse ser consolidado sob a égide de uma

⁴ Nesse sentido, SANTOS, Hélio Antonio Bittencourt. O direito do trabalho e o estado. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). **Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes**. São Luís: Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Maranhão, 2001. p. 318-320.

⁵ Também, nesse sentido, SANTOS *op. cit.*, p. 322-324; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002. p. 44-45. Esses objetivos e metas são estabelecidos para serem realizados ao longo dos anos. Ao discorrer a respeito da Democracia, Botombele assevera que esta “não é um dom livre. Ela pressupõe um duradouro esforço por muitas gerações. Esse é o ponto de partida, não a linha de chegada, do progresso que irá assegurar a todos um futuro melhor [Democracy is not a free gift. It presupposes a lasting struggle for many generations. It is the starting point, not the finishing line, of a development that will ensure everyone a better future] (BOTOMBELE, Charles B. E. Democracy for all: a universal desire or a threat to the survival and development of a mankind? In: **Law and State**. A biannual collection of recent german contributions to these fields. Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, 1994. v. 49/50. p. 10).

⁶ Para Barbosa Ramos, “o período de início da vigência da Constituição de 1988 coincidiu com a inserção do Brasil dentro do processo de globalização da economia, cuja grande exigência é que os Estados sejam os mais enxutos possíveis, que o Estado de bem-estar social seja desmontado e que os direitos das classes trabalhadoras sejam reduzidos ao mínimo necessário, ou até menos que isso”. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 79).

sociedade que possibilite a todos os seus cidadãos plenas oportunidades e condições para que se desenvolvam.

2 O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 Dignidade da pessoa humana e o sistema de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são representações de um sistema concreto de valores⁷ que resume os aspectos culturais de formação do Estado constitucional⁸. A ordem positiva terá validade apenas enquanto estiver em sintonia com este sistema, posto que o ordenamento jurídico não se auto-legitima pelo fato de proceder do Estado e obedecer aos requisitos formais de produção das normas, ou pela sua neutralidade, mas sim, em virtude de ser um instrumento de realização dos fins sociais descritos pelos valores⁹.

Os valores contêm objetivos pré-determinados os quais indicam aspirações ideais que devem informar todo o sistema normativo, porquanto transcendem o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito¹⁰, não

⁷ Quase todos os valores predominantes na sociedade brasileira estão positivados e congregados nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais (explícitos ou implícitos), por isso não é necessário invocar direito *suprapositivo*, pois a carga ética já está nos princípios constitucionais que excedem o conceito positivista do Direito na medida em que elevam obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral. (KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 82).

⁸ Nesse sentido, HÄBERLE, op. cit., p. 2 et seq.

⁹ Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 57-58.

¹⁰ Preliminarmente, deve-se proceder à distinção entre valores e princípios. Ao tratar da matéria, Robert Alexy, não obstante reconheça a imbricação que se dispõem valores e princípios, inclusive, por afirmar a sua similitude estrutural, sustenta a existência de uma distinção entre ambas as categorias, designadamente pelo fato de que os valores possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto os princípios situam-se no nível deontológico (do dever ser). Importante, outrossim, é jamais olvidar da presença constante dos valores no sistema normativo, seja nos princípios, seja nas regras. (Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 138 et seq. Original alemão). Esta distinção é necessária a este estudo, porquanto contraria o entendimento segundo o qual princípios e valores são sinônimos.

obstante possam, também, ser inseridos dentro da Constituição, como uma autêntica norma jurídica, quando, então, assumem a dimensão de uma verdadeira meta-norma¹¹.

É o caso do valor dignidade da pessoa humana que, embora não tenha sido criação do Constituinte de 1988¹², foi, por obra deste, pela primeira vez positivado em nosso ordenamento, sendo consignado dentre os princípios fundamentais que possuem a função precípua de conferir identidade e estrutura à Lei Fundamental¹³.

O enunciado constitucional que prevê essa meta-norma (art. 1º, III da CF/88)¹⁴ transparece, de maneira inequívoca, a intenção de outorgar aos princípios fundamentais o status de disposições embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive, e especialmente, das normas definidoras

¹¹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002. p. 240-242. Dessume-se da narrativa desse autor, que meta-norma é uma diretriz ideal que ordena a realização de um fim social previamente estabelecido. Este conceito assemelha-se ao estabelecido por Alexy para explicar o que se deve entender por princípio. Diz ele que princípios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización (...)”. (ALEXY, op. cit., p. 86).

¹² A Constituição apenas reconhece expressamente a existência da norma dignidade humana, a qual, por ser inerente à própria concepção de pessoa, compõe uma espécie de patrimônio da humanidade e sempre deve ser respeitada, ainda que em determinado Estado não haja disposição constitucional explícita. Para Barbosa Ramos, patrimônio cultural comum da humanidade é o cultivo, o respeito e a deferência aos direitos humanos, de maneira que qualquer atentado contra qualquer um deles provoca um imediato sentimento de indignação entre os homens, por representar um retrocesso à barbárie. Assim, se uma determinada sociedade mais avançada adquire um novo direito, este se incorpora imediatamente ao patrimônio comum da humanidade, sendo que despreciada será a submissão de outras civilizações a sacrifícios idênticos ou piores para a conquista dos direitos já reconhecidos pelos primeiros. (Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. p. 132. nota n. 95).

¹³ A respeito das funções desempenhadas pelos princípios fundamentais, ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 183 et seq.

¹⁴ Registre-se que a dignidade da pessoa humana pode, ainda, ser encontrada expressamente em outras passagens da Constituição, como no art. 170 (a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna); art. 226, § 7º (o planejamento familiar é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana); art. 227 (É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente dignidade).

de direitos e garantias fundamentais¹⁵, sem que, com isso, se queira atribuir a essa categoria normativa uma posição superior em relação às demais normas da sistemática constitucional¹⁶.

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado¹⁷. A dignidade incide, pois, direta ou indiretamente nas funções desempenhadas pelos direitos fundamentais estabelecidos, e *en ese sentido, el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace, en su esencia, referencia todo derecho fundamental*¹⁸.

O princípio (e valor) fundamental da dignidade da pessoa humana, ao irradiar-se por sobre os direitos fundamentais, determina que estes o realizem, o concretizem, de maneira a impor a viabilização de condições mínimas de existência ao cidadão, destinatário último de todas as iniciativas públicas, e a edificação da democracia, o que enseja a construção de um espaço plural onde todos possam desenvolver suas potencialidades em harmonia e igualdade de participação.

Para além dessa atividade de valor-guia¹⁹, Robert Alexy²⁰, rechaçando a existência de um princípio absoluto, identifica a dignidade da pessoa humana por uma dupla dimensão, qual seja, no que se refere à condição de norma jurídica, assume tanto feição de regra quanto de princípio²¹.

¹⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 64.

¹⁶ Regras, princípios e valores, inobstante estabeleçam relações de interdependência entre si, não são passíveis de ser estruturados hierarquicamente. É dizer, todos se encontram no mesmo nível normativo, sendo que apenas entre os valores é que existe hierarquia, nunca em relação às normas. (Nesse sentido, BASTOS, op. cit., p. 243).

¹⁷ MIRANDA, Jorge apud SARLET, op. cit., p. 81.

¹⁸ LANDA, César. Dignidad de la persona humana. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 7, p. 12, jul./dic. 2002. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org>>. Acesso em: 21 ago. 2003.

¹⁹ Cf. SARLET, op.cit., p. 74.

²⁰ Diz Alexy que “si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 106).

²¹ Cf. ALEXY, op. cit., p. 106.

Nessa perspectiva, ainda que tenha sido expressamente alçado à categoria de princípio fundamental, o valor dignidade humana, em virtude do imperativo hermenêutico de se lhe maximizar a eficácia, por vezes atua, segundo o jusfilósofo alemão, como verdadeira regra jurídica, sendo que somente será possível reconhecer se a norma em tela assume a condição de regra ou princípio quando submetida a um processo de ponderação²².

Assim, na medida em que colide com outros princípios, a norma desempenha a dimensão principiológica, havendo, com elevada margem de certeza, inúmeras situações em que o princípio da dignidade humana assume precedência em face dos demais princípios. Todavia, nas situações em que esta norma é relevante não se indaga de relação de precedência, porém, tão-somente, se é violada ou não, de maneira que absoluto não é o princípio, mas a regra que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante²³.

Fernando Ferreira dos Santos, distanciando-se do pensamento de Alexy, propõe ser a dignidade humana um princípio absoluto, porquanto entende que a pessoa é um *minimun* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar e, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa²⁴.

A essa controvérsia, acrescenta-se que a dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, evidentemente, não poderá ser sacrificada, já que, em si mesma, insubstituível, impendendo, por outro lado, reconhecer que ainda que prevaleça sobre todos os demais princípios e regras do ordenamento, não há como afastar a necessária convivência harmônica entre o princípio da dignidade da pessoa e a igual dignidade de todos os seres humanos²⁵.

²² Cf. *Ibid.*, p. 106-107.

²³ *Ibid.*, p. 108.

²⁴ CF. SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. p. 94.

²⁵ Cf. SARLET, op.cit., p. 79. Esse autor, na esteira do que leciona Alexy, entende que a dignidade, inevitavelmente, estará sujeita à sofrer relativização em sendo contraposta à igual dignidade de terceiros, porque mesmo que se tenha a dignidade como valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais. (Cf. *Ibid.*, p. 129-132).

2.2 Catálogo materialmente aberto dos direitos fundamentais

O espaço constitucional, como é cediço, somente se realiza no instante em que o texto da Constituição é posto em contato com as necessidades, anseios e demais influxos advindos da realidade, sendo que além de reproduzir esta realidade, ao enunciado ou formulação lingüística atribui-se função ativa de modificação e construção do real.

A Constituição, enquanto realidade, é acima de tudo uma situação de existência, uma unidade política, e a sua principal característica é o seu valor existencial. Não se pode limitar a realidade constitucional à sua expressão escrita que está apresentada em um texto. A realidade é muito maior do que a constituição escrita. E exatamente por ser mais abrangente, que precisa de uma decisão político-jurídica que a faça superar uma realidade indesejável²⁶.

Como conseqüência direta desse fenômeno, surge a possibilidade de se promover uma espécie de mutação informal da compreensão do texto constitucional²⁷, pelo que, em virtude da necessidade de acompanhar a evolução pela qual passa a sociedade, se altera o sentido da norma sem, contudo, modificá-lo o texto²⁸, o que, também, por via reflexa, permite a incorporação e a adequabilidade de novos direitos ao nosso sistema jurídico.

No que se refere aos direitos fundamentais²⁹, a norma contida no

²⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. In: ____ (Coord.). **Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes**. p. 252.

²⁷ Celso Bastos anota que “surge a possibilidade da chamada atualização das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica (...)” (BASTOS, op. cit., p. 111).

²⁸ Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1212-1213.

²⁹ Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de direito democrático. (MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 36).

enunciado do art. 5º, § 2º da CF/88³⁰ consagra, expressamente, o que a dogmática constitucional norte-americana entende por cláusula de direitos não-enumerados, segundo a qual a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo³¹.

Para Hesse, os direitos fundamentais, apesar de comumente agrupados em um catálogo, são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados. De outra parte, a existência de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, bem como o estreito entrelaçamento entre estes e o restante das normas constitucionais, estão a impedir a existência de um sistema autônomo, fechado, isento de lacunas³².

Da evidência dessa flexibilidade do catálogo que estabelece os direitos fundamentais dessume-se que, além de um conceito formal, entendendo-se este como sendo a nota de positividade ou de referência textual e, também, a inserção do direito dentre os tidos por fundamentais, há um material, que se expressa na certeza de existirem direitos que, embora não possuam assento explícito nesse rol e, mesmo, em lugar algum da Constituição, seu conteúdo e substância os autorizam a reivindicar tal status.

Observe-se que a partir da compreensão da existência da abertura material do catálogo, inúmeras dificuldades se insurgem à tentativa de identificação, seja no texto constitucional ou mesmo fora dele, dos direitos que efetivamente reúnem as condições para poder ser considerados materialmente fundamentais³³.

Ao contrário da Constituição Portuguesa (art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros

³⁰ “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”.

³¹ Cf. COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002. p. 360.

³² Cf. HESSE, Konrad apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76.

³³ Nesse sentido, SARLET, op. cit., p. 86-87. Esse autor realiza um denso estudo sobre a temática, inclusive, com a preocupação de fornecer exemplos, o que confere um imenso valor a sua obra, principalmente porque a abertura material do catálogo de direitos fundamentais vem ensejando inúmeras digressões em nossas letras jurídicas.

direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos decorrentes do regime e dos princípios, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos com base nos direitos constantes do catálogo, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do catálogo (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados³⁴.

Maria Garcia, após descrever as contribuições de Canotilho e Lassalle, estabelece um critério para elucidação do problema. Por essa proposta, todos os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, *caput*, da Constituição (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), são, verdadeiramente, fundamentais. Outros direitos são apenas constitucionais, mas não fundamentais³⁵.

Por sua vez, Sarlet sustenta sua proposta classificatória na existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, notadamente os direitos expressamente positivados (ou escritos) e os direitos fundamentais não-escritos.

No que concerne ao primeiro grupo, pode-se identificar duas outras categorias, quais sejam, as dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com status constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados³⁶.

Já no que se refere ao segundo grupo, pode-se distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de

³⁴ Ibid., p. 90.

³⁵ Cf. GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 115-123, abr./jun. 2002.

³⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 92.

direitos e garantias fundamentais, ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º da CF/88 denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios³⁷.

A categoria dos direitos implícitos pode corresponder, além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo, a uma extensão do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, da redefinição do campo de incidência desse direito. Os direitos decorrentes do regime e dos princípios, a seu turno, não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, já que estes desfrutam de posições jurídicas subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição³⁸.

Outrossim, por certo que os direitos em sentido material, expressos ou não no texto constitucional, somente serão considerados autênticos direitos fundamentais se guardarem semelhanças com os expressamente consignados no catálogo, ou seja, se os seus conteúdos ou substâncias puderem ser equiparados aos dos direitos inseridos no catálogo³⁹.

De outro modo, a atividade identificadora de direitos fundamentais implícitos e, especialmente, os sediados em outras partes da Constituição, deve ser realizada de maneira que se observe sempre os parâmetros definidos pelo próprio sistema.

Se é certo que os direitos fundamentais ensejam elementos exteriorizantes de um sistema concreto de valores, o qual, além de lhes conferir legitimidade, impõe à Constituição diretrizes fixas e pré-definidas, objetivando a concretização de fins sociais da mais alta relevância para a consecução do Estado democrático de direito, é certo, também, que esses valores, quando positivados, assumem a dimensão de meta-normas e, em razão disso, o que antes eram apenas mandados axiológicos (o que é bom; o melhor), passam a assumir formato de norma jurídica, situando-se, destarte, no nível deontológico (o que é devido; dever-ser)⁴⁰.

³⁷ Ibid., p. 92.

³⁸ Cf. Ibid., p. 94.

³⁹ Trata-se do princípio hermenêutico da equivalência ou regra dos direitos análogos (Cf. Ibid., p. 94-97).

⁴⁰ A respeito da distinção entre princípio e valor, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 147.

A interpretação valorativa funciona através da flexibilização da literalidade normativa para uma recriação que conduza a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso. A fertilização dos valores imbricados nos princípios constitucionais permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo escrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa⁴¹.

Partindo-se daí, pode-se conferir razão a Cesar Landa, quando afirma que *La dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite delos mismos*⁴², de sorte que a violação a um direito fundamental estará sempre relacionada com uma ofensa à dignidade da pessoa, sendo que a essa meta-norma é atribuída a força fundante⁴³ e informadora de todos os direitos materialmente constitucionais.

O princípio (ou meta-norma) da dignidade da pessoa humana assume, portanto, função de astro, em cuja órbita gravitam as várias disposições satélites, dentre as quais as designativas dos demais direitos fundamentais componentes do espaço constitucional, sejam eles explícitos ou não.

Nesse sentido, sempre que se puder detectar que se está diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente, estar-se-á diante de uma norma de direito fundamental⁴⁴, sendo, então, possível reconhecê-lo em um enunciado quando se leva em consideração o contexto a que este se insere⁴⁵.

Logo, é a meta-norma dignidade da pessoa humana que estabelece os parâmetros materiais para a identificação dos direitos fundamentais implícitos e sediados em outra parte da Constituição, porquanto é dela que se tem extraído direitos subjetivos e fundamentais com vistas à sua concretização.

⁴¹ Cf. KRELL, op. cit., p. 82-83.

⁴² LANDA, op. cit., p. 11.

⁴³ Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. p. 97-99.

⁴⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 103.

⁴⁵ Por contexto, deve-se compreender tanto os enunciados que se encontram em conexão com este enunciado, como seu uso, é dizer, as circunstâncias e as regras de sua utilização (ALEXY, op. cit., p. 53).

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIREITOS DE DEFESA E DE PRESTAÇÃO

A organização estrutural dos direitos fundamentais proposta por Alexy leva em consideração as funções que desempenham no sistema jurídico, podendo dar origem tanto a direitos a ações negativas ou de defesa, quanto a direitos a ações positivas ou de prestação⁴⁶.

Por essa concepção, os direitos a ações negativas ou de defesa visam resguardar as liberdades individuais e coibir as ingerências do Estado, atuando, verdadeiramente, como imposições de limites ao Poder Público, sendo que, por outro lado, outorgam ao indivíduo um direito subjetivo⁴⁷ que lhe permite eliminar quaisquer violências perpetradas contra sua esfera de autonomia pessoal.

Esses direitos, portanto, dirigem-se a um dever de abstenção por parte dos poderes estatais, consubstanciando-se, para estes, numa obrigação de respeito aos interesses individuais, o que resulta em um direito à omissão do Estado ou à intervenção reduzida, é dizer, somente em determinadas hipóteses e sobre certas condições⁴⁸, na esfera de liberdade individual.

Existem duas situações básicas em que os direitos fundamentais funcionam como defesa do cidadão em face das atividades desempenhadas

⁴⁶ Cf. ALEXY, op. cit., p. 186 et seq.

⁴⁷ Como direitos subjetivos, fundadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos (v.g., princípio da igualdade) e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão. (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris. 1998. p. 232-233).

⁴⁸ A função defensiva dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 171).

pelos órgãos do Estado, quais sejam, direito ao não impedimento de ações e direito à não eliminação de posições jurídicas⁴⁹.

Com relação à primeira situação, significa dizer que os direitos fundamentais funcionam no sentido de garantir que o Estado não impeça ou não interponha obstáculos à realização de determinado ato legítimo pelo cidadão. Trata-se do postulado da não-intervenção estatal em situações subjetivas.

No sistema jurídico brasileiro, esta função encontra respaldo, principalmente, no princípio da autonomia individual, expresso no art. 5º, II, da CF/88, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A esse grupo, assevera Alexy, *pertenecen sólo los derechos a que el Estado no estorbe las acciones del titular del derecho, cualquiera que sea su tipo, es decir, no las impida u obstaculice por actos, cualquiera que sea su tipo*⁵⁰.

Pode-se identificar, nesse grupo, sem maiores dificuldades, os direitos fundamentais de primeira dimensão⁵¹ advindos do liberalismo clássico, os quais fazem alusão, especialmente, às liberdades negativas, ou seja, liberdades de pensamento, locomoção, crença, contrato⁵². Todos esses direitos, efetivamente, demarcam uma zona de impossibilidade de o Estado impor empecilhos ao desenvolvimento e realização das atividades hauridas do âmbito da autonomia individual.

Por sua vez, o direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito decorre, mesmo, do imperativo de segurança e certeza jurídica.

⁴⁹ Alexy identifica, ainda, uma outra categoria de direito à ação negativa ou direito de defesa além dessas duas que é o direito à não afetação de propriedades e situações. Todavia, esse grupo em muito se assemelha ao primeiro que é o direito ao não impedimento de ação, de maneira que este engloba, invariavelmente, aquele. (Cf. ALEXY, op. cit., p. 191-192)

⁵⁰ ALEXY, op. cit., p. 191.

⁵¹ No que se refere à perspectiva histórica, a doutrina em geral vem empregando a expressão *gerações* de direitos fundamentais, muito embora possa esta expressão ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, razão pela qual opta-se, nessa monografia, pelo termo *dimensões* dos direitos fundamentais. (Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 49).

⁵² Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. p. 40.

O propósito de se garantir a existência e a efetividade de um direito do qual se tornou titular o cidadão por meio de idôneos procedimentos públicos aquisitivos, o autorizam a exigir do Estado, além do respeito, a aplicação de métodos para a realização e o cumprimento desse direito, de maneira que uma vez adquirido, o direito incorpora-se à esfera de domínio de seu titular e ao Estado é vedado extingui-lo unilateralmente.

Daí advêm as regras constitucionais que estabelecem garantias individuais de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Todas essas garantias são intangíveis⁵³ e impedem a violação de seus conteúdos específicos.

Adquirido o direito, realizado o negócio jurídico em conformidade com os pressupostos formais, ou transitada em julgado a decisão, não mais se inquirirá acerca da vigência da lei que constituiu o direito, restando ao ordenamento jurídico como um todo, mesmo que seja posterior, o dever de, não apenas respeitá-lo, mas, também, de resguardá-lo contra ofensas perpetradas por terceiros.

Para Alexy, a existência de *una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas*⁵⁴.

A garantia dos direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa contra intervenções indevidas do Estado e contra medidas legais restritivas de direitos de liberdade, não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício desses direitos⁵⁵, sendo necessária a participação ativa do Estado enquanto ente de transformação e modificação da realidade.

⁵³ Pelo menos em regra são intangíveis, porém, é cediço que a coisa julgada, enquanto limite material ao direito de ação, pode ser objeto de rescisória, ou mesmo o ato jurídico perfeito, quando, por meio da cláusula implícita *rebus sic stantibus*, quando fato superveniente imprevisível e inesperado onere, de maneira a impossibilitar a prestação da obrigação por um dos contratantes, se possa alterar o contrato.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 194.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. p. 44.

Por essa perspectiva, surge o dever do Estado de por à disposição da sociedade os meios materiais e realizar a implementação de condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades. Assim, os direitos fundamentais a ações positivas ou a prestações, que podem ser de ordem fática ou normativa⁵⁶, objetivam a garantia não apenas do binômio liberdade e autonomia do cidadão perante o Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado⁵⁷.

Para Alexy, quando se fala de direitos a prestações está-se fazendo menção a ações positivas fáticas. Este tipo de direitos que se referem a contribuições fáticas as quais, em princípio, também, podem ser proporcionadas a um sujeito específico, fundamentando suas pretensões individuais, são chamadas de *direitos a prestações em sentido estrito*⁵⁸.

Esses direitos identificam-se claramente com direitos fundamentais sociais de natureza prestacional⁵⁹ que visam assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, não apenas formal⁶⁰, que pressupõem uma postura concreta do Estado, no intuito de compensar as desigualdades sociais.

Outra peculiaridade dessas pretensões é que elas estão voltadas para o futuro e, em virtude disso, impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos, como é o caso do direito ao trabalho (art. 6º, da CF) que exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (art. 6º c/c art. 205, da CF), o direito à assistência social (art. 6º c/c art. 203, da CF) e à previdência social (art. 6º c/c art. 201, da CF) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica⁶¹.

Por outro lado, no que alude ao direito a ações positivas ou prestações de ordem normativa⁶², este impõe ao Estado o dever de materializar

⁵⁶ Nesse sentido, ALEXY, op. cit., p. 194 et seq.

⁵⁷ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 189.

⁵⁸ ALEXY, op. cit., p. 195.

⁵⁹ São basicamente os direitos fundamentais de segunda dimensão, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.

⁶⁰ Já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, carecendo de políticas públicas que lhe implementem. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 202).

⁶¹ Cf. MENDES, op. cit., p. 47.

⁶² Alexy esclarece que *los derechos a acciones positivas normativas son derechos a actos estatales de imposición de norma*. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 195).

os direitos fundamentais, é dizer, a obrigação de determinar os contornos ou procedimentos pelos quais os direitos fundamentais podem ser adquiridos, se for o caso, e como se dará sua fruição.

Verifica-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais, porquanto a concretização desses direitos exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, sendo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar⁶³.

A Constituição de 1988 indica os meios para que os direitos constitucionalmente reconhecidos sejam usufruídos quando necessitarem ser usufruídos e não quando as autoridades entendam devam ser usufruídos; quando entendam que possuem recursos para empregar nos programas sociais previstos pela Constituição⁶⁴.

A implementação imediata desses programas faz parte da sociedade que a norma constitucional deseja construir, sendo que se as iniciativas voltadas para a execução desses programas não forem viabilizadas desde o primeiro dia de vigência da Constituição, esta estará sendo descumprida e as autoridades perdendo a legitimidade para o exercício do poder⁶⁵.

Em razão disso é que se justifica a inserção, em nosso sistema, das disposições constitucionais instituidoras do mandado de injunção, para assegurar direitos e liberdades constitucionais, sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o seu exercício (art. 5º, LXXI, da CF), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) que se destina a tornar efetiva norma constitucional.

Outrossim, constatada a existência de características que distinguem os direitos de defesa dos de cunho prestacional, cumpre alertar que não há como se afirmar a prevalência de um sobre o outro ou de uma dicotomia ou dualismo absoluto, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que assumem caráter nitidamente complementar, e não excludente, na ordem instituída por nosso direito constitucional positivo⁶⁶.

⁶³ Cf. MENDES, op. cit., p. 44-45.

⁶⁴ Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. p. 74-75.

⁶⁵ Cf. Ibid., p. 75.

⁶⁶ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 203-204.

Valendo-se aqui da lição de Celso Lafer, pode-se dizer que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégios para todos⁶⁷.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que efetivamente viabilizem o desenvolvimento de todas as potencialidades dos indivíduos.

O modelo de Estado social contemporâneo que se quer instituir no Brasil almeja alcançar a harmonia entre as idéias liberais de uma economia livre e a igualdade de oportunidades e a distribuição de riquezas, tendo como pontos básicos a industrialização, a tecnologia, a comunicação e a racionalidade na gestão dos serviços públicos. O Estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo⁶⁸.

4 CONCLUSÃO

A ordem positiva apenas adquire legitimidade quando se torna um instrumento de realização dos fins sociais descritos pelos valores, os quais, não obstante transcendam o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito, podem, também, ser inseridos na Constituição como uma autêntica norma jurídica, assumindo, então, posição de verdadeira meta-norma.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é um exemplo, posto que, conquanto assuma função de valor-guia de todo o sistema jurídico, é, ainda, uma norma jurídica, e como tal, dotada de eficácia e vinculação *erga omnes*.

Nossa Constituição estabelece um sistema complexo de direitos fundamentais que consagra, inclusive, a cláusula de direitos não-enumerados,

⁶⁷ LAFER, Celso apud SARLET, op. cit., p. 204.

⁶⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. p. 44.

descrita no art. 5º, § 2º, da CF/88, a qual reconhece a existência de direitos implícitos e inscritos fora do rol que a Constituição expressamente reserva aos direitos fundamentais (art. 5º, da CF/88).

Em razão disso, a identificação desses direitos deve ser realizada de maneira a se observar as diretrizes definidas pelo próprio sistema. Ora, se à meta-norma dignidade da pessoa humana é atribuída a capacidade de originar e informar o conteúdo de todos os direitos materialmente constitucionais, também é ela que estabelece os parâmetros materiais para a identificação dos direitos fundamentais implícitos e sediados em outra parte da Constituição, porquanto é dela que se tem extraído direitos subjetivos e fundamentais com vistas à sua concretização.

Desse modo, sempre que se estiver diante de uma posição jurídica, cujo fundamento esteja diretamente relacionado à dignidade humana, inequivocamente, estar-se-á diante de uma norma de direito fundamental, sendo, então, possível reconhecê-lo em qualquer formulação normativa com essa característica.

Por outro lado, a organização estrutural dos direitos fundamentais proposta por Alexy, leva em consideração as funções que desempenham no sistema jurídico, podendo dar origem tanto a direitos a ações negativas ou de defesa, quanto a direitos a ações positivas ou de prestação.

Ambas as categorias de direitos fundamentais, não obstante a aparente dicotomia ou antagonismo instaurada entre elas, possuem fulcro na concepção de que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que efetivamente viabilizem o desenvolvimento de todas as potencialidades dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Original alemão.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. In: ____ (Coord.). **Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes**. São Luís: Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Maranhão, 2001.

BOTOMBELE, Charles B. E. Democracy for all: a universal desire or a threat to the survival and development of a mankind? In: **Law and state** (A biannual collection of recent german contributions to these fields). Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, 1994. v. 49/50. p. 10.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 115-123, abr./jun. 2002.

HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional europeo. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 2, enero./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org>>. Acesso em: 21 ago. 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LANDA, César. Dignidad de la persona humana. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 7, jul./dic. 2002. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org>>. Acesso em: 21 ago. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro. In: _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 518 p.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

_____. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Hélio Antonio Bittencourt. O direito do trabalho e o estado. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). **Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes**. São Luís: Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Maranhão, 2001.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO

*Vanessa Oliveira Batista**

1 AFINAL, O QUE É MULTICULTURALISMO?

O termo “**multiculturalismo**” tem sido usado para designar uma série de políticas em curso em diversas partes do mundo, independente das metas que se pretenda alcançar e do conteúdo ideológico que as preencha. O que essas políticas têm em comum é uma avaliação positiva das tradições culturais, especialmente das minorias étnicas existentes dentro da sociedade. O que se busca com o multiculturalismo é valorizar as contribuições artísticas e políticas das minorias para integrá-las numa sociedade mais tolerante.

Paralelamente a essa avaliação positiva do termo, acalentada especialmente por representantes da Escola de Frankfurt, por correntes do feminismo crítico e pelos ideólogos do pós-modernismo, o multiculturalismo vem também sendo acusado de niilista, por promover a relativização do julgamento de valores absolutos.

A Carta das Nações Unidas invoca o *universalismo* como um conceito necessário para a proteção dos direitos individuais. Então, até que ponto estamos diante de um choque conceitual? Qual seria o conceito de “cultura” mais adequado num mundo “multicultural”?

Na prática, a variedade cultural é um desafio político. Por muito tempo trabalhou-se com a idéia de que as culturas eram relativamente homogêneas e estáveis, *estando separadas por tênues diferenças. Era como se o mundo fosse um imenso arquipélago composto por diversas “ilhas culturais”, cada uma delas dotada de sua própria lógica cultural e de seus próprios valores, dentro de um sistema derivado das necessidades de adaptação do homem ao seu contexto, o que, naturalmente, resultaria em diferentes códigos de costumes,

* Mestre e doutora em Direito Constitucional. Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Coordenadora de Graduação da FND/UFRJ.

de moral e de tradições. Essa linha de pensamento, delineada pelo antropólogo Franz Boas (1858-1942), é conhecida como “relativismo cultural” ou “particularismo histórico”.

Porém, analisar o mundo contemporâneo dessa perspectiva resulta problemático, especialmente quando consideramos que a teoria cultural dos séculos XIX e XX tendia a enfatizar a ausência clara de diferenças culturais entre os povos, bem como sua vocação para a “integração”. Com o avanço da **globalização** a partir da Segunda Grande Guerra, associado às inovações tecnológicas, veio à tona uma realidade diversa daquela teoricamente propalada. Na realidade, o que se percebe atualmente é que buscar guarida na utopia de que as culturas são isoladas e dotadas de uma “lógica interna própria”, é moral e politicamente indefensável. Notamos essa dificuldade, por exemplo, no momento em que a população de um país, bombardeada diariamente por informações globais, critica determinada postura governamental ou decide uma eleição, porque, na verdade, o discurso político tende a ser, ele mesmo, globalizado.

Nas sociedades industrializadas – com destaque para os países da Europa ocidental –, atingidas por grandes fluxos migratórios e de refugiados, a situação que se vive é bastante problemática, uma vez que a polietnia que nelas se instala leva a uma cada vez mais crescente discriminação, o que tem servido, por um lado, para reavivar os nacionalismos esquecidos, e, por outro, para instigar o desenvolvimento, por parte dos “nativos”, de modelos práticos e ideológicos de coexistência na diversidade.

Diante dessa realidade, constatamos que nas duas últimas décadas, o que se tem procurado é criar ideologias e teorias que sejam suficientes para lidar com uma “sociedade multicultural”. Na seara do pensamento social e político, portanto, a “*diferença*” não é apenas politicamente legitimada, mas também frequentemente invocada para justificar direitos políticos específicos. Assim, poder-se-ia dizer que o pensamento multiculturalista seria pós-nacionalista, posto que reconhece a existência de diversas culturas convivendo dentro do mesmo sistema político. Paralelamente, o multiculturalismo pode facilmente conflitar com os valores *universais* consagrados no Estado liberal moderno, especialmente no que diz respeito aos direitos humanos e às garantias de participação igualitária nas instituições sociais.

Destarte, podemos afirmar que as sociedades poliétnicas vivem um dilema, qual seja: de um lado, todos os membros de uma democracia liberal têm direitos e oportunidades iguais; de outro, todos têm, também, o direito de

ser diferentes, podendo as minorias, inclusive, manter suas especificidades culturais e serem visíveis dentro da esfera pública, resguardados todos os seus direitos, como, por exemplo, o de ter currículos escolares adaptados à sua singularidade cultural e lingüística.

Firmar um compromisso que possa ser cumprido tanto pelos cidadãos quanto pelo Estado, no sentido de garantir que sejamos ao mesmo tempo iguais e diferentes é o desafio que se coloca para as sociedades multiétnicas.

2 DIREITOS HUMANOS, MULTICULTURALISMO E NACIONALISMO

Desponta, então, uma contradição entre o multiculturalismo e o nacionalismo, a qual, efetivamente, é tão antiga quanto a própria idéia de *nação*. O nacionalismo enquanto ideologia sustenta que os Estados podem ser culturalmente homogêneos. A origem desse conceito remonta ao romantismo germânico e ao iluminismo francês, que enfatizavam, respectivamente, a uniformidade cultural e a pertença a um território para se caracterizar a qualidade de cidadão. Seriam essas as bases para a integração nacional e para a legitimação da política. Para o Iluminismo clássico havia uma “civilização humana universal” que, em princípio, era acessível a todos os seres humanos. Todos os povos teriam direito à sua própria língua e cultura, estando garantida sua proteção. Tais princípios foram desenvolvidos primeiramente pelos românticos alemães e desembocaram no universalismo francês, que foi posteriormente identificado como uma forma de imperialismo cultural.

O filósofo Isaiah Berlin usava o termo “nacionalismo” para se referir a dois fenômenos distintos: o primeiro trata de imprimir a sensação de se pertencer a uma identidade coletiva; o segundo, se refere a este mesmo sentimento, mas como sendo a expressão de ressentimento, frustração e humilhação patológicos. Para Berlin a segunda manifestação é mais comum, e ele insistia que as lutas pela libertação nacional dos anos 1940, 1950 e 1960 não eram negativas ou positivas em si mesmas, mas a expressão pura e simples de uma identidade coletiva que buscava seu próprio estatuto, seu direito de viver entre membros de um mesmo grupo e de ser governado por iguais. Para ele essa busca é uma necessidade humana básica.

Estamos, portanto, diante da idéia de relacionar “nacionalismo” e “auto-determinação dos povos”, o que necessariamente nos leva à discussão acerca do conceito de *nação* ou de *identidade nacional*. Esta geralmente é definida em termos de origem étnica comum, ou ligação por laços culturais. Ser um membro individual na coletividade é geralmente visto como um ato involuntário. Entretanto, a idéia de auto-determinação deve ser entendida como o exercício pleno da autoridade estatal em assuntos domésticos e internacionais.

Cabe então distinguir “nação” de “estado”, sendo que a primeira consiste em comunidade étnica ou cultural; e o segundo é entidade política com elevado poder de soberania. Enquanto muitos estados são nações em algum sentido, há diversas nações que não são, por diversos motivos, estados soberanos. Assim poderíamos, por exemplo, qualificar a Grande Nação Ianomâmi no Brasil. Ela se constitui em nação, mas não em estado, desde que não possui o requisito da autoridade política sobre seus assuntos internos e externos. Se os membros da nação Ianomâmi decidissem formar um estado soberano a fim de preservar sua identidade como um povo, deveriam demonstrar um nacionalismo focalizado na questão estatal.

Por um longo período o nacionalismo foi ignorado como um tópico da filosofia política, tratado como uma excentricidade de tempos passados. Apenas mais recentemente ele se tornou o foco central de debates doutrinários, em parte devido ao ressurgimento espetacular de nacionalismos históricos em países como Rwanda, ex-Iugoslávia e as antigas repúblicas soviéticas. O ressurgimento dos nacionalismos apresenta habitualmente uma moralidade ambivalente e, por isso, pode muitas vezes parecer fascinante. O “despertar os nacionalismos” e as lutas por independência política são, frequentemente, ao mesmo tempo heróicas e desumanamente cruéis. A formação de um estado reconhecido como nacional sempre corresponde a um sentimento popular profundo que pode, muitas vezes, resultar em ondas incontroláveis de “limpeza étnica” dos não nacionais e todo tipo de assassinato em massa. O debate acerca do nacionalismo reflete uma profunda tensão moral entre solidariedade para com grupos nacionais oprimidos de um lado e, de outro, repulsa diante de crimes perpetrados em nome desse mesmo nacionalismo.

Na maioria das vezes a questão do nacionalismo aponta para um âmbito maior de problemas, relacionados com o tratamento das etnias e diferenças culturais dentro de uma política democrática. O que se deve questionar é se esses problemas são debatidos entre aqueles que mais pressionam a teoria política contemporânea.

Nos últimos anos o centro da polêmica acerca do nacionalismo girou em torno de assuntos como a justiça internacional, provavelmente em resposta às mudanças no cenário mundial, que transformaram alguns países em verdadeiros palcos de sangue; ou aos atos terroristas de grande repercussão mundial, imputados ao assim denominado “choque das civilizações”; e, ainda, em consequência da hegemonia observada na ordem internacional, que vem ocupando cada vez mais a atenção pública.

Por todo o exposto, a contradição entre a demanda por direitos iguais e pelo direito a ser diferente é acentuada, nos estados contemporâneos, por duas tendências principais. Primeiro, ficou claro no discurso público que dificilmente um grupo étnico tem direito ao seu território por si mesmo. Não fora assim, seria desnecessário discutirmos em termos jurídicos um estatuto acerca da auto-determinação dos povos. Os estados são, via de regra, poliétnicos, e qualquer ideologia que assevere que apenas o “mesmo tipo de pessoa” pode viver em dado território é potencialmente perigosa. Segundo, o atual processo de globalização rompe com as barreiras culturais homogêneas e únicas. A “hibridização” cultural, a migração e o incremento das comunicações transnacionais são importantes fatores a serem considerados.

Qualquer reação a esse processo pode ser considerada como enfática de uma indesejável unicidade cultural. Nesse sentido, a homogeneização cultural e a fragmentação étnica caminham *pari passu*, são consequência uma da outra e se alimentam reciprocamente, numa dinâmica simbiótica.

Ou seja: as sociedades são “multiculturais”, ou pelo menos podem sê-lo. Por outro lado, devemos perguntar se “políticas multiculturais” devem ser **universalistas** em sua essência. A questão é se a cultura consiste ou não em uma base legítima para demandas políticas, e se as peculiaridades culturais das minorias e maiorias nas sociedades modernas só podem ser defendidas na medida em que não interferem com os direitos humanos individuais. Definitivamente, as sociedades contemporâneas são multiculturais, posto que contêm diversos grupos étnicos, diferentes grupos de cidadãos que possuem distintos valores e diversos pontos de vista acerca do mundo. O “multiculturalismo”, termo que descreve doutrinas que argüem a relevância e equivalência de heranças culturais, bem como a descentralização essencial do poder, pode, na prática, ser tanto a forma mascarada de um pensamento individualista hegemônico acerca da personalidade e dos direitos individuais, quanto pode promover um regresso ao niilismo, ao *apartheid*, e reforçar a atribuição de identidades culturais. A primeira alternativa

tem muitas vantagens no que diz respeito aos direitos humanos, como veremos ao longo dessa exposição.

Por sua vez, a palavra “cultura” é uma das mais complexas de nosso idioma. Derivada do latim *colere*, que indicava o cultivo da soja, atualmente, tem diversos significados. Seu sentido mais comum é aquele que a identifica com um modo de viver corriqueiro de determinado grupo e que o distingue de outras comunidades. Essa definição, aparentemente comum, não sobrevive a um exame mais acurado, já que todos os grupos existentes no mundo têm efetivamente formas diferentes de vê-lo: os pobres vivem diferente dos ricos; os homens pensam diferente das mulheres; os intelectuais raciocinam diferente dos iletrados; e assim por diante, sem que entre esses grupos possa ser definida uma fronteira cultural clara. Se estendermos esse raciocínio aos Estados, podemos traçar paralelos culturais interessantes entre distintos países, como os latino-americanos ou os escandinavos, que dividem idiomas, costumes e peculiaridades que mais os aproximam que afastam. Enfim, a cultura não é um objeto que possa ser singularizado, definido isoladamente; ela é mais propriamente um acontecimento, uma construção diuturna, tecida dentro de um processo social em permanente mudança.

Portanto, ainda que alguns autores insistam em usar o termo “cultura” num sentido singular, sua conceituação é extremamente difícil, muito mais complicada que sua definição oriunda do Romantismo, segundo o qual cultura seria o que os seres humanos têm em comum, o que nos distingue dos animais em geral e de outras espécies em particular. Mais recentemente, *cultura* e *identidade cultural* tornaram-se importantes ferramentas para se conquistar legitimidade política e influência em diversas sociedades, seja a brasileira ou a dinamarquesa. Elas são usadas por líderes políticos de maiorias hegemônicas, da mesma forma que por lideranças de pequenas minorias. Assim, povos indígenas de todo o mundo demandam seus direitos territoriais aos estados em que vivem, alegando sua singularidade cultural e seu modo de vida peculiar; as lideranças dos imigrantes em países europeus freqüentemente se apresentam como representantes de um enclave cultural, requerendo o reconhecimento de seus direitos lingüísticos e religiosos. Da mesma maneira, e pelos mesmos motivos, as elites hegemônicas de diversos países se referem à sua “cultura nacional” para justificar conflitos e opressão de etnias minoritárias em seus territórios. Os conflitos culturais, na verdade, servem a diferentes usos políticos.

Um exemplo marcante desse problema foi o que se verificou na guerra da Iugoslávia. Ali, sérvios, croatas e bósnios muçulmanos são culturalmente

muito parecidos mas, paradoxalmente, justificam seu ódio mútuo com base em uma profunda “diferença cultural”. Essa é uma importante característica dos conflitos entre diferentes etnias que são culturalmente próximas: assumem com frequência um caráter antagônico. Isso ocorre, em parte, porque esses grupos disputam as mesmas fontes de recurso, o que se agrava quando essas fontes são escassas; e em parte, porque os membros de ambos os grupos sentem suas fronteiras culturais ameaçadas por tendências à miscigenação, o que pode levá-los a uma acentuada necessidade de divulgar suas supostas diferenças culturais.

Temos, portanto, que esses grupos se tornam, *ao mesmo tempo*, mais parecidos e mais diferentes. Esse paradoxo é uma característica do processo de globalização, em que as diferenças entre os povos podem ser facilmente comparadas e assimiladas, ao passo em que as “pequenas” disparidades se tornam enormes abismos. Podemos dizer então que o discurso do multiculturalismo está fixado numa estrutura cultural compartilhada, na qual se destaca a contradição entre a noção romântica de cultura e a noção iluminista de direitos individuais. Em outras palavras: para demandar uma cultura própria, fruto de um processo social específico, é necessário estar inserido num contexto compartilhado de cultura política global. A lógica do multiculturalismo e a etnopolítica dividem suas origens dúbias com a lógica do nacionalismo, bebendo na fonte do Iluminismo e do Romantismo que trouxeram à luz a Europa moderna.

O chamado “novo constitucionalismo” surgido na segunda metade do século XX produziu novas constituições nacionais destinadas a lidar com tensões entre interesses nacionais, etnia, religião, direitos de grupos culturais minoritários e proteção constitucional de direitos humanos básicos para todos.

Ademais, o novo constitucionalismo foi também implantado num nível supranacional, o que serve para intensificar ainda mais as tensões supracitadas. Esse desenvolvimento não apenas aumenta o conflito entre universalismo e relativismo, como incrementa enormemente as áreas de atrito. Declarações de direitos como a francesa ou a norte-americana do século XVIII trazem em seu bojo uma concepção universalista, na medida em que pretendem estabelecer direitos justificáveis universalmente, muito embora ambas só fossem aplicáveis no território dos estados nacionais que as conceberam. Já a Declaração Universal da ONU, de 1948, nasce com a pretensão de ser **concebida e aplicada** no âmbito planetário. Seu surgimento afeta as constituições do pós-guerra, que trouxeram a possibilidade de se criar um suporte legal comum de proteção aos direitos universalmente reconhecidos.

Esse novo constitucionalismo, entretanto, na medida em que o processo de globalização foi se incrementando, teve também que acomodar a nova ordem internacional, tarefa para a qual se mostrou a cada dia menos apto, haja vista a proliferação de problemas envolvendo os afetados por esse fenômeno e a cada vez maior visibilidade das diferenças entre aqueles diretamente atingidos por ele.

A consequência dessa situação, na prática, é que sempre que uma pessoa se sente excluída do gozo de direitos constitucionalmente declarados, inclina-se a pensar que os mesmos não são universais, mas relativos aos interesses e valores dos proponentes do texto constitucional. Estabelece-se assim uma relação dialética e complexa entre universalismo e relativismo ou, melhor dizendo, entre universalismo e *particularismos*.

Temos, portanto, que, muito embora a luta pelos direitos humanos iniciada depois da Segunda Grande Guerra pareça, efetivamente, uma questão universal, tanto quanto ao âmbito de aplicação quanto ao conteúdo, ela não demonstra ser convincente se exposta ao desafio das circunstâncias criadas nas últimas duas décadas. Porém, estaríamos diante de uma cilada se nos dispuséssemos a contestar os fundamentos éticos e políticos do universalismo dos direitos humanos. E aqui notamos uma contradição tremenda: ao mesmo tempo em que todos se unem para condenar o genocídio e o Holocausto, parece que os mesmos argumentos éticos e políticos não são válidos para preservar os países pobres do avanço do mercado aberto sobre seus valores culturais e suas tradições particulares.

Temos, pois, que a ética, a política e a retórica universal dos direitos humanos servem para suportar normativa e ideologicamente a organização econômica, social e política do mundo globalizado. Na verdade, a globalização e a “balcanização” são duas faces de uma mesma moeda, que traz de um lado as relações econômicas e políticas numa escala global; e de outro exhibe os conflitos locais de identidade étnica, cultural e religiosa, numa luta constante pela própria sobrevivência.

3 UNIVERSALISMO x PARTICULARISMOS: ALGUMAS TEORIAS PARA A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como, portanto, garantir e implementar direitos humanos que sejam genuinamente universais num mundo ao mesmo tempo globalizado e multicultural?

Do ponto de vista da teoria constitucional contemporânea, encontraremos autores que se inclinam a dar uma resposta baseada na matriz liberal. Estes, ao confrontarem o liberalismo ocidental com os valores das minorias culturais, entendem que o universalismo não é em si problemático; ao passo que os adeptos do pensamento não-liberal, como os marxistas, tendem a aderir a um relativismo extremo. Em nenhum dos casos podemos encontrar uma resposta razoável para nossa pergunta. Isto porque os primeiros mantêm a posição segundo a qual não há lugar no liberalismo para grupos isolados de direitos e, em consequência, as minorias culturais estariam condenadas a perseguir seus interesses coletivos apenas enquanto esses repousem sobre a base dos direitos individuais, aí incluído o direito de se associarem para alcançar objetivos comuns.

Por sua parte, os extremamente relativistas, convencidos de que todas as normas somente podem ser legitimadas conforme concepções particulares do que seja o bem, argüiriam que todas as ideologias são equivalentes e, portanto, que o liberalismo não pode servir de justificativa para as ideologias não-liberais. Conseqüentemente, rejeitam a possibilidade de qualquer validação compartilhada de normas.

Há ainda aqueles que se colocam entre as duas posições. Não lhes parece simples definir soluções para o conflito entre a ética do universalismo dos direitos humanos e aquela emanada dos grupos de direitos num mundo multicultural. Autores como Yash Ghai, Kenneth Karst, Upendra Baxi e Suzanne Stone entendem que esse conflito deve ser administrado através da acomodação de diferentes pontos de vista, por meio da adoção de um viável *modus vivendi* entre universalistas e particularistas; minorias e maiorias, conceitos liberais e não-liberais do bem. Ou seja, alertam para os perigos que podem ser trazidos por qualquer tipo de reducionismo.

O constitucionalista norte-americano Michael Rosenfeld, ao analisar a tensão entre o universalismo e o multiculturalismo, propõe uma alternativa: o **pluralismo como ponte entre os interesses em conflito**, tanto no âmbito interno como externo. Ele entende que é possível promover essa aproximação, de forma sistemática, e ainda adquirir uma compreensão crítica dos temas envolvidos, mesmo que não se possa encontrar uma solução definitiva para cada problema particular. Para ele, a questão reside em se valer do pluralismo como critério para a normatização, ou, mais precisamente, defende uma versão particular do pluralismo, que intitula “*pluralismo inclusivo*”.

Tal modalidade se constituiria de uma concepção de bem mas, diferente de outras concepções, seria pautada pela tolerância para com outros conceitos que

fossem dela diferentes. Exemplifica com a questão religiosa, postulando que a tolerância do pluralismo inclusivo deveria se estender até mesmo às religiões intolerantes, mas apenas no sentido de que uma opção religiosa não deveria interferir com outras diversas dela, ou outras concepções não religiosas do bem.

Dessa forma, para Rosenfeld, o pluralismo inclusivo requer respeito para com outras concepções de justiça e não é redutível a mero relativismo. Em consonância com essa linha de pensamento, o conflito entre direitos universais e diversidade cultural não poderia ser minimizado a uma luta sem esperança, perpetrada dentro dos confins relativistas. Ao contrário, o conflito seria visto como algo entre o universalismo e o particularismo, sendo o primeiro entendido como uma concepção do bem, ou a derivação de uma concepção do bem distinta de um conceito universalmente imposto. A grande tarefa seria acomodar o maior número possível de concepções, a fim de integrá-las sem que uma ameace a outra.

A idéia do pluralismo inclusivo abrange tanto a coerção externa a um grupo cultural quanto as restrições internas impostas por alguns membros dessa mesma comunidade, posto que todos são chamados a avaliar criticamente o conflito de comunicação entre o grupo e a sociedade. Dessa forma o pluralismo inclusivo não privilegia direitos individuais ou grupos de direitos. Em conseqüência, o universalismo não prevalece sobre o multiculturalismo, e as tradições culturais de determinados grupos não são avaliadas como menos ou mais importantes que as dos outros setores da sociedade.

A chave da teoria de Rosenfeld é a crítica sistemática usada como ferramenta de análise e como ajuda na solução de conflitos entre universalismo e os vários tipos de particularismos. Seu êxito depende da natureza das concepções de bem pertencentes aos grupos culturais, posto que elas devem competir nos âmbitos legal, ético e político com outros conceitos diferentes. Ou seja, necessário, e fundamental, o **diálogo**, para se encontrar uma solução aceitável para todas as partes envolvidas. A solução a ser encontrada não deve ser, portanto, tachada nem de particular nem de universal.

4 BOAVENTURA SANTOS E A CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DE DIREITOS HUMANOS

Outras soluções são apontadas para se resolver a tensão entre o universalismo e o multiculturalismo no que concerne aos direitos humanos.

Boaventura Santos observa, com certa perplexidade, que os direitos humanos se transformaram na linguagem da política progressista nos últimos tempos, tratando-os como se pudessem preencher o vazio deixado pelo socialismo após a queda do Muro de Berlim. Ao se perguntar sobre o efetivo papel desempenhado por esses direitos, o autor português se dedica a identificar em que condições os direitos humanos podem ser colocados a serviço de uma política emancipatória e verdadeiramente progressista. Para ele, no momento atual, a política dos direitos humanos é essencial para compreender a crise em que vivemos.

Nesse sentido, ele identifica três tensões dialéticas: 1) a existente entre a regulação social e a emancipação social (crise do Estado regulador x crise do socialismo transformador), que são simultâneas e se alimentam uma da outra, prendendo a política de direitos humanos numa armadilha; 2) tensão entre o Estado e a sociedade civil, tendo em vista que a primeira geração de direitos humanos surge da luta entre ambos, ao passo que a segunda e terceira gerações pressupõem o Estado como seu garantidor; e 3) tensão entre Estado-nação e globalização, que pressupõe a coexistência de um modelo de Estado nacional soberano num sistema internacional de Estados igualmente soberanos: se aceitamos que a regulação social deve ser deslocada para um nível global, temos como resultado o reconhecimento mundial da política de direitos humanos; por outro lado, não podemos ignorar que tanto as violações de direitos quanto a luta em sua defesa têm uma considerável dimensão nacional, assentada sobre pressupostos culturais específicos. E falar de cultura e religião é realçar fronteiras e particularismos.

Como, então, podem os direitos humanos ser uma política ao mesmo tempo cultural e global?

Para Boaventura Santos o que se deve buscar é uma política progressista de direitos humanos com âmbito global e legitimidade global. Para tanto, propugna por uma definição de **globalização** diversa daquela econômica, centrada na transnacionalização de bens e serviços. Ele trabalha com um conceito mais próximo das dimensões sociais, políticas e culturais, definindo “globalização como um processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”.

Com isto elimina o conceito de globalização genuína, por não haver condição global para a qual não consigamos encontrar uma raiz local, um viés cultural específico; ademais, a partir daquele conceito, a globalização pressupõe uma localização.

As conseqüências dessa mudança conceitual são significativas. Em primeiro lugar, afasta-se do discurso científico hegemônico, que tende a privilegiar a história do mundo na versão dos vencedores. Um bom exemplo é a questão da língua: a língua inglesa, propagada como idioma global, implica a localização de outras línguas com a mesma vocação, como o francês. No caso do cinema, a globalização promovida por Hollywood potencializa o processo de etnização da cinegrafia em outros países, como o Brasil, que despontou na última década com produções voltadas para suas peculiaridades culturais e regionais, a exemplo da safra de filmes centrados no Nordeste brasileiro ou embalados por temas urbanos típicos de nosso país. Ou seja, se Hollywood é globalizado na forma de representar e interpretar, o cinema brasileiro é cada vez mais particularista.

Percebemos, na verdade essa resistência cultural à globalização em todas as esferas da vida. A percepção de tempo-espço ocorre de forma diversa conforme a classe localizada a que se pertença. Desse modo, um executivo de uma multinacional, um turista estrangeiro e um imigrante ou refugiado econômico vêem de maneira distinta a movimentação nas fronteiras internacionais, o processo de mobilidade pelo globo.

Ademais, pertencer a uma classe não significa partilhar do ritmo global de acontecimentos. Ao contrário, pode implicar sua exclusão. O membro de uma comunidade carioca, que participa do Carnaval do Rio de Janeiro ativamente, exporta uma cultura musical globalizada, embora permaneça atado à marginalidade de sua própria vida urbana.

Há, pois, ao lado do “*localismo globalizado*”, aquele imposto pela dominação dos países centrais, o “*globalismo localizado*”, consistente no impacto de imperativos transnacionais nas condições locais, com resultados perniciosos para a economia, meio ambiente e cultura dos países periféricos.

Diante dessa complexidade, defende Boaventura Santos que os direitos humanos devem ser concebidos como “cosmopolitismo” ou “globalização contra-hegemônica”. Para ele, enquanto sejam concebidos como direitos humanos universais, tenderão a operar como localismo globalizado, num movimento globalizante de cima para baixo. Serão instrumento do “choque das civilizações”, a arma ocidental contra o resto do mundo, cuja abrangência global sobrepujará a legitimidade local. Para operar de forma cosmopolita, ou seja, de baixo para cima, de forma contra-hegemônica, o conceito de direitos humanos deve ser modificado para **multicultural**: deve-se partir de uma relação equilibrada entre a competência global e a legitimidade local.

Há muito a aplicação dos direitos humanos não é universal. Identificam-se quatro regimes de aplicação dos mesmos – o sistema europeu, o interamericano, o africano e o asiático. E o que se nota é que apenas a cultura ocidental tende a formular seus valores como universais. Melhor dizendo, a questão da universalidade dos direitos humanos é, na prática, por motivos filosóficos, políticos e sociológicos, uma questão particular, específica da cultura ocidental!

As políticas de direitos humanos do pós-guerra sempre estiveram a serviço de interesses econômicos e geo-políticos de países hegemônicos. Para verificarmos a veracidade dessa afirmativa basta tentarmos decifrar a aparente contradição entre o discurso emancipatório dos Estados Unidos da América no que diz respeito às liberdades civis e sua postura em relação aos presos da Guerra do Iraque em Guantánamo. O discurso ocidental dos direitos humanos é propositadamente liberal e centrado nos direitos individuais.

As propostas contra-hegemônicas de direitos humanos foram se organizando por meio do diálogo intercultural. Sua única saída é transformar o localismo globalizado num projeto cosmopolita, que deve compreender cinco etapas:

1. a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural, com a proposição de diálogos interculturais, capazes de evoluir para um diálogo competitivo entre culturas diferentes acerca de princípios de dignidade humana;
2. a identificação de preocupações comuns entre as diferentes culturas acerca da concepção de dignidade humana;
3. a compreensão de que não há uma cultura que seja completa ou sem problemas, a fim de aumentar a consciência de que incompletude cultural é uma das tarefas fundamentais para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos;
4. a definição de qual concepção e prática de direitos humanos (liberal – pressupostos cívicos e políticos, ou marxista – pressupostos econômicos e sociais, por exemplo) propõem um círculo de reciprocidade mais amplo no que concerne ao conceito de dignidade humana; e
5. a determinação de qual princípio de pertença hierárquica é o mais adequado: se o da igualdade ou o da diferença.

A partir daí, entende Boaventura Santos que pode ser construído o diálogo intercultural sobre a dignidade humana, capaz de levar a uma concepção de direitos humanos que não recorra a universalismos, mas sim se organiza dentro

de parâmetros locais, inteligíveis mutuamente, formando redes de referências normativas capacitantes. É o que ele denomina *hermenêutica diatópica*.

5 CONCLUSÃO

Concluindo esta exposição, que já se alonga demasiado, cumpre-nos ressaltar o tom unísono dos autores ao tratar da relação entre o multiculturalismo e os direitos humanos. A palavra-chave para se resolver os problemas detectados na atualidade é o **diálogo** entre as culturas. Desenvolver políticas públicas que tenham como referência a inclusão das diferenças é o único meio eficaz para promover a legitimação normativa necessária para a convivência pacífica nacional e interestatal.

REFERÊNCIAS

BAXI, Upendra. Constitutionalism as a site of state formative practices. **Cardozo L. Rev.**, v. 21, p. 1183, 2000.

ERIKSEN, Thomas Hylland. **Human rights, culture and context in Richard Wilson**. London: Pluto, 1997.

GHAI, Yash. Universalism and relativism: human rights as a framework for negotiating interethnic claims. **Cardozo L. Rev.**, v. 21, p. 1095, 2000.

KARST, Kenneth L. The bonds of american nationhood. **Cardozo L. Rev.**, v. 21, p. 1141, 2000.

ROSENFELD, Michel. Comment: human rights, nationalism, and multiculturalism in rhetoric, ethics and politics: a pluralist critique. **Cardozo Law Review: human rights and multiculturalism**. v. 21, p. 1225, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: ENCICLOPÉDIA digital direitos humanos II.

STANFORD Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/nationalism>>.

STONE, Suzanne Last. Cultural pluralism, nationalism, and universal rights. **Cardozo L. Rev.**, v. 21, p. 1183, 2000.

HORÁRIO ESPECIAL DE SERVIDOR ESTUDANTE: REFLEXÕES SOBRE SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Cláudia Maria da Costa Gonçalves*

Resumo: Analisa-se o horário especial de trabalho do servidor público estudante. Discutem-se seus fundamentos constitucionais. Comentam-se as determinações da Lei Federal 8.112/90 sobre a matéria.

Palavras-chave: Horário Especial de Trabalho do Servidor Público Estudante. Direitos Fundamentais. Interesse Público.

1 INTRODUÇÃO

Ao se pensar em horário especial de estudante, previsto, *v.g.*, no interior do artigo 98, da Lei 8.112/90, ressalta-se que a citada matéria, antes de se constituir em um dos direitos dos servidores públicos, suscita questões concernentes aos direitos fundamentais. Assim, indaga-se: o horário especial concedido ao servidor estudante é um direito social ou envolve, ainda, mediações próprias das liberdades individuais? Mais especificamente: confirmando-se a última hipótese, de qual liberdade estar-se-ia falando? O horário especial de estudante, percebido sob a ótica dos direitos fundamentais, pode concretamente estar em *rota de colisão* com o interesse público? Em caso afirmativo, como e a quem cabe resolver o conflito?

* Professora da Universidade Federal do Maranhão (Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (Mestrado e Doutorado). Procuradora do Estado do Maranhão. Mestre e Doutora em Políticas Públicas. Em seus estudos de doutorado, participou de intercâmbio com a Faculdade de Direito de Lisboa e com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Autora dos livros: *Assistência jurídica pública, direitos humanos e políticas sociais* (2002). *Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma Constituição dirigente* (2006). Ex-Advogada da União e ex-Procuradora Federal.

Com efeito, visando discutir as questões preliminarmente propostas, pondera-se que os direitos fundamentais, em sua mediação individual, sistematizaram-se juridicamente no final do século XVIII, quando os pilares do Liberalismo alcançaram *status* constitucional – liberdade, igualdade formal e propriedade privada, regidas pelo paradigma da autonomia das vontades. Por conseguinte, o Estado Liberal redefiniu constitucionalmente a posição do indivíduo frente ao Poder Público.

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos [...] (BOBBIO, 1992, p. 4).

Bem por isso, não obstante a insuficiência dos direitos individuais frente às condições concretas de pobreza e exclusão social¹, há muito o que comemorar com a conquista desses direitos, sobretudo no que tange às liberdades individuais e à contenção dos Poderes Públicos aos limites dos Estados Democráticos de Direito².

Para os militantes que o percorrem - freqüentemente designados e às vezes mesmo auto-designados como Nova Esquerda - o socialismo (...) já não poderia ser construído com o sacrifício da democracia; a preocupação

¹ “As transformações ocorridas no fim do século XVIII liberaram o acesso ao trabalho, mas não fizeram nada, ou muito pouco, pela promoção da condição salarial. O operário deverá doravante, segundo a forte expressão de Turgot, “vender a outros sua pena”, muito ao acaso da sorte. A contratualização da relação de trabalho não é capaz de remediar a indignidade da condição de assalariado que continua sendo, se não a pior, pelo menos uma das piores condições [...] A questão social é reformulada a partir de novos núcleos de instabilidade que são como a sombra do desenvolvimento econômico. Entregue a si mesmo, o processo de industrialização engendra um monstro – o pauperismo”. (CASTEL, 1998, p. 277).

² Canotilho (1999, p.43) “[...] parece indiscutível que um Estado de justiça tem que encarar a exclusão social como um *déficit* humano que corrói o próprio Estado de justiça. A marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito [...]”.

com o coletivo já não se confunde com o ‘coletivismo’ stalinista, maoísta ou mesmo guevarista, e o seu compromisso com os chamados direitos sócio-econômicos ocorre junto com um não menos sincero compromisso com as chamadas liberdades individuais - aquilo que a antiga cultura revolucionária dos anos 60 chamava de ‘liberdades burguesas’. (OLIVEIRA, 1992, p. 2-3).

Contudo, se de um lado, os direitos individuais são, ainda e principalmente hoje, conquistas que devem ser cotidianamente reivindicadas e aprimoradas, por outro, as questões sociais (v.g., trabalho, previdência, assistência social, saúde, educação fundamental, moradia) ganham também espaço constitucional e, mais que isso: integram, não obstante certa discussão teórica³ o rol dos Direitos Fundamentais, redefinindo os tradicionais papéis do Estado e suscitando, por via reflexa, novas demandas aos Poderes Públicos. “Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”. (KRELL, 2002, p. 19, grifo do autor).

De toda sorte, a doutrina e a jurisprudência, via de regra, limitam a extensão dos direitos sociais ao que se convencionou chamar *reserva do possível*, ou seja: “[...] *en el sentido de aquello que el individuo puede esperar razonablemente de la sociedad*”⁴.

Nessa trilha, p. ex., o direito social à educação não garante para todos direito subjetivo ao ensino universitário gratuito⁵. Agregue-se, por oportuna, a precisa lição de Miranda (2000, p. 448, 449):

³ John Rawls, na obra *A theory of justice* (1971), remete à lei infraconstitucional a disciplina dos mínimos sociais. Contudo, na obra *Liberalismo político* (2000, p. 213), confere aos *mínimos sociais* caráter constitucional. Alexy (1997, p. 482, 486) destaca os *mínimos existenciais* enquanto direitos fundamentais. Torres (2000, p. 170, 189) refere-se aos mínimos sociais enquanto mediações dos direitos fundamentais que não devem, contudo, ser confundidos com os demais direitos sociais. Já Pereira (2000, p. 25, 100), com fundamento na análise de Doyal e Gough, defende o paradigma das *necessidades humanas básicas* que ultrapassam os contornos dos mínimos sociais.

⁴ BVerfGE 43.291 (313s.); BVerfGE 33.303 (333) apud ALEXY (1997, p. 425).

⁵ Cf. artigo 208 da Constituição Federal de 1988.

O contraste entre o ensino básico e os diversos graus de ensino entremostra-se não menos flagrante. Aquele é tomado universal e obrigatório e, por isso, pode e deve ser gratuito, pelo menos nas escolas públicas; porque beneficia toda a comunidade, esta deve suportar integralmente seu custo. De diverso modo, o ensino superior, visto que não é universal, tem uma gratuidade a ser conseguida progressivamente [...]

De outro lado, a política de geração de emprego e renda, que, por certo, consubstancia o direito fundamental ao trabalho, em igual medida, não pode ser considerada direito originário à prestação⁶. Nessa perspectiva, transita o pensamento de Branco (2000, p.147): “Compreende-se, assim, que, por exemplo, do direito ao trabalho (art. 6 da Constituição) não se deduza um direito subjetivo do desempregado, exigível em juízo, a que o Estado lhe proporcione uma posição no mercado de trabalho”.

Contudo, mesmo reconhecendo-se as grandes dificuldades jurídicas que os direitos sociais, inclusive os fundamentais, suscitam no que concerne a sua dimensão subjetiva⁷, não se pode olvidar que tais direitos, frutos de inúmeras lutas sociais, visem⁸ à “intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça” (MIRANDA, 2000, p. 238). Desse modo, os desafios que, jurídica e politicamente representam, não lhes podem descredenciar no interior dos textos constitucionais.

⁶ “Com base na indiscutível dimensão subjectiva dos direitos sociais afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”(CANOTILHO, 1998, p. 435).

⁷ Alexy, *v.g.*, ressalta o direito subjetivo referente ao mínimo existencial que pode, portanto, ser sindicado (ALEXY, 1997, p. 482, 486).

⁸ Por mais distante e utópica que pareça a globalização da igualdade social, deve-se ponderar: O desaparecimento da utopia acarreta uma situação estática na qual o próprio homem passa a ser nada mais do que uma coisa. Iríamos então nos defrontar com o maior dos paradoxos inimagináveis. Depois de um longo, tortuoso mas heróico percurso, precisamente no mais elevado grau de consciência, quando a história deixa de ser destino cego, tornando-se cada vez mais uma criação do próprio homem, com o abandono da utopia, o homem perderia sua vontade de moldar a história e, portanto, sua capacidade de compreendê-la”. (MANNHEIM, 1976, p. 285).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRÍNCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Expostas tais considerações, ressalta-se, ainda, que, nada obstante o imenso destaque dado aos direitos fundamentais pela Carta Política de 1988, inclusive e principalmente pelas lutas sociais que antecederam e perpassaram pelo seu processo constituinte⁹, poderão efetivamente ocorrer casos em que tais direitos (ou em sua dimensão individual ou social) estejam em colisão com outros bens protegidos constitucionalmente, a exemplo do interesse público. Na hipótese suscitada, resolver-se-ia o conflito pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público?

A questão proposta traz à tona a seguinte colocação de Bonavides (2000, p. 534):

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas - a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição - a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis.

Por conseguinte, da concepção de *Estado Democrático de Direito* fixada pela Constituição *cidadã* de 1988 (relembrando as palavras do Deputado Ulysses Guimarães), vislumbra-se que o interesse público não é um bem cuja supremacia possa ser fixada aprioristicamente sobre o conjunto dos direitos fundamentais. Se assim o fosse, de Estado Democrático de Direito não se trataria.

⁹ O processo de coleta de assinaturas para as Emendas Populares apresentadas à Constituinte demonstrou a crescente revitalização da sociedade civil, não obstante as imensas dificuldades algumas vezes enfrentadas: “[...] freiras caminharam dias a cavalo levando os abaixo-assinados a comunidades mais isoladas, no Amapá, agentes pastorais da CPT atravessaram igarapés; sem falar nas populações ribeirinhas que, no meio da mata, sem carimbo, lançaram mão do açá para tingir os polegares na impressão digital. (...) Segundo as coordenadoras da secretaria da Comissão de Sistematização, as folhas dos abaixo-assinados tinham marcas de suor, ou seja, do esforço da participação.” (MICHILES, 1989, p. 105).

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular. (ÁVILA, 1999, p. 127).

E dizer-se: a colisão entre direitos fundamentais ou direitos protegidos constitucionalmente e interesse público deve ser resolvida com substrato no princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso e, não, pela prevalência *a priori* e definitiva do interesse público sobre o conjunto dos direitos fundamentais.

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones, bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente (ALEXY, 1997, p. 92).

3 HORÁRIO ESPECIAL DE SERVIDOR ESTUDANTE: DIMENSÕES DE LEI 8.112/91

Desse modo, ultrapassadas as questões preliminarmente feitas, que, agora, poderão dar suporte teórico ao estudo específico do tema aqui proposto, retoma-se a seguinte indagação: o direito a horário especial para o servidor estudante encontra seu arrimo nos direitos sociais à educação e ao trabalho? Sim, responde-se afirmativamente à questão, haja vista que os comandos normativos expressos no artigo 98 da Lei 8.112/90, que concedem

horário especial de estudante, dão concretude aos citados direitos sociais – educação e trabalho. E mais: nas hipóteses em comento, não se trata do Estado prestar serviços de educação ou fomentar políticas de emprego e renda, mas do direito que o servidor tem de se manter no desempenho de suas atividades funcionais, sem prejudicar sua formação discente. Noutros termos: a hipótese em tela não fica condicionada à *reserva do possível* e, igualmente, não consubstancia *princípio impositivo* já¹⁰ que o Estado, *in casu*, não será o formulador e/ou executor de políticas de educação e trabalho perante o servidor público que poderá inclusive ser estudante de um estabelecimento privado de ensino. Sim, porque é preciso levar-se em conta que, nem sempre, os direitos ficam a exigir prestações positivas do Estado, pois no que concerne ao horário especial para servidor estudante, os direitos sociais que lhe fundamentam não suscitam a materialização de políticas de educação e trabalho. Exigem, sim, que o Poder Público não crie embaraços desproporcionais ou excessivos para a sua fruição.

Porém, importa reconhecer, ainda, que o horário especial de estudante é também instrumento indispensável para o efetivo exercício de uma das liberdades individuais mais caras a homens e mulheres, ou seja: a liberdade de escolha profissional, contemplada no interior do artigo 5, XIII, da Constituição Federal de 1988. Em suma: o horário especial de estudante materializa não apenas direitos sociais (educação e trabalho), mas ratifica e concretiza também a liberdade de escolha profissional.

Firmadas essas colocações, acresça-se, contudo, que não se defende, aqui, a existência de direitos ou mesmo *de direitos fundamentais* absolutos, haja vista que, em se tratando do horário especial do servidor estudante, há que se ponderar também a necessária presteza e eficiência do serviço público, que certamente necessita de que o servidor cumpra integralmente a jornada de trabalho a que está legalmente sujeito. Ademais, nessa trilha, no que concerne ao legislador, a Constituição Federal deferiu-lhe competência para estabelecer certos limites – no dizer de Alexy (1997, p. 282, 286) *restrições indiretamente constitucionais* – à liberdade de exercício profissional, isto porque o Texto Maior (artigo 5º, XIII) fixa: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. (BRASIL, 2002, p. 6, grifo nosso).

¹⁰ Sobre princípios constitucionais impositivos, cf. Canotilho (1998, p. 1040).

Tem-se, aí, *norma de eficácia contida*¹¹ através da qual o constituinte permitiu que o Legislativo, sem excessos¹², estabeleça as qualificações necessárias ao exercício profissional. Considere-se, contudo, que a questão que se discute neste artigo é de outra ordem, pois, aqui, não se analisam requisitos para o exercício de cargo, mas, sim, a possibilidade do já ocupante de cargo público escolher uma determinada profissão e, através da educação formal, poder exercê-la futuramente, sem que, contudo, reste prejudicado o interesse público. Está-se, por conseguinte, diante de um problema que requer do legislador o exercício do *princípio da proporcionalidade*¹³. Ademais, resta configurada, em tese, a colisão entre direitos fundamentais (liberdade de escolha profissional, direito à educação formal¹⁴, direito ao trabalho¹⁵) e a preservação da eficiência dos serviços públicos que, por certo, requer também o cumprimento integral da jornada de trabalho pelo servidor público. Por conseguinte, abstratamente, a solução do possível conflito suscita a oportuna lição de Gavara de Cara¹⁶ (1994, p. 147): “La validez de las leys se medirá en función de los derechos fundamentales y no los derechos fundamentales en función de las leyes”.

Esteve bem, portanto, o legislador, infraconstitucional (Lei Federal 8.112/90), ao estabelecer no *caput* do artigo 98 e em seu parágrafo primeiro, o seguinte:

¹¹ “As normas constitucionais de eficácia contida também receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesse de que cogitam. Mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) não destinados a desenvolver sua aplicabilidade, mas, ao contrário, permitindo limitações à sua eficácia e aplicabilidade. Situam-se especialmente entre os elementos limitativos da Constituição”. (SILVA, 1998, p. 262).

¹² “A vinculação do legislador aos direitos fundamentais significa, também, que, mesmo quando a Constituição entrega ao legislador a tarefa de restringir certos direitos (por exemplo, o de livre exercício de profissão) o legislador haverá de respeitar o núcleo essencial do direito, não estando legitimado a criar condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte”. (BRANCO, 2000, p. 127).

¹³ “Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la maxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la maxima de la proporcionalidad, y esta implica aquélla”. (ALEXY, 1997, p. 111).

¹⁴ Os ensinos médio e universitário não são direitos fundamentais sociais, mas, sim, direitos sociais protegidos constitucionalmente.

¹⁵ Reitera-se que aqui não se trata juridicamente do acesso ao ensino gratuito ou às políticas de emprego e renda.

¹⁶ O autor faz referência a Herbert Krüger.

Artigo 98 – Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho. (DINIZ, 2000, p.274).

Ou seja: direitos fundamentais e sociais foram preservados sem prejuízo da eficiência do serviço e do interesse público, bens esses também protegidos constitucionalmente. Restaram, assim, observados pelo legislador os princípios de interpretação constitucional, quais sejam: princípio da unidade da Constituição e princípio da concordância prática¹⁷, pois legislar é também interpretar a Constituição e interpretá-la, como ensina Miranda (1998, p. 260) “é ainda *realizar a Constituição*”.

4 CONCLUSÃO

É de se observar, ademais, que o artigo 98 (*caput*), § 1º da Lei 8.112/90 não apresenta baixa densidade semântica, isto é, não reservou à discricionariedade da Administração o deferimento ou não do horário especial do servidor estudante. Antes, pelo contrário, deferiu ela própria, a Lei 8.112/90, o direito em tela, impondo à Administração o dever de fixar o horário em que o servidor deverá integralizar sua jornada de trabalho. A matéria suscita, desse modo, a *teoria dos poderes implícitos* – “quem diz os fins, dá os meios”, ou seja: ao estabelecer o horário especial do servidor estudante, a Lei 8.112/90 incubiu a Administração de viabilizar a compensação do seu horário de trabalho. E mais: é vedado à atividade administrativa resolver, através dos procedimentos da proporcionalidade, conflito entre direitos fundamentais e interesse público, aniquilando integralmente as dimensões constitucionais do primeiro.

¹⁷ Sobre princípio de interpretação constitucional, por todos, Cf. Canotilho (1998, p. 1097). “[...] o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]”. “[...] o *princípio da concordância prática* impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”. (p. 1098, grifo do autor).

Note-se que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (ex.: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (ex. o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da eminência de enfarte na pessoa do acusado). (CANOTILHO, 1998, p.1141).

Explica-se. Sobreexcede à atividade administrativa a ponderação de bens restritiva ou impeditiva do exercício de direitos fundamentais, ainda que realizada através de atos administrativos normativos. Aliás, como já reiterado, a matéria, no que concerne aos servidores da União, encontra-se disciplinada pelo preceptivo supramencionado – artigo 98 da Lei 8.112/90 – cabendo, portanto, à Administração cumprir a incensurável ponderação de bens nele contida. Assim, pensa-se que somente os casos excepcionais de absoluta inviabilidade material para compensação de horário ensejam a denegação do direito em tela.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILLA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 13, jan./dez. 2006

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Obra coletiva da editora Saraiva com e colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CASTEL, Robert. **As metamorfoses das questões sociais**: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Lei 8.112 comentada**: regime jurídico dos servidores civis da União e legislação complementar. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GAVARADE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MICHILES, Carlos et al. **Cidadão constituinte**: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. 4.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

OLIVEIRA, Luciano. Direitos humanos e cultura política de esquerda. **Lua Nova**, São Paulo, n. 27, 1992.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Massachusetts: The Belknap press of Harvard University Press Cambridge, 1971.

_____. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Bruna Rodrigues Colombarolli**

Em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, seu relator, o Ministro Celso Mello apontou novos rumos para a temática da juridicização das políticas públicas no Brasil. Notoriamente, o Ministro averbou a insuficiência para a solução de casos concretos que envolvam a eficácia de direitos sociais, bem como o perigo à implementação do Estado Democrático de Direito, da teoria da programaticidade das normas constitucionais. Do mesmo modo, consagrou a chamada cláusula da reserva do possível como método, a ser utilizado pelo Judiciário, para dirimir situações concretas que tenham como objeto a concretização pelo Poder Público de direitos sociais.

Nesses termos, com base no marco do Estado Democrático de Direito e na teoria discursivo-procedimentalista de Jürgen Habermas, buscar-se-á desenvolver, no presente ensaio, análise crítico-reflexiva e constitucionalmente adequada ao atual paradigma constitucional, acerca da cláusula da reserva do possível no tocante à juridicização das políticas públicas no Brasil.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente cabe esclarecer que a Constituição da República de 1988 constitui projeto inacabado. Os direitos nela enunciados são conquistados pelos membros da sociedade por meio de permanente processo. A realização dos direitos sociais está indissolúvelmente ligada à implementação de políticas públicas, o que deve ser compreendido no Estado Democrático de Direito como o exercício da cidadania. Tal fato denota que não compete unicamente ao Estado conceber e implementar unilateralmente projetos de políticas públicas, visando à materialização de direitos. Em outras palavras, direitos fundamentais não

* Advogada.

podem ser concebidos como concessões estatais ao administrado-cliente, fruto do trabalho da Administração Pública que atua como e quando quer.

Dessa maneira, é inadequada ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito a concepção segundo a qual políticas públicas traduzem:

“[...] um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo **Estado** com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau: ‘A expressão política pública designa a **atuação do Estado**, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social’”¹. (grifo nosso).

De modo algum o conceito de políticas públicas pode ser reduzido a uma série de medidas formuladas e implementadas unilateralmente pelo Estado, que se encontra em oposição à Sociedade Civil, com o escopo de materializar direitos fundamentais. Tal conceituação coaduna-se com modelos arbitrários de Estado e acaba por consagrar políticas públicas ilegítimas.

No Estado Democrático de Direito, O Estado continua a ser responsável pela efetivação de direitos e por assegurar melhores condições de vida. Contudo, deixa de ser o único responsável, visto que a Sociedade Civil passa a exigir participação na coisa pública, e a maneira pela qual ele desempenha tais funções é reformulada. A materialização de direitos não mais decorre da implantação de políticas públicas ilegítimas, decididas isoladamente pela Administração Pública, tampouco, pode ficar à espera de ações estatais.

Dessa maneira, é inequívoca a dimensão comunicativa das políticas públicas, isto é, no paradigma atual as políticas públicas são legítimas somente se forem fruto de um processo de debate entre a Sociedade Civil e o Poder Público.

Políticas públicas são medidas tomadas pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil com o escopo de, legitimamente, efetivarem direitos. Deve-se

¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

ressaltar que, seja quando implementadas pelo Estado ou pela própria Sociedade Civil, a participação de seus destinatários em sua constituição e operacionalização é impostergável. Dessa forma, verifica-se que no atual paradigma as políticas públicas não mais são caracterizadas por um caráter paternalista, e sim, por uma dimensão comunicativa.

Com ampliação da esfera pública, que não mais se confunde com estatal, fica compreensível que políticas públicas sejam realizadas pela própria sociedade civil. Isso, contudo, não dispensa que as esferas decisórias se mantenham conectadas com as esferas discursivas que ecoam as necessidades e aspirações dos destinatários das políticas públicas. Tal constatação pode ser comprovada por meio de análise das atividades desenvolvidas pelas Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e, também, pela própria noção de gestão social que orientam o atuar das empresas privadas.

As políticas públicas desenvolvidas no âmbito estatal decorrem de manifestações legislativas, bem como da atuação do Poder Executivo, no sentido de operacionalizá-las. Contudo, para serem legítimas devem, a um só tempo, ser concebidas e implementadas conforme o Direito e refletir uma coesão entre poder administrativo e o poder comunicativo. Nesse sentido, reclama-se um controle de legitimidade de políticas públicas, que, em primeira instância deve ser realizado pelos próprios destinatários. Todavia, isso não importa negar o controle jurisdicional. O Judiciário possui o dever-poder de efetivar a Constituição, e conseqüentemente, o papel de assegurar que os processos decisórios respeitem as regras democráticas, buscando evitar políticas públicas ilegítimas, unilateralmente elaboradas, que reflitam a noção de dignidade da pessoa humana de uma maioria.

Tal entendimento evidencia de forma única a tensão existente entre Direito e Política, bem como expressa o papel da Constituição como ganho evolutivo, na medida em que promoveu o acoplamento estrutural daqueles sistemas. A Política somente se institucionaliza e torna-se legítima por meio do Direito, enquanto o último necessita do aparato da Política para ser implementado. A política, portanto, deve manter a coesão entre os imperativos sistêmicos do poder administrativo e a capacidade de integração do poder comunicativo. O Direito, por sua vez, constitui a linguagem de traduzir e sustentar essa conexão².

² LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **II Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-128. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos.

Além disso, sabe-se que no marco do Estado Democrático de Direito, questões previstas na Constituição não podem ser exclusivamente tratadas do ponto de vista político ou jurídico³. Dessa forma, fica evidente o dever-poder do Poder Judiciário de exercer o controle sobre políticas públicas, no sentido de efetivar a Constituição e de barrar investidas contrárias ao processo de conquista de direitos fundamentais.

2 ADPF N° 45

O Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB ajuizou no Supremo Tribunal Federal, no dia 15 (quinze) de outubro de 2003, ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45, contra ato do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Conforme relatou o Ministro Celso Mello, o ato impugnado consistia em veto presidencial que incidiu sobre o § 2° do art. 55⁴, posteriormente renumerado para art. 59, de proposição legislativa que se converteu na Lei n° 10.707/ 2003 – Lei de Diretrizes Orçamentárias, destinada a fixar as diretrizes alusivas à elaboração da Lei Orçamentária Anual de 2004.

Segundo o autor da ação constitucional, o veto presidencial configurou desrespeito a preceito fundamental consubstanciado na Emenda Constitucional n° 29/2000, que foi promulgada com o escopo de garantir o repasse de recursos mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Após emitir o veto, o Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei, que se converteu na Lei 10.777/2003, cujo art. 1° restabeleceu integralmente o mandamento do § 2°, do art. 59, da Lei 10.707/2003. Dessa maneira, supriu-se a omissão normativa motivadora do ajuizamento da ação constitucional, que foi arquivada em razão da perda superveniente de seu objeto.

³ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 315-345.

⁴ O teor do § 2°, do art. 59, da Lei 10.707/2003: “§ 2°. Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo Nacional de Combate à Erradicação da Pobreza”.

A despeito de prejudicada a referida ADPF, devido à perda superveniente de seu objeto, o Ministro Celso Mello não ficou adstrito a simples provimento declaratório de arquivamento de autos. Pelo contrário, o Ministro elaborou fundamentação, na qual expôs que, diante das peculiaridades do caso concreto, a ADPF constituía instrumento processual idôneo para viabilizar a concretização de políticas públicas, quando constitucionalmente previstas, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando previsto na Constituição.

Sustentou que a tarefa de concretizar políticas públicas evidencia de maneira singular a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF, que jamais pode se esquivar do encargo de efetivar direitos econômicos, sociais e culturais, na medida em que a ação ou inércia do Poder Público podem comprometer a integridade da Constituição.

O Ministro Relator afirmou que a formulação e a implementação de políticas públicas constituem atividades típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Contudo, não lhes são exclusivas, pois o Poder Judiciário em caráter absolutamente excepcional pode exercê-las. Salienta o Ministro que tal mister poderá ser implementado pelo Judiciário somente naquelas situações em que os órgãos ou entidades estatais, ao descumprirem suas incumbências constitucionais e/ou legalmente previstas, vierem a comprometer “eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusula de conteúdo programático”.

Na oportunidade, alegou que o caráter programático de determinadas normas constitucionais não pode ser reduzido a *promessa constitucional inconstitucional*, ou seja, a um escudo protetivo do atuar ilegítimo ou da inércia injustificada do Poder Público, o que, a um só tempo, frustra as justas expectativas do cidadão e descumpra a Constituição.

Assevera que no tocante a questões que versam sobre a realização de direitos sociais e à implementação de políticas públicas, ganha especial relevo o tema atinente à “reserva do possível”, desenvolvido por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, na obra “*The Cost of Rights*”.

Demonstra que a concretização dos chamados direitos de segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais reclama do Poder Público prestações positivas, sempre onerosas, materializadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Evidencia, portanto, que a realização dos direitos de cunho social caracteriza-se pela gratuidade do processo de concretização e

está necessariamente condicionada a questões de ordem financeira que denotam as possibilidades orçamentárias do Estado. Nestes termos, uma vez demonstrada, de forma objetiva, a incapacidade econômico-financeira de um certo ente estatal, deste não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando enunciado na Constituição.

Sublinha, todavia, que não é lícito ao Poder Público utilizar retoricamente a “cláusula da reserva do possível”. Em outras palavras, o Poder Público está proibido de manipular indevidamente suas atividades financeira e/ou político-administrativa, de tal modo, que venha a criar um *obstáculo artificial* que denote o anti-democrático objetivo de fraudar a viabilização de condições materiais mínimas de existência, de indivíduos e da coletividade.

Nesse sentido, o Ministro Celso Mello expõe que os condicionamentos impostos pela reserva do possível ao processo de materialização de direitos de caráter social são traduzidos pelo binômio: razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a disponibilidade financeira do Estado para concretizar as prestações positivas requeridas. Complementa que ambos os elementos de tal binômio devem estar presentes no caso concreto, pois ausente um deles, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Salienta o Relator que apesar de a formulação e a implementação de políticas públicas dependerem de opções políticas, efetuadas por agentes que receberam a investidura em mandato eletivo, não significa que a esfera de atuação dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em tal seara, seja irrestrita. Dessa forma, caberá a intervenção do Poder Judiciário, com o escopo de viabilizar o acesso aos bens que foram desmotivadamente negados pelo Poder Público, quando constatada que a atuação irrazoável ou a inércia injustificada com o objetivo de frustrar a implementação de direitos sociais, do Poder Público, afetou o *núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo*.

3 ANÁLISE DAS TENDÊNCIAS LANÇADAS PELA ADPF N° 45: ASPECTOS POSITIVOS, NEGATIVOS E INCONGRUENTES

No presente tópico, buscar-se-á tematizar a compreensão subjacente ao voto do Ministro Celso Mello acerca da concepção de Constituição,

da noção das normas constitucionais, bem como do princípio da separação dos poderes, com o fito de obter subsídios para verificar se as tendências lançadas pela ADPF n° 45 coadunam-se com o projeto do Estado Democrático de Direito.

3.1 A noção de Constituição

No Estado Democrático de Direito fica evidente que a Constituição é produtiva e constitutiva da modernidade, na medida em que demonstra que o risco do descumprimento do Direito jamais poderá ser eliminado, ou seja, frustrações às expectativas não poderão ser desconsideradas. Além disso, expõe o fato de que seu texto, a despeito de buscar reduzir a complexidade do Direito, acaba por aumentar tal complexidade ainda mais, pois o sentido das normas constitucionais não pode ser definido de pré-fixado abstratamente de modo a reger para sempre o futuro. A normatividade constitucional está necessariamente vinculada a um contexto, isto é, os sentidos das normas constitucionais somente podem ser identificados em situações concretas.

Nesse sentido, a Constituição, ao formalizar o Direito, revela o seu potencial emancipador, pois permite que as gerações futuras atribuam novos sentidos aos direitos nela enunciados, de modo que se sintam co-autoras das normas que regem o seu viver comum. O projeto constitucional, portanto, é permanente e não se esgota no momento de sua fundação⁵.

Conforme exposto, o contexto possui especial relevo na medida em que é parte constitutiva da interpretação das normas constitucionais. Todavia, não pode ser apreendido, tal como o fazem doutrinas de enfoque ontologizante do Direito, como limite da aplicação da norma constitucional. Referidas doutrinas pressupõem a existência de um hiato entre real e ideal, ou seja, uma nítida separação entre a realidade e a normatividade imposta pelo Direito. Tal compreensão não se coaduna com o marco adotado que busca absorver a tensão permanente entre facticidade e validade.

A Constituição pertence ao povo e constitui condição de possibilidade para o exercício da soberania popular. O desenvolvimento

⁵ TORRES, Ana Paula Repolês. **Reforma e crise constitucional**: um ensaio de teoria da constituição. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2005. p. 260. Orientação: Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

democrático de uma sociedade pressupõe o estabelecimento, pela Constituição, de mecanismo e procedimentos que viabilizem a determinação da vontade geral sob pena de investidas de governos arbitrários.

O presente trabalho, portanto, pressupõe um conceito de Constituição “viva”; assim, a conquista de direitos constitucionais é resultado de um processo permanente de luta por liberdade e igualdade. Contudo, ficará evidente que o Ministro Celso Mello possui um conceito distinto de Constituição, ao compreender que as normas constitucionais consubstanciam mandados de otimização realizáveis na medida do possível.

3.2 Normas constitucionais

O Estado Liberal, ao consagrar liberdade e igualdade formais, acabou por gerar enorme desigualdade social e imensa concentração de riquezas que desembocaram em várias crises e movimentos sociais. Assim, após a Primeira Grande Guerra Mundial, e com a ascensão e disseminação dos ideais marxistas, fascistas e nazistas, observou-se a conformação de novo paradigma constitucional, o do Estado Social. Demandavam-se, nesse contexto, leis sociais e coletivas que reconhecessem as diferenças materiais e que protegessem as partes economicamente desfavorecidas na relação contratual. Houve, nesse sentido, a incorporação na legislação de uma igualdade tendencialmente material.

Nova compreensão passa a ser conjugada acerca das normas jurídicas, do Direito e da Constituição. O Direito deixa de ser mero sistema de regras, e passa a ser constituído, além de “programas condicionais” por “programas fins”⁶. Nesse sentido, o Direito é concebido como sistema composto por regras e princípios otimizáveis, que expressam valores fundamentais e programas de fins, implementados no “limite do possível”⁷. A Constituição é apreendida como o estatuto jurídico-político do Estado e da sociedade, que organiza e limita os poderes, prescreve programas políticos e estabelece procedimentos e competências. No Estado Social, a Constituição define a “*medida material da sociedade*” (Hesse) e constitui ordem concreta de valores⁸.

⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 117.

⁷ Id. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 36.

⁸ Ibid., p. 29.

A Constituição de Weimar é considerada como o grande marco do paradigma do Estado Social, na medida em que consagrou inúmeros direitos de cunho social e determinou programas de prestações positivas ao Estado. E foi justamente com Weimar que surgiu a teoria das *normas programáticas* ou de *eficácia diferida*, que foi posteriormente sofisticada por meio da Jurisprudência de Valores⁹.

Verifica-se neste contexto de transição do paradigma Liberal para o paradigma Social que aqueles juristas, cuja formação ainda estava fortemente vinculada aos postulados do primeiro paradigma, entendiam que todas as normas, cuja estrutura não fosse compatível com o modelo de regras, eram carentes de normatividade¹⁰. Neste quadro, as normas consagradoras de direitos de cunho social foram apreendidas como meras diretrizes. Assim, as normas que determinavam prestações positivas pelo Estado foram denominadas de *normas programáticas* – normas destituídas de normatividade, que para serem vinculantes dependem de manifestação legislativa posterior e, por isso, são reduzidas a meras “diretivas ou valores”¹¹.

A concepção de Constituição Dirigente, desenvolvida por Canotilho, encontra-se intimamente relacionada com a tese das normas programáticas. Segundo o constitucionalista português, a idéia de Constituição Dirigente suplanta a concepção liberal de Constituição como instrumento de governo, pois além de estabelecer a organização do Estado, define programa para a sociedade e para política, dirigido ao futuro, ou seja, define fins e tarefas que dependem da atuação do Legislativo e do Executivo para sua implementação¹².

Repolês Torres sublinha que o grande mérito de Canotilho consistiu em reconhecer eficácia jurídica às normas programáticas, no sentido em que passaram a vincular a atuação do legislador ordinário e deixaram de ser compreendidas como simples *conselhos*. Todavia, a autora demonstra que

⁹ CATTONI DE OLIVEIRA. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. p. 28.

¹⁰ *Ibid.*, p. 92.

¹¹ *Ibid.*, p. 29.

¹² TORRES, *op. cit.*, p.50. A autora implementa relevante crítica à noção de Constituição Dirigente ao ressaltar a contribuição da Teoria dos Sistemas de Nicklas Luhmann para a retirada da posição central antes conferida ao Estado pelo conceito de Constituição Dirigente, pois na medida em que a sociedade é funcionalmente diferenciada, não há como defender um controle da política sobre os demais sub-sistemas sociais.

Canotilho entende que as normas programáticas definem direitos que não podem ser juridicamente pleiteados pelos indivíduos, pois a materialização dos mesmos estaria subordinada a prestações sociais, econômicas ou culturais que dependeriam da atuação do Legislativo ou do Executivo, condicionando, assim, a efetividade constitucional à disponibilidade orçamentária ou ao êxito de algum plano econômico, ou seja, à cláusula da reserva do possível¹³.

Verifica-se que a despeito da teoria das normas programáticas situar-se no paradigma do Estado Social, esta ainda guarda similitudes com a tese das normas constitucionais auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis. A tese das normas programáticas também foi desenvolvida com base em pré-compreensões típicas da filosofia da consciência. Preconiza um enfoque ontologizante das normas constitucionais, pois por meio de uma simples análise estrutural desses dispositivos, ou seja, em abstrato, saber-se-ia o seu grau de efetividade. Dessa maneira, a teoria das normas programáticas desconhece toda tensão existente entre facticidade e validade, ou seja, entre o fato e a norma.

Nesta senda, merece destaque à pertinente crítica à *programaticidade* das normas constitucionais efetuada por Bonavides: “[...] *porquanto se sabe que as chamadas normas programáticas foram sempre uma espécie de salvoconduto para as omissões do constitucionalismo liberal no campo da positividade social do Direito*”¹⁴.

Bonavides assevera, ainda, que a programaticidade das normas constitucionais expõe de uma forma única *as fluidas e incertas barreiras* entre o Direito e a Política. Segundo o constitucionalista, os publicistas invocam tais disposições com o escopo de denunciar a natureza política e ideológica do regime. Contudo, adverte que tal invocação pode encerrar caráter extremamente retórico, no sentido de abrigar segunda intenção, muitas vezes reiterada, de legitimar o descumprimento da própria Constituição¹⁵. Nessa esteira, acrescenta que as normas programáticas ainda carregam o estigma da fragilidade normativa, o que leva muitos a questionarem sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição.

¹³ Ibid., p. 50-51.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Epígrafe. In: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 65.

¹⁵ Id. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 218.

As normas programáticas foram utilizadas como escudos protetivos pelo Poder Público, que as invocavam com o objetivo de se subtrair de seu novo mister imposto pelas Constituições Sociais, qual seja - a formulação e a implementação de políticas públicas para a materialização dos chamados direitos de segunda geração¹⁶.

Cattoni de Oliveira acrescenta que as normas programáticas eram identificadas como “conceitos jurídicos indeterminados” ou “normas em branco”, o que auxiliou a configuração de um *simulacro* de Estado de Bem-Estar Social, especialmente em países de pouca experiência democrática¹⁷. No mesmo sentido, Bonavides demonstra que a crítica que se confere à juridicidade das normas programáticas reside em três pontos – possuem como conteúdo princípios implícitos do ordenamento jurídico, enunciam programas políticos não vinculantes e encerram fórmula genérica, abstrata, vaga¹⁸.

Está subjacente à tese das normas programáticas equivocada compreensão acerca das normas constitucionais. Na medida em que a implementação de tais normas está subordinada à manifestação posterior do Poder Legislativo, estas perdem o status de normas e passam a ser concebidas como “comandos de otimização”, e que, tal qual valores, podem ser realizados em diversos graus¹⁹, o que configura um verdadeiro perigo aos direitos fundamentais.

A recalcitrante invocação da programaticidade das normas constitucionais por parte da Administração Pública e pelo Judiciário, com o escopo de justificar inação do Poder Público, revela um total desconhecimento do sentido da norma consubstanciada no § 1º, do art. 5º da Constituição. Além disso, não vislumbra a distinção entre ser titular de um direito constitucional e ter o exercício desse direito inviabilizado, em razão da inexistência da norma reguladora²⁰. Enfim, a desconsideração da “aplicação imediata dos direitos fundamentais” conduz ao absurdo de ser titular de um

¹⁶ Sobre uma crítica coerentemente traçada com o marco do Estado Democrático de Direito acerca da classificação dos direitos por meio de gerações. Ver: CATTONI DE OLIVEIRA. **Direito constitucional**.

¹⁷ CATTONI DE OLIVEIRA. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. p. 92.

¹⁸ BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 220.

¹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, op. cit., p. 28.

²⁰ Ibid., p. 93.

direito constitucional que não pode ser invocado ou exercitado por falta de regulamentação infraconstitucional. Nesse aspecto, é preciosa a colocação de Verdú: “Em resumen, ya non son los derechos fundamentales los que se mueven dentro de las limitaciones legles y constituidos por éstas, sino justamente al revés: son éstas la que se mueven conforme a los derechos fundamentales”²¹.

Por fim, a teoria das normas programáticas também se revela inadequada ao marco do Estado Democrático de Direito, na medida em que concebe o Estado como centro da esfera pública e ignora toda a complexidade da sociedade moderna.

Diante do exposto, constata-se que a despeito do Ministro Celso Mello ter sinalizado que as normas programáticas não podem ser reduzidas a *promessa constitucional inconseqüente*, ainda não foi reconhecido o caráter normativo desses dispositivos constitucionais. Em outras palavras, ao afirmar que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais são implementadas *no limite do possível*, o relator deixa de concebê-las como normas e as considera como **valores** passíveis de serem aplicados em diversos graus. Dessa maneira, acaba por retirar toda normatividade de normas definidoras de direitos fundamentais e justificar o seu descumprimento pelo Poder Público. Em suma, verifica-se que o STF possui compreensão inadequada acerca das normas constitucionais ao atual paradigma, pois assume a concepção do direito como princípios que devem ser realizados na medida do possível, o que constitui a base da teoria das normas programáticas.

Nesse momento, portanto, faz-se a distinção entre normas e valores. De acordo com Dworkin, as normas jurídicas, diga-se, princípios ou regras, prescrevem ações obrigatórias e são enunciados deontológicos, pois funcionam de acordo com um código binário – jurídico e não jurídico e enunciam aquilo que é devido. Diferentemente, os valores consubstanciam obrigações teleológicas, são enunciados teleológicos, orientam-se de acordo com aquilo que é melhor, ou seja, seguem a lógica do preferível, são, portanto, relativos. As normas jurídicas são aplicadas, enquanto valores são priorizados no momento

²¹ FREIRE JÚNIOR, op. cit., p. 66 apud VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. p. 202.

da aplicação²². Cattoni de Oliveira, fundando-se na teoria de Habermas, demonstra que é justamente no momento de aplicação que se verificam as distinções existentes entre normas e valores:

“Que diferenças? Que um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo. Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada sua aplicação, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual. Essa é uma das razões

²² Torna-se indispensável a seguinte passagem de Habermas *in* *Between Facts and Norms*, p. 256: “*principles or higher-level norms*, in the light of which other norms can be justified, have a deontological sense, whereas values are teleological. Valid norms of action obligate their addressees equally and without exception to satisfy generalizes behavioral expectations, whereas values are to be understood as intersubjectively shared preferences. Shared values express the preferability of goods that, in specific collectivities, are considered worth striving for and can be acquired or realized through goal-direction action. Norms of action appear with a binary validity claim and are either valid or invalid; we can respond to normative sentences, as we can to assertoric sentences, only by taking a yes or no position or by withholding judgment. By contrast, values set down preference relations telling us that certain goods are more attractive than others; hence we can assent to evaluative sentences to a greater or lesser degree. The “oughtness” of binding norms has the absolute sense of an unconditioned and universal obligation: what one ought to do’ claims to be an equal good for all. The attractiveness of intersubjectively shared values has the relative sense of an estimation of goods that has become established or been adopted in cultures and forms of life: serious value choices or higher-ordered preferences tell us what is good for us (or for me) overall and in the long run. Different norms must not contradict one another if they claim validity for the same circle of address; they must fit together into a coherent complex, that is, from a system. Different values compete for priority from case to case; to the extent that they find intersubjective recognition within a culture or form of life, they form flexible configurations filled with tension.

Norms and values therefore differ, first, in their references to obligatory rule-following versus teleological action; second, in the binary versus graduated coding of their validity claims; third, in their absolute versus relative bindingness; and fourth, in the coherence criteria that systems of norms and systems of values must respectively satisfy. The fact that norms and values differ in these logical properties yields significant differences for their application as well”. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Traduzido por William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.

pelas quais, lembra Habermas, Ronald Dworkin haver concebido direitos como “trunfos” que podem ser usados nos discursos jurídicos contra os argumentos de políticas”²³.

Dessa forma, evidenciou-se que apesar da declaração de que as normas consagradoras de direitos de segunda geração não podem ser reduzidas a promessas inconseqüentes, não se reconheceu a normatividade desses dispositivos constitucionais. Ao afirmar que as referidas normas são implementadas no limite do possível, estas foram equiparadas a valores passíveis de serem realizados em distintos graus. Comprovou-se, assim, que tal prática retira a normatividade das normas definidoras de direitos fundamentais e justifica o seu descumprimento pelo Poder Público. Enfim, demonstrou-se que o STF, ao equiparar direitos a comandos de otimização realizáveis no limite do possível, reproduz, por meio de outros argumentos, a doutrina das normas programáticas. Destacou-se, portanto, que o STF, ao conceber direitos fundamentais como valores, permite que “argumentos de política”, fundados em concepções axiológicas de *bem estar coletivo*²⁴, concorram o discurso de aplicação do Direito.

3.3 O Princípio da Separação dos Poderes

Conforme correntemente enunciado, compete à Constituição organizar o Estado e definir os direitos e garantias fundamentais, que constituem limites às ações estatais. De acordo com a tradição do constitucionalismo moderno, há uma trilogia de funções no Estado, ou seja, o texto constitucional estabelece e sistematiza três funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional. Tais funções são distribuídas em três blocos orgânicos denominados “Poderes”, que são qualificados com o nome da atividade que lhe é precípua (não exclusiva).

Nesta senda, compete ao poder Legislativo precipuamente criar o Direito (normas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras). Os Poderes Executivo e Jurisdicional caracterizam por cuidarem da aplicação do Direito, ou seja, retirar a norma do plano da abstração e levá-la para o plano da concreção.

²³ CATTONI DE OLIVEIRA. *Direito constitucional*. p. 90-91.

²⁴ *Ibid.*, p. 91.

Todavia, a atividade jurisdicional diferencia-se da executiva, basicamente, por aplicar o direito com caráter de definitividade.

Deve-se destacar que o modelo de tripartição das funções do Estado constitui construção política que tem como escopo *impedir que a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes*²⁵.

A ordem constitucional de 1988 abrigou o princípio da separação dos poderes, que é inequivocamente consagrado em seu art. 2º. O § 4º do art. 60 da CR/88 confere ao princípio a qualidade de cláusula pétreia.

Neste momento, são imprescindíveis as lições de Klaus Gunther, que estabelece a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação do Direito. A justificação relaciona-se com a validade²⁶ da norma. A justificação imparcial exige procedimento por meio do qual os participantes tenham a possibilidade de ter seus interesses apreendidos. A aplicação refere-se à adequação da norma ao caso concreto. A aplicação imparcial requer procedimento que permita que todos os aspectos da situação descrita por inteiro sejam relevados, considerados. Devido à própria descrição completa do caso concreto, demanda-se interpretação coerente de todas normas válidas e *prima facie* aplicáveis. Cumpre ressaltar que essa interpretação deve estar sempre relacionada a um paradigma.

Dessa forma, tem-se que, definitivamente, não cabe ao Poder Judiciário, mesmo que subsidiariamente, legislar no Estado Democrático de Direito. Assim, defende-se que os juízes, ao exercerem controle sobre políticas públicas devem, se for o caso, efetuar atividade de concretização do Direito, na

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30.

²⁶ Marcelo Cattoni atesta que os discursos de justificação “[...] se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático assim caracterizado: ...“somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normalização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.”(HABERMAS, Jürgen. **Direito de democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1998. v. 1. p. 145.) CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. p. 85.

perspectiva da aplicação jurídica, ou seja, orientada pelas peculiaridades únicas e irrepetíveis do caso concreto. Assim, tal atividade nada tem que ver com a justificação da validade de normas jurídicas, o que se dá por meio de processo legislativo, pois envolve a reconstrução do caso concreto para ao final chegar à única resposta correta.

Nessa trilha, Cattoni de Oliveira, seguindo a teoria de Dworkin, ressalta a necessidade de que o Judiciário atue politicamente, no sentido de garantir de direitos fundamentais, e não que o julgador, na atividade de aplicação do Direito, deva dar curso as suas concepções próprias. O juiz, ao apreciar questões relacionadas com políticas públicas, deve reconstruir caso concreto, colocar-se na perspectiva da comunidade e apreender o Direito como grande esforço dessa comunidade para desenvolver o sistema de direitos básicos²⁷.

Nota-se, todavia, que o Ministro Celso Mello, ao equiparar normas constitucionais a valores, acaba por colocar em risco o modelo do princípio da separação dos poderes. Ao conferir tratamento axiológico às normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais de segunda geração, o relator acabou por equipará-las a mandados de otimização realizáveis na medida do possível. Essa postura axiológica, conforme demonstrado, abre espaço para que as tarefas de interpretação e aplicação do Direito se aproximem mais de atividade de criação.

3.4 A Cláusula da Reserva do Possível como método de aplicação do Direito em casos que envolvam a implementação de normas definidoras de direitos sociais

O Ministro Celso Mello demonstrou que compreende a cláusula da reserva do possível como método de solução para todos os conflitos levados a juízo que envolvam a materialização de direitos por parte do Estado. Contudo, com base nos ensinamentos de Gadamer, tem-se que a crença em um determinado método que conduza a um saber absoluto e inquestionável, é fruto de uma concepção de ciência que tem como base os ideais iluministas. De tal modo que em face da constatação da finitude da racionalidade humana, bem como da compreensão de que é impossível um saber descontextualizado, conclui-se pela impossibilidade de um método de interpretação e aplicação jurídica lidar

²⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. p. 96.

com toda a complexidade da sociedade atual e, por fim, oferecer uma resposta ao caso concreto que assegure, concomitantemente, a justiça e a segura jurídica.

Dessa forma, deve-se registrar a falibilidade da reserva do possível que ao fixar que o fato – (in)existência de recursos públicos, como limite de aplicação da norma, ou seja, como único critério pelo qual o magistrado deve se apoiar para conceder ou não o direito - desconsidera as outras peculiaridades do caso concreto, não verifica a legitimidade das políticas públicas em análise e ignora a inteireza do ordenamento jurídico. Logo, denuncia-se o risco de que a cláusula da reserva do possível seja apreendida como dogma que isenta o juiz de realizar a reconstrução do caso concreto no momento da aplicação do direito e que retira a responsabilidade dos agentes responsáveis pela inefetividade de um direito constitucionalmente assegurado.

4 JURIDICIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E AS ATIVIDADES DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O presente trabalho possui como objetivo demonstrar que no Estado Democrático de Direito, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas justifica-se em razão de sua precípua função de efetivar a ordem constitucional de 1988, o que envolve assegurar o respeito aos procedimentos democráticos de tomadas de decisão.

A tensão entre Direito e Democracia expõe que o Direito não constitui limites à soberania popular, pelo contrário, constitui condição de possibilidade de seu exercício. Dessa maneira, em uma ordem constitucional alinhada aos princípios do Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que o Poder Judiciário assumira uma postura tímida em relação a sua tarefa de efetivação da Constituição, pois na medida em que o Poder Judiciário assegura direitos individuais do cidadão, garante que o princípio democrático não se converta em uma ditadura da maioria.

Deve-se, contudo, ressaltar que não se defende que o Poder Judiciário, ou até mesmo, o Ministério Público, substitua as searas de debate e decisão da esfera pública, pois o contrário seria equiparar a sociedade à figura de uma criança destituída de vontade e poder decisório.

Nessa trilha, deve-se demonstrar os riscos à democracia e ao sistema de direitos que envolvem uma abordagem da efetivação dos direitos

que privilegie exclusivamente uma perspectiva sociológica, como a desenvolvida por Luhmann²⁸. Tal abordagem não assimila a tensão entre fato e norma, pois o fato é apreendido como limite da norma, como limite da implementação do Direito. Logo, questões alusivas às políticas públicas devem ser tratadas por meio de uma abordagem que considere a tensão existente entre a facticidade e a validade.

Dessa forma, segundo a visão de Luhmann o simples constar no texto constitucional que todos têm direito à saúde não pode gerar a expectativa de que o Direito será capaz de levar saúde a todos. Em outros termos, a simples consagração de direitos na Constituição não é suficiente para a implementação dos mesmos. Nesse sentido, quando o texto constitucional assegura a todos o direito à saúde, não significa que as decisões jurídicas encerram a potencialidade necessária de, por si só, condicionar o sistema da saúde ou da política, de modo a levar a saúde a todos. O sistema jurídico pode, no máximo, “irritar” os outros sistemas.

De acordo com a perspectiva descritiva, sociológica de Luhmann, a condição para que o Judiciário concretize a Constituição, no sentido de expedir provimentos que determinem a materialização de direitos sociais, seria a existência de recursos por parte do Estado. No caso contrário, ou seja, em face da inexistência de recursos, o juiz não poderia conceder direito algum, visto que o sistema do Direito não é capaz de mudar a realidade de outros sistemas. Nota-se que tal abordagem não assimila a tensão entre fato e norma, pois o fato é apreendido como limite da norma, como limite da implementação do Direito. Seguindo tal concepção, o fato define aprioristicamente se a norma constitucional será ou não aplicada. Dessa forma, nas hipóteses em que existe recurso público haverá, por exemplo, direito à saúde, entretanto, nas situações de inexistirem verbas, não haverá o direito à saúde. Conclui-se, assim, que tal posicionamento muito se aproxima daquele defendido pelo Ministro Celso Mello, segundo o qual a realização dos direitos sociais ocorreria no limite do possível.

Em suma, tanto a perspectiva sociológica de Luhmann quanto a doutrina da cláusula da reserva do possível não ultrapassaram os dogmas da filosofia da consciência, na medida em que colocam o fato em absoluta oposição

²⁸ Sobre a teoria de Niklas Luhmann conferir: CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental – identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 53 et seq.

à norma, ou seja, na medida em que a efetividade de dada disposição constitucional dependeria unicamente de questões financeiras.

A filosofia da linguagem, ao ter como pressuposto o fato de que o conhecimento somente é possível por meio da linguagem, e que a última denota os limites do mundo do indivíduo, tem-se que a realidade é algo construído, condicionado a determinado contexto histórico. Dessa maneira, os pressupostos contrafactuais da linguagem que viabilizam a interação comunicativa revelam que a realidade está impregnada de idealidade. A idealidade das normas constitucionais não pode ser apreendida como algo estanque, fundada pelos constituintes em determinado momento da história. A idealidade está indissociavelmente vinculada à situação hermenêutica do sujeito, isto é, ao conjunto de sentidos compartilhados por determinada sociedade localizada no tempo e na história que conformam seu horizonte, do qual jamais pode escapar. Nesse sentido, compreende-se que a normatividade constitucional está necessariamente relacionada com as pré-compreensões compartilhadas de uma determinada sociedade, em um momento específico da história. Por isso, a normatividade constitucional será sempre condicionada às leituras efetuadas pelos seus intérpretes.

A teoria habermasiana possui como pressuposto a tensão entre real e ideal, visto que para o autor o Direito somente pode cumprir o seu papel integrador da sociedade se for, a um só tempo, legítimo e coercitivo. A abordagem realizada por Habermas apreende concomitantemente aspectos idealizantes e dados a realidade. Nessa trilha, Habermas não permite a separação dos pressupostos idealizantes de sua dimensão fática, o que conduziria a um discurso filosófico, bem como não permite que a facticidade se desvencilhe de sua carga ideal, sob pena de reduzir a uma abordagem sociológica²⁹.

A teoria de Habermas busca o desenvolvimento de uma sociedade razoavelmente mais justa e democrática. Todavia, alguns ainda questionam se não seria mais plausível assumir postura mais realista, no sentido de abandonar as idealidades do Estado Democrático de Direito. Aqueles que ainda fazem tal questionamento desconhecem o risco que esse entendimento envolve. A adoção de postura cética ou até mesmo descrente do Direito pode importar a perda de vários direitos historicamente conquistados, que são fruto de longo processo de

²⁹ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcêdo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 26.

leituras e releituras dos princípios de liberdade e igualdade. Por outro lado ao se assumir como válidos os princípios do Estado Democrático de Direito estaremos dando curso a esse processo de afirmação do sistema de direitos e consolidando a Democracia.

Observa-se que o emprego da cláusula da reserva do possível, em questões alusivas à materialização de direitos, mina toda a dimensão normativa dos dispositivos constitucionais em nome de questões de ordem financeira, institucional, estratégica. Dessa maneira, tal expediente gera contexto de instabilidade no sistema de direitos, pois na medida em que direitos constitucionais são tratados como mandados de otimização realizáveis na medida do possível, perdem a estatura de direitos e transformam-se em concessões estatais.

A doutrina da reserva do possível conduz, portanto, àquele sentimento de descrença no Direito, em razão do déficit de efetividade. Dessa maneira, em última análise, a aplicação da reserva do possível acaba por gerar os mesmos efeitos da doutrina das normas de eficácia diferida, qual seja a reprodução, a pré-compreensão de que normas definidoras de direitos sociais não encerram normatividade e que por isso são promessas, que talvez um dia, no limite do possível, serão implementadas.

Conforme exposto, a aplicação do método da reserva do possível pelos magistrados faz com que o fato – a existência ou não de recursos públicos seja algo definidor da eficácia da norma, desconsiderando, assim, toda a complexidade da situação individual. De acordo com as teorias da interpretação jurídica do estado Democrático de Direito, o fato deve ser parte constitutiva da interpretação da norma, de tal modo que, somente após a reconstrução do caso concreto, da análise da inteireza do ordenamento jurídico, é que se poderá constatar se a norma consagradora de direito social deve ou não ser aplicada à situação individual. Em outros termos, deve-se apreender a dimensão discursiva do fato de inexistir ou existir recursos públicos; nesse sentido, ele é compreendido como parte constitutiva do processo de interpretação e aplicação da norma. Além disso, deve-se ressaltar que esse fato possui suma relevância de todas outras peculiaridades fáticas que conformam o caso concreto, que após serem tematizados e reconstruídos, irão informar ao magistrado qual é a resposta correta para o caso em análise.

Em suma, a utilização pelo Poder Judiciário do binômio – existência de recursos pelo Poder Público e razoabilidade da pretensão levada a juízo, para solução de casos que envolvam a materialização de direitos sociais, reduz

as atividades de interpretação e aplicação do direito à mera operação de conferência da existência ou não de disponibilidade financeira pelo Estado. Tal fato faz com que, a um só tempo, sejam desconsiderados a inteireza do ordenamento jurídico e a complexidade fática que conforma a situação concreta, o que, sem dúvida, não é capaz de gerar certeza e segurança jurídicas. Em outras palavras, o que não leva o Direito a sério.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na suprema corte dos EUA e no supremo tribunal federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 315-345.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Participação em videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto**.

_____. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sobre o paradigma do estado democrático de direito**. p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental – Identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COURA, Alexandre de Castro. Dissertação de mestrado, UFMG: Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” – contribuições para garantia dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais no paradigma do Estado Democrático de Direito.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GADMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GUINThER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, n. 6, p.85-102, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução de Willian Rehg. Cambridge; Massachussets: The MIT Press, 1996.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. **II Futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-128. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 820.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1997.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcêdo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 31.

TORRES, Ana Paula Repolês. **Reforma e crise constitucional**: um ensaio de Teoria da Constituição. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2005. p. 260. Orientação: Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO

*Emerson Garcia**

I PROÊMIO

Qualquer que seja a ideologia seguida, é tarefa assaz difícil combater a idéia de que o elemento moral é um componente indissociável da coexistência humana. Identificar seu alcance e sua esfera de interpenetração com o direito é tarefa extremamente delicada e envolta em atmosfera de grande risco. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão: a noção de moral veicula conceito dotado de grande fluidez e imprecisão, exigindo a convergência de múltiplos fatores exógenos para a sua densificação. Dificuldade à parte, a identificação do real alcance da regra moral nos permitirá uma contínua valoração e adequação dos valores subjacentes a determinado grupamento, contribuindo para a preservação da harmonia nas relações intersubjetivas.

O presente escrito, que percorre caminhos já trilhados por penas ilustres e indubiosamente mais talentosas, busca explorar a grande potencialidade do princípio da moralidade para a efetivação do ideal democrático, o que se dará a partir da demonstração de que a densificação de seu conteúdo nada mais é do que o resultado da extração do sumo de toda a normatização regente da atividade estatal. Com isto, confere-se-lhe uma expressão multifacetária que melhor se adequará aos constantes influxos sociais, permitindo uma contínua aferição da legitimidade dos atos daqueles que administram o patrimônio alheio, pois não cabe ao administrador público outra postura senão satisfazer os interesses do verdadeiro detentor do poder: o povo.

Exposto o objetivo, resta-nos indicar os meios que serão utilizados para a sua consecução.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Situando-se a perspectiva de estudo sob uma ótica principiológica, é imperativo que sejam tecidas breves considerações sobre o método a ser utilizado para a individualização dos princípios, prosseguindo-se com a demonstração de seu caráter normativo, o que é reflexo do aperfeiçoamento do positivismo de outrora, época em que norma e regra eram designativos de objetos idênticos e que preenchiam todo o espaço deixado para a atividade de criação do direito. Hodiernamente, a norma é identificada como o gênero do qual defluem duas espécies: a regra e o princípio – ambos dotados de conteúdo axiológico similar e que diferem a partir de seus graus de abstração e generalidade.

Concebido o princípio como norma, torna-se cogente que o administrador público a ele renda obediência. Estabelecida esta premissa, buscamos densificar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, o qual é um *standard* de conduta informado pelos valores retirados das demais normas regentes da atividade estatal.

II INTRODUÇÃO

1. Princípios. Aspectos gerais. Tradicionalmente, os princípios vêm sendo estudados pela Teoria Geral do Direito, seara em que assumem grande importância na atividade de aplicação da norma, atuando como verdadeiros mecanismos de interpretação e integração desta. Em sua acepção clássica, de alicerce *jusnaturalista*, os princípios seriam proposições supremas, de natureza universal e necessária, próprios da razão humana e cuja observância independe do poder de coerção próprio da criação legislativa. Para o direito natural, os princípios são extraídos da natureza humana, sendo informados por elementos racionais, de consciência e pela interação do homem com o ambiente.

Para os *positivistas*, que encontram na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen¹ a sua pedra fundamental, os princípios, em essência, são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação. Podem ser explícitos ou implícitos, conforme estejam expressamente previstos no direito positivo ou dele sejam extraídos com a utilização de um processo hermenêutico, o que permitirá que sejam aclarados e declarados pelo intérprete. A identificação dos princípios

¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

não prescinde da norma, antes se apresentam como o alicerce fundamental que a sustenta e que deflui de sua estrutura. É neste sentido que se fala em princípios gerais de Direito², ou, como preferem os italianos³, em princípios gerais do ordenamento jurídico, nomenclatura esta que torna mais clara sua origem, associando-os aos princípios implícitos.

O instrumento utilizado para a identificação dos princípios que integram o alicerce de um sistema jurídico é o processo lógico-indutivo, o qual possibilita que o estudo de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam. Assim, parte-se do particular para o geral, com a conseqüente formação de círculos concêntricos – em nítida progressão dos graus de generalidade e abstração – que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico. A própria compreensão das regras específicas encontra-se condicionada à identificação e análise dos princípios extraídos do sistema em que estão inseridas, o que garantirá a harmonia entre este e as partes que o integram⁴. A partir desse método de generalização crescente, o operador do direito será conduzido à identificação dos princípios específicos norteadores de determinado instituto, bem como aos

² Na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández (**Curso de derecho administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1978. v. 1. p. 63), “la expresión ‘principios generales del Derecho’, empleada un tanto intuitivamente por el artículo 6 CC en su primera redacción (hoy artículo 1º - 4), y más tarde generalizada en casi todos los países, es muy certera para indicar su verdadero contenido. Al decir que se trata de ‘principios’ se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, no sólo lógico, como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son ‘generales’ por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta ‘justicia del caso concreto’ y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete; lo general, lo comunitario, es lo propio del mundo jurídico, aunque por supuesto, el primero de los valores comunitarios, más aún, el fin propio de todos ellos, sea justamente la libertad humana. Pero son, finalmente, principios ‘del Derecho’, esto es, como va hemos notado, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas”.

³ O art. 12 das disposições preliminares do Código Civil italiano assim dispõe: “se uma controvérsia não pode ser decidida com uma disposição precisa, devem-se levar em conta disposições que regulem casos semelhantes ou matérias análogas; se o caso permanece ainda duvidoso, deve ser decidido segundo os *princípios gerais do ordenamento jurídico* do Estado”. (grifo nosso).

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. Les principes généraux de droit apud **RECUEIL d’Études Sur Les Sources du Droit em l’Honneur de François Geny**. Paris: Sirey, v. 2. p. 69.

princípios que informam certo ramo da ciência jurídica e, ulteriormente, àqueles que alicerçam o sistema jurídico em sua integridade. Como se vê, esse prisma de análise se distingue daquele que é encampado pelos léxicos, onde o princípio é concebido como uma “proposição que se põe, no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável”⁵. Aqui, o princípio é o elemento deflagrador de todo o sistema, enquanto lá o princípio é extraído do sistema.

À luz do exposto, vê-se que os princípios podem ter sua origem no ordenamento jurídico, sendo explícitos ou implícitos, conforme encontrem previsão expressa no direito positivo ou, apesar de não terem sido expressamente previstos, defluam do sistema – neste último caso, tem-se os denominados princípios gerais de direito.

Extra-sistêmicos, por sua vez, são os princípios associados à concepção de *direito justo*, própria do *jusnaturalismo*, não possuindo grande aceitação ante a sua extrema volatilidade. Apesar disto, deve-se frisar que essa assertiva não deve ser confundida com uma plena aceitação da *concepção positivista*, que veda ao intérprete qualquer consideração de ordem axiológica e limita sua atividade a uma operação de subsunção do fato à norma. A própria incompletude do ordenamento jurídico, de tendência crescente ante a impossibilidade de imediata adequação da norma aos influxos sociais, torna inevitável que o operador do direito venha a sopesar os valores comuns a determinado grupamento com o fim de integrar as lacunas normativas, o que maximiza o papel dos princípios.

2. O Caráter Normativo dos Princípios. Em sua gênese, conforme a doutrina tradicional, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas. Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios. Na lição de Jorge Miranda⁶,

⁵ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990. t. 1. p. 198.

os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denota uma diferença substancial em relação às normas, as quais veiculam prescrições dotadas de maior determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas⁷. Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios, figurando estes como espécies daquelas. Inicialmente, deve-se dizer que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre as mesmas. Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, conseqüência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Discorrendo sobre o tema, Norberto Bobbio⁸ afirma que

⁷ Cf. BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1994. p. 75 et seq.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1989. p. 158-159.

os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

De forma correlata à evolução dogmática que terminou por delinear a relação de continência existente entre as normas e os princípios, resta identificar os elementos que os distinguem das regras. Trata-se de consequência lógica dos argumentos expostos no item precedente, pois, fossem regras e princípios designativos de objetos idênticos, certamente dispensável seria uma classificação dicotômica, bastando falar em normas jurídicas.

Não obstante a evolução, ainda não se chegou a um consenso quanto à identificação da linha limítrofe que separa as regras dos princípios, vale dizer, quando determinada disposição consubstanciará uma regra ou quando deve ser concebida como um princípio.

As concepções doutrinárias podem ser subdivididas, basicamente, em duas posições: de acordo com a primeira, denominada de *concepção débil dos princípios*, a distinção para com as regras é quantitativa, ou de grau; enquanto a segunda, intitulada de *concepção forte dos princípios*, sustenta que a diferença é qualitativa.

A *concepção débil de princípios* está vinculada a uma visão positivista do Direito, não visualizando uma distinção substancial em relação às regras, mas, unicamente, uma maior generalidade e abstração, o que conduz os princípios à condição de normas fundamentais do sistema⁹ e lhes confere um grande valor hermenêutico, sem aptidão, contudo, para fornecer uma unidade de solução no caso concreto.

A *concepção forte de princípios* identifica distinções sob os aspectos lógico e qualitativo, o que individualiza os princípios como normas jurídicas que se diferenciam das regras em razão de sua composição estrutural. A imperatividade da ordem jurídica não se esgotaria na previsão explícita das regras jurídicas, estendendo-se aos valores consubstanciados nos princípios¹⁰. Ante o prestígio auferido por esta concepção, para a qual converge a grande maioria dos estudos contemporâneos, teceremos breves considerações a respeito de dois de seus maiores expoentes.

Para Dworkin¹¹, um dos maiores cultores da metodologia jurídica contemporânea, os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral. Os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

A distinção lógica entre regras e princípios é evidenciada por Dworkin ao dizer que

ambos estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. *Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada*. Se ocorrem os fatos estipulados pela

⁹ Neste sentido: BOBBIO, op. cit., p. 158-159.

¹⁰ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University, 1980; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹¹ DWORKIN, op. cit., p. 24.

regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão.

Dessa distinção deflui que os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico – critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Segundo Robert Alexy¹², enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus¹³, sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Além de encerrarem *comandos de otimização* que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras.

Para o jurista alemão, os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto¹⁴. O conflito entre regras, por sua vez, será solucionado

¹² ALEXY, op. cit., p. 86 et seq.

¹³ A afirmação de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus resulta do fato de não veicularem mandados definitivos. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, sendo que a solução deste conflito não é identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

¹⁴ Nas palavras de Alexy (Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Tradução de Luíz Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 75), “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação”.

com a introdução de critérios de especialidade entre elas ou com o reconhecimento da invalidade de uma ou de algumas das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que regulará a situação concreta. Aqui, diferentemente do que ocorre com os princípios, não se tem um exercício de ponderação, mas uma forma de exclusão, sendo cogente a aplicação da regra ao caso. *Enquanto os conflitos entre regras são dirimidos na dimensão da validade, os conflitos entre princípios o são na dimensão do peso*¹⁵. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, o que significa que a diferença entre regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, é qualitativa e não de grau.

Após essa sintética abordagem das doutrinas de Dworkin e de Alexy, constata-se que a distinção existente entre regras e princípios é melhor identificada a partir da visualização da espécie de solução exigida para os casos de colisão, o que nos leva a encampar a *concepção forte dos princípios*.

É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Na dogmática contemporânea, os princípios podem assumir diversas funções. No que diz respeito ao objetivo específico deste escrito, podem assumir uma função explicativa, permitindo a identificação da *mens legis* e sua contínua adequação aos valores sócio-culturais existentes por ocasião de sua aplicação, ou uma função normativa, tornando cogente que os fatos, simultaneamente, sejam valorados em conformidade com as regras e os princípios que lhes são subjacentes.

A adoção dos princípios tornará a norma mais fluida e indeterminada, pois revestem-se de um grau de abstração e generalidade mais acentuado do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade do campo de aplicação da norma será compensada com uma adequação mais

¹⁵ ALEXY, op. cit., p. 89.

célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios possibilitam um exercício de ponderação, permitindo que sejam sopesados os valores que informam determinada situação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto.

Os princípios incidirão diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, permitindo a integração da regra, aclarando o seu significado lingüístico e delimitando o seu objeto. É nesse sentido que avulta a importância dos princípios para o desenvolvimento deste estudo, pois, como será visto, o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade destes elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observada pelo agente. Além dessa função normativa, a concreção da regra, delineada e limitada pelos princípios, terminará por indicar a *otimização*, e conseqüente correção, do comportamento do agente público. Em uma palavra, sua probidade.

Segundo Canotilho¹⁶, que sintetiza as teorias existentes, vários são os critérios sugeridos para a distinção entre regras e princípios, destacando-se os seguintes:

Grau de abstracção: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086.

papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

Proximidade da idéia de direito: os *princípios* são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Natureza normogénica: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

3. Princípio da Juridicidade. Pouco a pouco, os princípios regentes da atividade estatal foram erguidos aos estamentos mais elevados do ordenamento jurídico, sempre buscando manter o Estado adstrito às suas finalidades institucionais e garantir a estrita observância das liberdades públicas, com o conseqüente aumento da segurança dos administrados.

Ao atingirem o ápice da pirâmide normativa, foi inevitável a constatação de que o princípio da legalidade deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal, isto porque dele não mais defluíam a totalidade das regras e princípios que a norteavam; pelo contrário, passaram a coexistir lado a lado. Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade¹⁷, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

Essa evolução dogmática está estritamente vinculada à própria concepção de Estado de Direito, o qual, segundo Canotilho¹⁸, “visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida*

¹⁷ A cunhagem do termo deve-se a Merkl, o qual incluía sob o signo do princípio da juridicidade todo o ordenamento jurídico, abrangendo os regulamentos, os princípios gerais, os costumes etc; tendo reservado a nomenclatura de princípio da legalidade unicamente à lei em sentido formal (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1978. v. 1. p. 251).

¹⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 239.

do direito”, acrescentando que “o direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria instituições”. O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. Com isto, consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, do “direito por regras” pelo “direito por princípios”.

Como observou Germana de Oliveira Moraes¹⁹,

a noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

Como exemplo dessa tendência, pode ser citada a declaração constitucional da Lei Fundamental de Bonn, cujo art. 20 estatui que tanto o Poder Executivo como os Tribunais estão vinculados *an Gesetz und Recht* (à Lei e ao Direito). Em que pese o fato de o princípio da moralidade ser um dos vetores básicos da probidade administrativa, afigura-se evidente que tal princípio está abrangido por uma epígrafe mais ampla, sob a qual se encontram aglutinados todos os princípios regentes da atividade estatal, papel que é desempenhado pelo princípio da juridicidade.

No caso específico do Direito Administrativo, objeto principal deste escrito, afora os princípios que defluem do sistema (implícitos), preocupou-se o Constituinte em estatuir, de forma expressa, aqueles que deveriam ser necessariamente observados pelos agentes públicos. Nesta linha, dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

¹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: ...” Como se constata pela leitura do texto constitucional, os princípios enumerados no art. 37 devem ser observados pelos agentes de *todos* os Poderes, não estando sua aplicação adstrita ao Poder Executivo, o qual desempenha funções de natureza eminentemente administrativa.

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merece maior realce o princípio da moralidade, o qual aglutina as características do bom administrador, do agente probo cuja atividade se encontra sempre direcionada à consecução do interesse público.

III A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO

4. Princípio da Moralidade Administrativa. Intróito. Moral, como se sabe, é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, sofrendo acréscimos, ajustes e supressões em conformidade com os critérios de ordem sociológica vigentes no meio em que se desenvolverá a sua análise; critérios estes que variarão em conformidade com os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético do grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção.

Com o evoluir das relações sociais e a paulatina harmonização dos interesses do grupamento, foi inevitável a formulação de conceitos abstratos, os quais condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem estar geral. A moral representa o elemento aglutinador de tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.

As relações do Direito com a moral são tão antigas quanto polêmicas. Diogo Figueiredo Moreira Neto²⁰ noticia que

no estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela idéia do *honestum*), a Política (caracterizada pela idéia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela idéia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do ‘foro interno’ e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da *teoria do direito* e o da *teoria da virtude* (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social.

A partir dos sentimentos auferidos no campo moral, é possível delinear e nortear a regra de direito. Com a moral, tornou-se possível identificar e proteger os que estão de boa-fé e, na outra vertente, castigar os que agem com malícia e perseguem a fraude. Apesar disto, observa-se que nem sempre a moral se exterioriza como mero elemento “propedêutico” da ciência jurídica. Não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta. Nas percucientes palavras de Georges Ripert²¹, “o dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa; o dever de prestar assistência ao próximo poderá chegar à consagração legal?” Por certo, uma resposta positiva a este

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1, 1992.

²¹ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 24.

questionamento, pouco a pouco, vai-se delineando. À guisa de ilustração, pode ser mencionado o preceito constitucional que impõe à sociedade o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação etc²². Não seria este um caminho adequado a uma larga interpenetração da moral na regra de direito e, conseqüentemente, uma forma de construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”²³?

A presença da moral sempre se fará sentir na regra de direito, quer seja quando toma a própria forma desta, ou mesmo quando forneça o colorido da realidade social que haverá de ser regida pela norma de conduta, permitindo a sua integração e a consecução do tão sonhado ideal de justiça. Em que pese inexistir uma superposição total entre a regra de direito e a regra moral, em essência, não há uma diferença de domínio, de natureza e de fim entre elas; nem pode existir, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia de justo é uma idéia moral²⁴.

Identificada a existência de um regramento moral e outro jurídico, a observância deste será tanto mais forte quanto for sua superfície de coincidência com os padrões de moralidade do grupamento que haverá de ser por ele regido. Correspondendo ao ideal moral, a norma será respeitada de forma voluntária, tendo-se um reduzido número de irresignações. Colidindo com os padrões de moralidade, haverá grande resistência na sua observância²⁵,

²² Art. 227, *caput*, da CR/88.

²³ Art. 3º, I, da CR/88.

²⁴ Cf. RIPERT, op. cit., p. 27. Citando a lição de Géný, aponta o jurista uma diferença de caráter entre a regra moral e a regra jurídica: “a regra moral torna-se regra jurídica ‘graças a uma injunção mais energética e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir”.

²⁵ Nas palavras do filósofo André Comte-Sponville (**Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73-74), “quando a lei é injusta, é justo combatê-la – e pode ser justo às vezes violá-la”...”Sócrates, condenado injustamente, recusou a salvação que lhe propunham pela fuga, preferindo morrer respeitando as leis, dizia ele, a viver transgredindo-as. Era levar longe demais o amor à justiça, parece-me, ou antes, confundi-la erroneamente com a legalidade”....”Lei é lei dizia eu, seja justa ou não; nenhuma democracia, nenhuma república seria possível se apenas obedecêssemos às leis que aprovamos. Sim. Mas nenhuma seria aceitável se fosse necessário, por obediência, renunciar à justiça ou tolerar o intolerável. Questão de grau, que não se pode resolver de uma vez por todas. É o domínio da casuística, exatamente no bom sentido do termo. Às vezes é necessário entrar na luta clandestina, às vezes obedecer ou desobedecer tranqüilamente... O desejável é, evidentemente, que leis e justiça caminhem no mesmo sentido, e é nisso que cada um, enquanto cidadão, tem a obrigação moral de se empenhar”.

o que comprometerá os próprios fins almejados com a sua edição, culminando com uma instabilidade social – situação que persistirá até que a norma consiga subjugar os ideais preexistentes, vindo a criar outros à sua imagem e semelhança.

5. A Moral no Direito Privado. Foi no âmbito do Direito Civil que a regra moral primeiramente se fez sentir, rompendo com os dogmas da onipotência do princípio da legalidade. Paulo já dissera que nem todo ato que respeita a lei está em harmonia com a moral: “*non omne quod licet honestum est*”.

A maior maleabilidade da regra moral permite um acompanhamento mais célere dos influxos sociais, tornando-se indispensável à efetivação do ideal de justiça, o qual, em determinados casos, não é passível de ser alcançado pelo engessamento normativo. Tal pode ser percebido com a contínua remissão legislativa à idéia de *bons costumes*, expressão que carrega consigo indubitosa carga moral.

Inicialmente com a teoria do exercício abusivo dos direitos e posteriormente com as doutrinas que impunham vedações ao enriquecimento ilícito e legitimavam a obrigação natural, sempre se buscou envolver a regra jurídica em uma atmosfera axiológica própria das regras de coexistência humana²⁶.

O impacto inicial desta nova variante, que orientaria e condicionaria a aplicação da regra jurídica, foi pouco a pouco diluído, resultando em uma ampla compreensão de sua importância, o que terminou por fazer que a regra moral migrasse para outros ramos do Direito, em especial para o Direito Público.

6. A Moral no Direito Administrativo e seu Alicerce Dogmático. Deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, iniciativa esta que cresce em relevância quando se constata que o seu desenvolvimento se deu no ápice do positivismo

²⁶ RIPERT, op. cit., p. 74, a partir da análise da jurisprudência francesa do início do século XX, elenca os seguintes mandamentos de preservação da moral: “não disporás da vida, do corpo e da liberdade do teu próximo para fins inúteis; tu próprio respeitarás a tua vida e o teu corpo; não procurarás tirar proveito do teu deboche ou de outrem; não enriquecerás injustamente pelo jogo ou pelo azar, por astúcia ou pela força ou por embuste, mesmo quando este não seja punível; não farás por interesse o que deves fazer por dever; não estipularás remuneração por atos que não devam ser pagos; não obterás por dinheiro uma impunidade culpável”.

jurídico, o que representava importante óbice aos mecanismos de contenção da atividade estatal que não se reduzissem a um mero preceito normativo.

Em seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*²⁷, Hauriou sustenta que “o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório de ação direta”, esclarecendo posteriormente que a irresignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder de uma forma artificial, pois, enquanto os limites deste devem ser fruto de uma disciplina interna, resultando do próprio equilíbrio interior do órgão, em matéria de legalidade se tem um limite exterior ao poder administrativo, imposto pelo Legislador²⁸.

Esse tipo de recurso criou a possibilidade de se penetrar em regiões novas, à medida que o próprio Conselho de Estado desejasse expandi-las, sendo talvez este um dos argumentos utilizados para se impor maior resistência a essa doutrina.

Hauriou captara e desenvolvera a idéia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivesse adstrito a este fim, tendo concluído, a partir das decisões do Conselho de Estado,

que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado.

²⁷ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 8. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914. p. 435 et seq.

²⁸ Ibid., p. 455.

Em seguida, distingue os recursos por *détournement de pouvoir* e por *violation de la loi*, esclarecendo que eles “visam a conformidade da ação administrativa, seja com o objetivo da boa administração (desvio de poder), seja com as prescrições da legalidade (violação da lei)”. Buscando estabelecer parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder, conclui que este “não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa”²⁹.

Não obstante a sementeira do princípio, somente na 10ª edição de seu *Précis*, conforme noticia Antônio José Brandão³⁰, Hauriou indicou o que entendia por moralidade administrativa, tendo cunhado o conceito hoje plenamente difundido entre os juristas pátrios, em que sobreleva a distinção com a moral comum, tratando-se de uma moral jurídica que é caracterizada como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A norma, instituída pelo órgão que detenha tal prerrogativa, delimita as atribuições dos agentes públicos e estatui os meios a serem por eles utilizados para o alcance de determinados fins, denotando seu caráter funcional, como idéia de obra a realizar.

A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

²⁹ Ibid., p. 439.

³⁰ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 457.

Marcel Waline³¹ critica a posição de Hauriou, concluindo que a violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a letra desta; mas, em verdade, a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei; logo, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Em verdade, a imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta.

Para Georges Vedel³², a exatidão da doutrina de Hauriou não é absoluta, pois o desvio de poder deve ser analisado como uma variação da ilegalidade, situando-se na violação da lei que imponha ao agente a obrigação de perseguir um objetivo determinado com a exclusão de todos os outros. Ressalta, no entanto, que a idéia de Hauriou não deve ser completamente rejeitada, já que o juiz (administrativo), sob o amparo “do espírito” da lei ou sob o amparo dos princípios gerais de direito, pode integrar as diretivas da moralidade à legalidade. Ao final, conclui que, do ponto de vista do direito feito (*droit fait*), o desvio de poder nada mais é que uma variação da ilegalidade; enquanto, do ponto de vista do direito que se faz (*droit qui si fait*), o desvio de poder incorpora à legalidade certos princípios de moralidade aos quais o juiz confere o respeito necessário.

6.1. Delimitação da Moralidade Administrativa. Expostas, em síntese, as concepções de Hauriou, Waline e Vedel, cumpre estabelecer nosso entendimento a respeito do princípio da moralidade.

Em um primeiro plano, não vislumbramos uma dicotomia absoluta entre a moral jurídica e a moral comum, sendo plenamente factível a presença de áreas de tangenciamento entre elas, o que não raro possibilitará a simultânea violação de ambas.

Sob outra perspectiva, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância da moralidade

³¹ WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Sirey, 1963. p. 489.

³² VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1973. p. 610.

administrativa, vale dizer, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.

Convém ressaltar, ainda, que, apesar de não guardar sinonímia com o princípio da legalidade, a moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade.

Assim, somente seria possível negar autonomia ao princípio da moralidade se à legalidade for dispensado um conceito amplo, abrangendo todos os valores jurisdicizados veiculados pelas regras e pelos princípios, usurpando o próprio conteúdo do princípio da juridicidade, o que importaria na adoção de sistemática de estudo distinta daquela encampada neste ensaio.

A valoração dos elementos delineadores da moralidade administrativa não pode ser direcionada por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.

Ainda que o alicerce da moralidade se situe na própria norma, compreendendo as regras e os princípios, a influência de fatores externos em sua conformação – entendidos como tais as circunstâncias que envolvem a ação, verdadeiros elementos de densificação dos valores que compõem a moralidade – impede que sua delimitação e seu alcance sejam superpostos aos da lei, o que faz que cada situação concreta assuma peculiaridades que não são identificadas a partir do maior grau de concretude que emana da lei. Ademais, no direito positivo pátrio, legalidade e moralidade coexistem lado a lado por força de expressa disposição constitucional.

6.2. Essência da Moralidade Administrativa. De forma correlata à moral comum, o princípio da moralidade administrativa também exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria natureza de sua atividade.

Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal.

Como foi visto, no Estado de Direito os atos dos agentes públicos auferem seu fundamento de validade na norma. O fim destes atos, em razão da própria natureza do Estado, haverá de ser sempre a consecução do bem comum. Em razão disto, é possível dizer que legalidade e moralidade se integram e se complementam, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos.

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

A correção dessas conclusões, no entanto, pressupõe que um caminho mais árduo e tortuoso seja percorrido: a necessária conscientização de todos os setores da sociedade de que devem zelar pela observância do princípio da moralidade. O controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um paulatino aperfeiçoamento da atividade estatal e, o que é mais importante, a necessária adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental.

Aqui, busca-se transmudar para o administrador público o ideal de que deve agir como um “bom pai de família”, o que permite dizer que o sentido jurídico da norma restará prejudicado sempre que estiver ausente o componente moral que caracteriza o “bom administrador”.

Dizer que o princípio da moralidade tem como alicerce os valores próprios da atividade estatal é conferir ares de banalidade a uma operação extremamente complexa e delicada, qual seja, extrair a essência destes valores e compatibilizá-la com a realidade fenomênica sem impregná-la do intenso subjetivismo que, certamente, se desprenderá do agente responsável por esta operação.

Diversamente do que ocorre com o princípio da legalidade, que é resultado direto da produção normativa estatal, o princípio da moralidade tem maior generalidade e abstração, o que exige uma atividade responsável e coerente para a correta identificação dos padrões de conduta que individualizam o bom administrador, vinculando-o à finalidade pública que é peculiar à atividade estatal, sempre com a necessária impessoalidade que deve estar presente em atos desta natureza.

De acordo com Antônio José Brandão³³, para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente “o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, – para o bem, entenda-se, – nas situações concretas trazidas pelo cotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são”.

Partindo-se da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é extraído do próprio ordenamento jurídico, é possível dizer que o princípio da moralidade administrativa atua como um verdadeiro mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos.

Talvez seja por esse motivo que a jurisprudência pátria, ao fundamentar suas decisões com base no princípio da moralidade administrativa, normalmente o faz em conjunto com outro princípio dotado de maior especificidade para o caso concreto (v.g.: moralidade e impessoalidade, moralidade e publicidade etc.). Tal, longe de arranhar a autonomia do princípio da moralidade, demonstra apenas que os valores extraídos do outro princípio

³³ BRANDÃO, op. cit., p. 459.

utilizado concorreram de maneira mais incisiva na conformação do *standard* adotado como padrão de bom administrador naquela situação³⁴.

Quando dizemos que referido *standard* representa o padrão de bom administrador à luz de determinada situação – fática ou jurídica –, queremos dizer que tal parâmetro não subsiste por si só, sendo imprescindível associá-lo à finalidade própria do ato a ser praticado. O dever de bem administrar somente será atingido quando for identificada e perseguida a *mens legis* criadora da regra de competência, pois o administrador de interesses alheios se encontra sempre vinculado à consecução da finalidade que melhor aprouver ao verdadeiro titular do direito, *in casu*, o interesse público.

Progressivamente, tem-se a identificação da situação que ensejou a prática do ato, a finalidade a ser atingida com ele, os princípios administrativos que possuem maior especificidade para o caso e, derradeiramente, a operação de aglutinação dos valores que consubstanciam a moralidade administrativa, com a conseqüente densificação do *standard* do bom administrador, o que haverá de ser feito tomando-se como referencial as três primeiras etapas anteriormente referidas.

6.3. Previsão Normativa. O princípio da moralidade administrativa, em que pese não ter tido previsão expressa na Carta de 1967, há muito encontra-se arraigado no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerado princípio implícito regente da atuação administrativa³⁵.

Hodiernamente, o princípio está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o qual dispõe que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”; acrescendo-se, ainda, que o âmbito de abrangência da ação popular, a teor do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, foi ampliado para alcançar a possibilidade de anulação dos atos lesivos à moralidade administrativa.

São igualmente formas de expressão do princípio da moralidade os preceitos constitucionais que prevêm como objetivo fundamental da

³⁴ Neste sentido: FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 138.

³⁵ Vide STF, RE nº 160.381-SP, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ nº 153/1030.

República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária³⁶ e que resguardam o decoro parlamentar³⁷ e o dever de probidade do Presidente da República³⁸.

Como se vê, os princípios da legalidade e da moralidade mantêm uma relação harmônica, ocupando o mesmo grau hierárquico na estrutura principiológica que rege os atos estatais, o que afasta qualquer concepção que considere o princípio da moralidade elemento secundário ou meramente complementar.

Tal qual o princípio da legalidade, é requisito de legitimidade da atuação do agente e de validade do ato administrativo; logo, sua inobservância pode acarretar a anulação do ato por meio de ação popular ou de ação civil pública³⁹.

6.4. A Moralidade e os Elementos do Ato Administrativo.

Afigura-se indubitoso que os atos administrativos devem apresentar plena adequação ao sistema normativo que os disciplina e ter sua finalidade sempre voltada à consecução do interesse público. A partir da presença de determinada situação fática, deve o agente público, nos limites de sua competência, praticar o ato administrativo que se ajuste à hipótese. Este ajustamento, por sua vez, deve ser por ele demonstrado com a exteriorização dos motivos que o levaram a praticar o ato, o qual deve necessariamente visar a uma finalidade pública.

Não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente.

Para que o ato praticado em consonância com a lei esteja em conformidade com a moralidade administrativa, é imprescindível que haja uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

³⁶ Art. 3º, I, da CR/88.

³⁷ Art. 55, II e § 1º, da CR/88.

³⁸ Art. 85, V, da CR/88.

³⁹ Arts. 129, III, da CR/88 e 25, III, “b”, da Lei nº 8.625/93.

A intenção do agente deve surgir estritamente vinculada ao propósito de atingir o bem comum, escolhendo um fim que se harmonize com a previsão abstrata da norma e permitindo que o ato, em sua gênese, se apresente, a um só tempo, em conformidade com a lei e a moralidade administrativa.

A conduta do agente deve ser juridicamente possível e estar em harmonia com os efeitos jurídicos previstos na norma, o que, aliado à real intenção de atingi-los, conferirá licitude ao ato. No entanto, ainda que haja completa adequação da conduta à norma e esta possa produzir determinados efeitos, o ato será ilícito se for viciada a intenção do agente em relação aos reais efeitos que pretende alcançar, pois somente na aparência haverá adequação à lei.

Para que seja identificada a real intenção do agente, a qual poderá revelar a verdadeira motivação do ato e o objetivo colimado com a sua prática, afigura-se impossível a penetração no psiquismo do mesmo, o que conduzirá à análise de tal elemento volitivo a partir da situação fática embasadora do ato e dos caracteres externos – ainda que não declinados – que venham a influir na sua prática. A intenção, assim, é indício aferidor da moralidade do ato, sendo também verificada a partir da compatibilidade entre a competência prevista na norma e a finalidade pretendida com a prática do ato⁴⁰.

O ato formalmente adequado à lei, mas que vise, em essência, a prejudicar ou beneficiar a outrem, será moralmente ilegítimo⁴¹, isto em virtude da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta.

Como desdobramento do que já foi dito, constata-se que, para a identificação da moralidade do ato, será sempre necessário analisar o motivo e

⁴⁰ Na lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (**O princípio da moralidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Genesis, 1993. p. 20) “a qualidade moral de um ato não deixa de ser para o hermenêuta de fácil constatação. A leitura da norma em face do ato, a eficácia do ato conforme o fato, levam ao conhecimento das situações criadas e das relações estabelecidas. As distorções ficam evidentes. A intenção fica ou não fica clara. O ato afronta ou não à ordem jurídica”. Quanto à situação fática, esclarece que “o fato imaginado, fantasioso, inventado, possivelmente criado, irrelevante para a sociedade, que não exterioriza acontecimento concreto, de gênese e fins políticos, estranho às formas aconselhadas pelo direito, tal fato só pode germinar reflexos não morais na ordem jurídica”. (Ibid., p. 56-57).

⁴¹ O administrador público deve “servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. (CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 2. p. 684).

o objeto em cotejo com o interesse público consubstanciado na finalidade, o que permitirá a identificação de possíveis vícios dos atos discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder.

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência da situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato – causa – e a natureza categorial de seu objeto - efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico almejado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade física), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios)⁴².

6.5. A Moralidade Administrativa na Jurisprudência Pátria. Em inúmeras oportunidades, os tribunais têm sido instados a analisar a compatibilidade dos atos do Poder Público com o princípio da moralidade administrativa. À luz da jurisprudência pátria, infringem tal princípio:

a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc.⁴³;

b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva⁴⁴;

c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de 8 (oito) anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir *déficit* técnico⁴⁵;

⁴² Cf. MOREIRA NETO, op. cit., p. 11-13.

⁴³ TJSP, 4ª CC., AP nº 186.613-1/0, rel. Des. Alves Braga, j. em 24.06.93, RT nº 702/71.

⁴⁴ TJSP, 7ª CC, AP nº 145.916-1/2, rel. Des. Campos Mello, j. em 26.06.91, RT nº 673/61.

⁴⁵ TJSP, 6ª CC, AP nº 193.482-1/7, rel. Des. Leite Cintra, j. em 09.12.93, RT nº 706/63.

d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante⁴⁶;

e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal⁴⁷;

f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita⁴⁸;

g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida⁴⁹;

h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo⁵⁰;

i) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para vigor na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República⁵¹;

j) abertura de conta-corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos⁵².

⁴⁶ TJMG, 4ª CC, Ap. nº 1.039/7, rel. Des. Alves de Mello, j. em 29.12.92, RT nº 699/140.

⁴⁷ STJ, 1ª., REsp. nº 37.275-5, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 15.09.93, RSTJ nº 53/322.

⁴⁸ STJ, 1ª T., REsp. nº 21.156-0, rel. Min. Milton Pereira, j. em 19.09.94, RSTJ nº 73/192.

⁴⁹ STJ, 6ª T., REsp. nº 79.961, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 29.04.97, RSTJ nº 97/405.

⁵⁰ STF, Pleno, MS nº 1748-1, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14.04.94, DJ de 10.06.94.

⁵¹ STF, 2ª T, RE nº 206.889-6, rel. Min. Carlos Velloso, j em 25.03.97, DJ de 13.06.97.

⁵² STF, 1ª T., RE nº 170.768-2, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26.03.99, DJ de 13.08.99.

7. Códigos de Ética. A atividade administrativa, de forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que defluem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação deste princípio, cujo conteúdo deflui de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa, como já fora visto, tarefa extremamente delicada e complexa, o que é conseqüência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos.

Com isso, são densificados os valores afeitos à moralidade administrativa e, conseqüentemente, tem-se um aumento de efetividade do princípio, pois seu alto grau de abstração passa a coexistir com comandos específicos que delineiam as vedações e os deveres a serem cumpridos pelo agente e disciplinam a forma de exercício de seus direitos. Para alcançar tais objetivos, são editados os denominados “Códigos de Ética” ou “Códigos de Conduta”, os quais, como deflui da própria etimologia da expressão, estatuem os padrões éticos a serem observados por seus destinatários.

Tais “Códigos” são extremamente difundidos entre diversas categorias profissionais (Códigos de Ética dos advogados, dos médicos etc.) e coexistem, em diversas unidades da Federação, com o regime jurídico dos servidores públicos.

Estatuída a deontologia a ser seguida pelos agentes públicos e sendo certo que a mesma aufere seu fundamento de validade nos princípios regentes da atividade estatal, conferindo-lhes maior determinabilidade com a previsão de condutas específicas a serem seguidas, torna-se possível dizer que a violação dos deveres éticos normatizados pelo Poder Público consubstanciará relevante indício da inabilitação moral do agente para o exercício da função pública, já que violado o princípio da moralidade.

Além das sanções de ordem disciplinar a que estará sujeito o agente, também incidirá a tipologia específica dos atos de improbidade constante da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), as quais assumem uma feição nitidamente repressiva. Ocorre que, como antecedente lógico desta, os “Códigos de Ética” desempenham um papel eminentemente preventivo, pois individualizam, de forma explícita ou implícita, os preceitos proibitivos que consubstanciam a improbidade administrativa, o que certamente contribuirá

para que os agentes adquiram consciência dos valores de ordem ética que devem seguir, direcionando, *pari passo*, sua atuação e evitando a prática dos atos de improbidade.

IV SÍNTESE CONCLUSIVA

I. Os princípios são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação.

II. Os princípios são estruturados a partir de um processo indutivo, o qual, por meio de um método de generalização crescente, permitirá que a análise de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam.

III. Os princípios não são meros complementos das regras, devendo ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios.

IV. Em razão de seu caráter normativo, a exemplo das regras, é imperativa a observância dos princípios.

V. De acordo com o princípio da juridicidade, a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra – passando a compreender regras e princípios.

VI. O princípio da moralidade é um elemento primordial do princípio da juridicidade.

VII. Moral é noção de natureza universal, variando em conformidade com o tempo, o local e os mentores de sua concepção, terminando por condensar os valores subjacentes a determinado grupamento.

VIII. A moral comum se distingue da moralidade administrativa na medida em que esta é retirada dos valores subjacentes à Administração Pública.

IX. A moralidade administrativa coexiste com a legalidade, não sendo mero apêndice desta.

X. O princípio da moralidade administrativa atua como um mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards*.

XI. Os atos administrativos, além de estarem em consonância com a lei, devem apresentar conformidade com a moralidade administrativa, sendo necessária a existência de uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, analisando-se no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milão: A. Guiffirè, 1960.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67, 1999.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático, para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55, 1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. **A ética**. Tradução de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Edições de Ouro.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. **Traité élémentaire de droit constitutionnel**. Paris: Librairie Dalloz, 1926.

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

- BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1994.
- BERTHÉLEMY, H. **Traité élémentaire de droit administratif**. 9. ed. Paris: Rousseau & Cie., 1920.
- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista Forense**, n. 157, p. 34, 1955.
- _____. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Laley Sociedad Anónima, 1964.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1989.
- BONARD, Roger. **Précis de droit public**. 7. ed. par Maurice Duverger, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1946.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 457.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHAPUS, René. **Droit administratif general**. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1995. t. 1.
- COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- D'ALESSIO, Francesco. **Istituzioni di diritto amministrativo italiano**. Torino: Unione Tipografica, 1932.
- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo. interpretação e aplicação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 701, p. 34, 1994.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 680, p. 34, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

DOREN, Charles Van. **Constitution des États Unis**. Paris: Correa, 1956.

DUEZ, Paul; DEBEYERE, Guy. **Traité de droit administratif**. Paris: Librairie Dalloz, 1952.

DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel**. 4. ed. Paris: E. de Boccard Éditeur, 1923.

_____. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1923. t. 2.

_____. _____. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1927. t. 1.

DUVERGER, Maurice. **Manuel de droit constitutionnel et de science politique**. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1948.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 56, p. 47, 1959.

ESMEIN, A. **Éléments de droit constitutionnel français et compare**. 7. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FERRAZ, Sérgio. O controle da administração pública na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 188, p. 64.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Corrupção administrativa: causas e remédios. **Revista de Direito Público**, n. 81, p. 182, 1987.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Probidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FORSTHOFF, Ernest. **Traité de droit administratif allemand**. Traduit de l'Allemand par Michel Fromont. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1969.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 129, p. 51.

GARCIA, Emerson. Da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 367, 2000.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1977.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular**: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, n. 93, p. 41.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 8. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

LAUN, Rudolf. **La démocratie, essai sociologique, juridique et de politique morale**. Paris: IIDP, 1933.

LENTINI, Arturo. **Istituzioni di direto amministrativo**. Milano: Società Editrice Libreria, 1939.

LEVY, Leonard W. **Origins of the fifth amendment**. Chicago: Ivan R. Dee, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolai. **O príncipe**. Tradução de Maria Lúcia Cumo. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, n. 178, p. 47.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 90, p. 57.

_____. O Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 152, p. 1.

_____. O Desvio de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 1, 1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997. t. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1, 1992.

NALINI, José Renato. Anotações sobre corrupção & honestidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 768, p. 439. 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PHILIPPE, Xavier. **Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises**. Marseille: Aix-Marseille, 1990.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RESTA, Raffaele. **La revoca degli atti amministrativi**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939.

RIPERT, Georges. **A Regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le Tiers État? Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179, n. 180, p. 51, 1990.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, n. 84, p. 53.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TÁCITO, Caio. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 8.

_____. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 218, p. 1, 1999.

_____. **Temas de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

RECUEIL d'études sur les sources du droit em l'honneur de Françoise Geny. Paris: Sirey. v. 2.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Universitaires de France, 1973.

WALINE, Marcel. **Droit administratif**. 9. ed. Paris: Sirey, 1963.

_____. **Notion juridique de l'excès de pouvoirs du juge**. Paris: Recueil Sirey, 1926.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1937.

**ANÁLISE DAS DOUTRINAS DO “MOOTNESS” E DO
“RIPENESS” NO DIREITO NORTE-AMERICANO E
AS NOCIVIDADES PARA UMA DEMOCRACIA
ENTRE LIVRES E IGUAIS DECORRENTES DA
DISTINÇÃO ONTOLÓGICA ENTRE UM
CONTROLE CONCRETO E ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE. UMA CONTRIBUIÇÃO
PARA O PROCESSO DISCURSIVO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA
TEMPO E RISCO COMO ELEMENTOS CONCRETOS
DO CONTROLE NORMATIVO**

*Cássius Guimarães Chai**

Mentem no passado. E no presente passam a mentira a limpo. E no futuro mentem novamente. Mentem fazendo o sol girar em torno à terra medieval/mente. Por isto, desta vez, não é Galileu quem mente, mas o tribunal que o julga herege/mente. Mentem como se Colombo partindo Ocidente para o Oriente pudesse descobrir de mentira um continente. Mentem desde Cabral, em calmaria, viajando pelo avesso, iludindo a corrente em curso, transformando a história do país num acidente de percurso. (Affonso R. de Sant’Anna)

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Doutor em Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e pela Benjamin Cardozo School of Law – Yeshiva University. Mestre em Direito Constitucional – FD – UFMG. Membro: da International Association of Constitutional Law e da International Association of Prosecutors; do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Instituto de Ciências Penais e da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Coordenador de Ensino e Extensão do Programa de Pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão e coordenador do Programa de Graduação da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – Unisulma.

A presente tese, apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, objetiva contribuir com e justificar uma prática incluyente e democratizante no e pelo controle judicial normativo, ou do conhecido controle judicial de constitucionalidade, como uma determinante na conformação da identidade constitucional de uma sociedade entre livres e iguais, com aporte nos fundamentos teóricos discursivos da democracia participativa e do constitucionalismo, sob a variável da limitação do exercício do poder, consignados o mecanismo antimajoritário, a aceitação do princípio do *rule of law*, e a proteção de direitos fundamentais¹, resultando em uma prática jurisdicional mais efetiva, mais ampla e mais próxima dos atores sociais atingidos pela aplicação do direito, a partir da problematização da natureza do controle de constitucionalidade quanto à **distinção ontológica desse controle entre concreto e abstrato na leitura da doutrina e da judicatura brasileiras, demonstrando algumas conseqüências processuais e teóricas nocivas para a cidadania decorrentes desse enfoque.**

O papel da judicatura, nesse contexto, reside em que, além de aplicar a lei, é instrumento que empresta potencial possibilidade de, na construção de uma identidade social-constitucional, favorecer o levantamento de pretensões à validade em um procedimento **equi**primordialmente estabelecido e de reconhecimento recíproco entre livres e iguais ao tempo em que permite uma interação entre a realidade legal e a social sem que, enquanto operador totêmico, crie sentimento de vulgaridade dos indivíduos considerando-os como de diferentes classes uns em relação aos outros, quiçá desmistificando

¹ Cf. ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives**. Durham: Duke University Press, 1994. p. 3; Cf. Idem. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Ainda, sobre direitos fundamentais propõe-se um correlato conceito com o de preceito fundamental em que se lho considera enquanto toda norma construída validamente ante a concorrência de todos os interessados afetados em um processo discursivo democraticamente instituído, reconhecendo a necessidade da preservação da identidade individual e coletiva na diversidade, ou seja, ao exercício efetivo da cidadania, movido pelos princípios da autonomia, da implicação ou reciprocidade e da participação. E no âmbito institucional relaciona-se com o dever, na perspectiva da moralidade política, e a possibilidade do cidadão em resistir aos abusos e às indiferenças decorrentes do exercício e do exercente das funções de poder (autoridade / decisão) da administração pública. Certamente que seu conteúdo se dá apenas no caso concreto.

classes de pessoas. Contudo, o papel da judicatura, se maquiavelicamente direcionado, pode instaurar tiranias ou ainda nazismos, emprestando uma imagem de legitimidade e solidificação de uma identidade nacional, como sói acontecer na Alemanha do III Reich².

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional desempenha um papel de mediar o *eu e o outro*. Um papel de Alteridade, construindo e (re)construindo a identidade constitucional, concorrendo para a construção do aceitável e do rejeitável. — O papel da jurisdição constitucional não deve estar circunscrito apenas enquanto um elemento do sistema de medidas técnicas cuja finalidade seja assegurar o regular exercício das funções estatais. Das funções estatais que quer criem direitos ou os execute³.

Se com Sócrates, Platão e Aristóteles inaugura-se a *decisão* histórica das diferenças, *decisão* que vive da perplexidade em se pensar a identidade como identidade e não apenas como igualdade, isto é, que enfrenta a dificuldade de se afirmar enquanto identidade no seio social das diferenças, essa mesma *decisão* vige hoje manifestando passado no presente, pelas tradições, as quais são recorrentes como critérios de escolhas, interpretações e avaliações.

² De acordo com Freud, os tabus têm origem em atitudes sociais ambivalentes e na verdade representam ações proibidas para as quais existe uma forte inclinação inconsciente. Existe amplo consenso, contudo, quanto à constatação de que os tabus vigentes em qualquer sociedade em geral se relacionam a objetos e ações de importância para a ordem social e pertencem ao sistema geral de controle da sociedade.

³ Cf. Em sentido contrário Hans Kelsen (Jurisdição Constitucional) p.123 ss. “A garantia jurisdicional da Constituição - a jurisdição constitucional - é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução.

O problema da regularidade da execução, de sua conformidade à lei, e por conseguinte o problema das garantias dessa regularidade, são objeto corrente de estudo. Já a questão da regularidade da legislação, isto é, da criação do direito, e a idéia das garantias dessa regularidade, enfrentam certas dificuldades teóricas. Não seria uma petição de princípio querer medir a criação do direito com um padrão que só é criado com o próprio objeto a medir? E o paradoxo que reside na idéia de uma conformidade do direito com o direito e ainda maior porque, na concepção tradicional, identificam-se sem maiores preocupações legislação e criação do direito,

De outro lado, a constatação de que a sociedade moderna é uma sociedade em essência complexa e de riscos aponta que, para a formulação de uma identidade que a todos represente *a priori*, é imprescindível a manutenção de um mecanismo de permanente e efetiva acessibilidade na plataforma discursivo-normativa ou em outras palavras no processo *do discurso normogênético* de aplicação que possibilite o sentimento de integração e pertinência⁴, que aqui se apresenta como questão de fundo do controle de constitucionalidade, apontando, inclusive, argumentos a reforçarem o controle difuso de constitucionalidade, buscando na desconstrução da distinção ontológica entre um controle concentrado em concreto e um controle concentrado em abstrato fundamentos jurídicos para o legítimo exercício de uma cidadania participativa pelo discurso jurídico sob condições de observância do *princípio democrático do direito* e da adequação dos resultados atingidos com o *princípio do igual respeito e consideração*. Ou seja, o que se pretende com uma cultura constitucional democrática, possibilitada pelo acesso à Justiça e identificando o papel institucional do Poder Judiciário, de sua mais elevada instância, o Supremo Tribunal Federal. De outra sorte, é necessário indagar-se, noutro plano, sobre os limites e as extensões desse papel, bem como suas implicações.

Assim, ao contrário da perspectiva do controle concentrado ou do difuso clássico que localizam a possibilidade do controle sob os órgãos que o exercem ou podem fazê-lo, aqui se desloca a perspectiva para o interessado no provimento jurisdicional, ou em outras palavras, para aquele que ver-se-á *afetado* pela decisão ou ato administrativo-normativo, ou ainda *afetado* pelos

e por conseguinte lei e direito; de sorte que as funções reunidas sob o nome de execução, a jurisdição, e ainda mais particularmente a administração, parecem ser, por assim dizer, exteriores ao direito, parecem não criar propriamente direito, mas apenas aplicar, reproduzir um direito cuja criação estaria como que acabada antes delas. Se admitirmos que a lei e todo o direito, regularidade equivale a legalidade, e então não é evidente que se possa ampliar ainda mais a noção de regularidade.

Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação e a aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito”.

⁴ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madrid: Reus, 1985.

efeitos do exercício do poder judicial⁵, permitindo-lhe provocar a apreciação do caso, que de sempre concreto, com a sua lesão ou ameaça a seu direito, **a quaisquer dos órgãos jurisdicionais**, fugindo-se à armadilha castradora da limitação objetiva dos legitimados ativos, como mecanismo de uma justiça discricionária, e portanto irradiadora de acepções. — Uma limitação formulada nos fundamentos da compreensão do processo judicial enquanto uma relação jurídica, na qual se atribui o exercício do papel da cidadania à instituições outorgando-se-lhes na letra da lei o *interesse processual* e desconhecendo ao povo, o seu legítimo direito a argüir o seu próprio direito o seu imediato interesse.

Limitações como essa autorizam, até sob argumentos de natureza administrativo-funcional, a remissão da defesa de direitos, mesmo que indisponíveis, à intempérie anomia de injunções políticos-institucionais.

Nesse sentido, albergado na compreensão de um devido processo⁶, busca-se verificar que um dos papéis do direito, ao tempo que é aquele de **assentar expectativas de direito**, é também o de pensar, avaliar e lidar com as conseqüências de riscos e os riscos em si, sem a pretensão de extingui-lo. Esse papel por assentamento de expectativas de direito encontra-se em parte, enquanto espaço de luta pelo direito, no exercício da jurisdição constitucional.

Assim, o controle de constitucionalidade, como produto histórico do constitucionalismo, que impõe, na modernidade, a busca racional de um fundamento plausível do uso da “força institucionalizada” e, limites aos potenciais arbítrios do Poder, ou de quem o exerça, é o mecanismo e é uma via procedimental argumentativa institucionalizada a possibilitar, no levantamento **das pretensões de validade, em concreto**, a informação de qual seja a *pretensão* revestida de legitimidade.

Uma outra questão logo emerge: o controle de constitucionalidade sendo afirmativamente uma possível via de verificação da tensão entre liberdade e igualdade, ou seja, da imposição de limites ao exercício do Poder, operaria a

⁵ Cf. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000. p.277- a governamentalidade.

⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

desocultação dos paradoxos⁷ advindos do uso criativo do Direito, possibilitando em última análise o resultado de um direito ao direito de resistir à lei, ou do reconhecimento deste direito imanente da própria ordem constitucional. Mas, além da possibilidade de ser uma via discursiva, ser um estado de discurso.

No mesmo sentido, assume-se que o uso do *controle normativo em abstrato* objetiva legitimar atos de poder excludentes⁸ distribuindo ônus sob o pretense argumento da segurança jurídica, com orientação político-governativa, valendo-se mesmo de opaca fundamentação no sintagma em nome “do excepcional interesse social”⁹. Pois, apenas o reconhecimento de que **as condições de tempo e humanas de racionalidade são limitadas** é que se dá lugar a uma teoria discursiva enquanto reconstrução, posto que a problematização dessas categorias conduz ao que Carvalho Netto diz ser a abertura da possibilidade de se lidar racionalmente com a complexidade envolta na determinação e no reconhecimento dos afetados não somente no instante, mas ao longo do eixo temporal para se levar a sério as mutáveis pretensões concretas a direitos levantadas pelos cidadãos na vivência cotidiana em uma comunidade de princípios sempre aberta ao processo histórico de aprendizado acerca de como se podem e se devem afirmar a liberdade e a igualdade reciprocamente reconhecidas a todos¹⁰.

Nesse relacionamento intra-sistemas, observa-se que o sistema do direito imiscui-se junto aos demais sistemas sociais em uma constante tensão

⁷ Cf. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria Social de Nicklas Luhmann**. Mexico: ITESO, 1996.

⁸ No sentido de se terem autorizados os riscos a serem assumidos e de desconhecer os ignorados. Excludentes do reconhecimento mútuo entre iguais.

⁹ Cf. Lei 9868/99 art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifos pelo autor). Semelhante redação se vê encartada na lei 9882/99 “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹⁰ Notas de classe disciplina Tópicos em Teoria da Constituição 2001.2ºSem. (Tópicos de Teoria da Constituição - Constituição Como Realidade Intersubjetiva; 45h/a). Programa de Pós-graduação da FDUFG.

entre a regulamentação do potencial e do desconhecido com a certeza e a segurança. Noutras palavras, a tensão entre as oportunidades e os riscos.

A precariedade do conhecer humano impõe a recolocação dessa problemática, não mais do molde do contrato social, mas da perspectiva da atuação da jurisdição constitucional radicalmente localizada nos efeitos oponíveis contra terceiros e vinculantes a todos, sejam os reconhecidos enquanto partes ou não. — Seria o que Tribe configura enquanto curvatura de atuação das decisões legais¹¹.

De outro lado, o exercício da jurisdição constitucional fundado na distinção ontológica entre um controle concreto e um controle abstrato tende a fragilizar o sentimento de pertencimento constitucional da identidade em constituição.

Essa fragilização parte de antemão da concessão do interesse processual ou do direito-de-ação de forma objetiva sem considerar, como afirmado, *todas as potencialidades de vida*, os casos futuros-concretos, embora nos fundamentos das decisões sejam recorrentes os argumentos do risco e da segurança jurídica. E de maneira mais nociva permite que, na articulação dos sistemas de controle concentrado e de controle difuso as decisões proclamadas naquela sede, tornem prejudicados os objetos sob exame nesta via incidental.

Assim, a estrutura discursiva institucionalizada, em sede de controle de constitucionalidade, nos diversos sistemas jurídicos, toma a determinação da legitimidade para provocação das funções de controle normativo como uma ferramenta ou para alargar o espaço e as possibilidades de discussão e de realização do próprio controle, ou para restringir o círculo de acesso à instância jurídica de onde se passa a ser **capaz de observar conscientemente, movido pelos princípios da participação e da implicação**, o próprio sistema social, de uma perspectiva da validade normativa. Em outras palavras, sobre o espectro de riscos, suas potencialidades e do desconhecimento dos afetados.

A nocividade de um processo constitucional que desconhece a alteridade, que por sua natureza secular é limitado pela não-ubiquidade humana espaço-temporal, tende a minar a lealdade jurídico-constitucional também em

¹¹ Cf. TRIBE, Laurence. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics. Harvard Law Review. Cambridge: Harvard University Press, n.103, v.1, p. 5-17, 1989.

razão dos efeitos promanados das decisões em sede de controle concentrado à revelia de um contraditório em simétrica paridade, algumas vezes deslocando a efetividade da validade da norma constitucional para a autoridade institucional de seu guardião, como tratado adiante sobre a Reclamação ao STF, outras vezes porquê se assume um lapso temporal para determinar a validade do direito, desconhecendo a própria validade de relações jurídicas já estáveis.

Inicia-se, portanto, traçando-se em linhas gerais alguns aspectos da função jurisdicional, dos sistemas e modos do controle de constitucionalidade, abordando-se em especial a questão da *distinção ontológica* acima referida para marcar que essa *distinção* é uma *distinção* funcional, e dela decorrem, inclusive, deformações no processo constitucional de controle normativo que afetam o princípio do contraditório e o princípio da igualdade.

A ameaça a direito e a ameaça à lesão são tão concretos e sensíveis quanto a lesão ao direito. Tal como o *risco* é suficientemente concreto para autorizar uma intervenção judicial liminar *inaudita altera pars* ou determinar uma antecipação de provimento judicial.

Não é por acaso que expressamente textos legais, leis ou decisões colegiadas, empregam os termos *ameaça*, *lesão* ou a expressão *ameaça a lesão* e até mesmo o verbete **risco**.

No Brasil **há a ameaça** como conduta típica, culpável e antijurídica.

A própria Constituição traz no bojo do art. 5º XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*. Por certo que a depender da autoridade que promova a dita lesão ou a ameaça a direito, a revisão do ato de violência (*gewalt*) pode perdurar uma eternidade judicial. Contudo, um ponto crucial a ser tematizado aqui é se há critérios legítimos para a seleção dos riscos, ou das situações de risco e, sobretudo quem ou qual órgão e sob quais condições discursivas assume o *locus* discursivo para determinar quais riscos ou situações-de-risco podem ser objeto da tutela judicial. Noutros termos, objeto do processo discursivo de controle normativo.

De outro lado, pela experiência norte-americana, as doutrinas do *mootness* e do *ripeness*, operando enquanto exceções como um dever ao exercício da jurisdição constitucional, trazem respostas plausíveis e mais coerentes com uma sociedade democrática do que as formulações erigidas sobre uma distinção ontológica do controle concentrado de constitucionalidade entre concreto e abstrato.

– O *mootness* e o *ripeness* são relacionados ao tempo e ao risco. Este ao aspecto da não judicialização prematura da questão, e aquele a sua não apreciação tardia. Assim, quanto ao tempo porque a provocação da jurisdição deve acontecer de modo a permitir uma intervenção eficaz. — Em razão do risco porque, conforme visto em *Roe v. Wade*, embora o fato primário trazido a juízo tenha se consumado, o risco subjacente à *case and controversy* capaz de se manifestar novamente, **constituindo uma situação de proteção permanente**, impõe a realização do controle normativo para se declarar a validade ou a invalidade da norma questionada.

Disto resulta que uma leitura mais acurada da decisão *Roe v. Wade* revela-se indispensável a fim de se recuperar essas doutrinas do *mootness* e do *ripeness* como a emprestarem fortes argumentos a favor da não abstração do *judicial review*, e, portanto, da legitimidade dos afetados para pleitear a intervenção judicial no reconhecimento, preservação e responsabilização de direitos ou de sua violação.

Para tanto, se justifica a recorrência às doutrinas do *mootness* e do *ripeness* que são, na prática do *judicial review*, exceções ao princípio do *case and controversy* e autorizam e determinam a atuação da jurisdição constitucional. São exceções que assumem a ameaça a direito, a ameaça de lesão a direito ou a situação de risco a direito como critérios definidores da legitimidade de agir e do interesse em um provimento judicial ou administrativo.

Cumprido, no bastante, assentar que as tradições republicanas brasileiras sempre se viram descomprometidas com um projeto incluído de uma alteridade igualitária. E, nesse descompromisso a distinção **público e privado** nas práticas institucionais de um Estado-social, como assenta Carvalho Netto¹², subtrai o respeito e a capacidade de autonomia dos cidadãos sob o discurso do protecionismo, e de múltiplos mecanismos transversais para o uso da comunicação ante a substituição representativa de suas próprias pretensões.

– A intenção está declarada: *assistencialismo* processual.

A palavra está cassada.

A espada – o Direito – como ameaça.

¹² Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

– Outra vez o Direito é interpretação. Carvalho Netto lembra que Gadamer vincula-se à tradição teórica da hermenêutica filosófica para resgatar os exigentes pressupostos que informam a postura do juiz em uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, apontando a imprescindibilidade de se tomarem os supostos iniciais de Ronald Dworkin, sobre **a unicidade e a irrepetibilidade** que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, **qualquer caso concreto, e acresça-se, seus riscos prementes e subjacentes**, sobre os quais se pretenda tutela jurisdicional, os quais exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico, **irrepetível por definição**. Em outros termos, todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um caso difícil, como um *hard case*.

Se de um lado o sistema difuso de controle normativo é compreendido pelo Supremo Tribunal Federal enquanto um modelo pluralista – de massas (sic. ADC1) –, de outro lado a imposição de um sistema concentrado sob o fundamento de que aquele outro se põe como ameaça ao princípio da segurança jurídica, além de se revelar, nos supostos do modelo germânico, dissonante com a sociedade pluralista brasileira, é um retorno a incompreensão dos limites temporais e humanos da racionalidade. Como visto, é não assumir a via de reconstrução social pela via da teoria discursiva de justificação de uma sociedade de livres e iguais.

– A distinção ontológica do controle de constitucionalidade entre abstrato e concreto tende a ocultar por meio das estruturas discursivas assimétricas o que não se pode justificar pela recorrência discursivo-coerente e consistente do argumento plausível.

O retrato do fisiologismo brasileiro, malgrado as novas cores, permanece com seus delineamentos como que fronteiras marcando a profunda diferenciação do *teu*, do *meu* e do *povo*, promovendo, com fundamento nos referenciais de uma interpretação autêntica, a conveniente seleção dos autorizados-a-participarem-do-jogo. — Como apontado, se o jurisdicionado não pode acessar a jurisdição constitucional, cedo ou antes, porque não manifestou suas pretensões sobre a decisão que lhe vincula, não mais é sujeito.

Com a pena objetiva-se o subjetivo; para no distorcer de sentidos preencherem-se os significantes com estudados significados tendo por destinatários a miríade de, assim consignados, insignificantes.

Oportuno lembrar as palavras de Wolfgang Zeidler, ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, durante a 7ª Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, realizada em Lisboa entre 26 e 30 de Abril de 1987¹³, ao distinguir entre as naturezas das causas apreciadas pelo Tribunal, dentre os quatorze tipos de situações elencados na Lei Fundamental¹⁴.

Zeidler fora preciso ao afirmar que as mais significantes questões de controle de constitucionalidade realizadas referem-se a questões abstratas e concretas e às queixas constitucionais, mas, ressaltou que, a exemplo do sistema americano, na Alemanha não há previsão normativa legal que autorize o controle preventivo ou a *advisory opinion*¹⁵.

¹³ Cf. ZEIDLER, Wolfgang. **The federal constitutional court of the federal republic of germany**: decisions on the constitutionality of legal norms. Notre Dame Law Review, n. 62, p.504, 1987. “In the Federal Republic of Germany, the Federal Constitutional Court is the principal body of constitutional jurisdiction. The Court’s exclusive jurisdiction is to decide constitutional questions arising under the Federal Republic’s Constitution, the Basic Law (das Grundgesetz). A constitution, particularly one that contains an extensive catalogue of basic rights binding on all public authority, will necessitate a greater degree of interpretation than other legal norms. Unlike other courts of last resort, access to the Federal Constitutional Court is limited, except in the case of constitutional complaints, to state and federal governments, state and federal courts, and parliamentary groups such as party factions and minorities in national and state legislatures. The role of the Federal Constitutional Court, therefore, is particularly significant, considering the potential far reaching effect of its decisions. (...) Nearly all of the Federal Constitutional Court’s jurisdiction, covering fourteen types of disputes, is defined in the Basic Law. **The most significant areas of review involve abstract and concrete judicial review and constitutional complaints. There are no statutory provisions for a preventative or an advisory judicial review of legal norms.** The Law Concerning the Federal Constitutional Court originally provided for the possibility of obtaining advisory opinions. The provision was soon dropped, however, in view of the difficulties that arose in conjunction with the binding nature of such decisions.” Zeidler, Dr. Iur. Presidente do BVerfG. Lei Fundamental Alemã (GRUNDGESETZ) art. 13.

¹⁴ Lei Fundamental Alemã (GRUNDGESETZ) art. 13.
¹⁵ **BVerfGG § 97** (texto vigente em Março 12, 1951) (revogado em Julho 21, 1956) [**BVerfGG** – Lei do Tribunal Constitucional Alemão]. É oportuno trazer a observação do então Presidente da Corte Constitucional Alemã, prof. Zeidler, Dr. Iur., in *ibid.* loc. Cit., de que a provocação para controle normativo, ajuizada ou pelo governo federal, ou por parte do Parlamento, ou ainda por parte de governo estadual, sobre a compatibilidade normativa entre atos normativos infraconstitucionais e o texto constitucional, sejam leis advindas do Parlamento Federal, das instâncias de poder dos entes federados ou de seus diversos órgãos administrativos, são questões de regra levadas à apreciação da Corte Constitucional pelos partidos políticos, momentaneamente, vencidos no debate do processo legislativo. **De outra sorte, lembra o Juiz Zeidler que o controle abstrato também é acessado nos casos em que uma autoridade administrativa, ou uma instância jurisdicional inferior ou qualquer outra agência federal**

Esta colocação é essencial. – Faz emergir o sentido equívoco do termo abstrato entre universal e não-existencial ou hipotético. E, pelo que se depreende do texto, ao colocar, além da categoria *abstrato*, a categoria *advisory opinion*, é de se admitir que o sentido empregado por Zeidler é o do *sentido universal*, ou seja, de uma *iuris questio* de interesse plural, não apenas particularizado.

– No *judicial review* norte-americano o art. III da Constituição Federal limita a Suprema Corte a conhecer questões que conformem os requisitos do *case & controversy*, ou seja, a legitimidade processual é coetânea ao interesse de agir. Isto significa que a Corte apenas poderá exercer sua jurisdição quando e somente quando se tratar de uma situação na qual haja *personnal injury* (lesão pessoal concreta e individualizada), *injury-in-fact* (lesão de fato concreta e individualizável), *real or immediate threat of harm* e *controversy capable of repetition* (ameaça real ou imediata e ainda pretensão”controvérsia de provável recorrência), não sendo admitido à Suprema Corte expedir a chamada *Advisory Opinion*¹⁶.

ou estadual recusa-se a aplicar uma lei ou norma administrativa sob a alegação de sua invalidade diante da lei Fundamental. Nesse sentido cf. **BVerfGG** § 76: (1) A solicitação do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de uma terça parte dos membros do Parlamento Federal, de acordo com o art. 93 num. 1 e 2 da Lei Fundamental, é admissível somente se o solicitante considera o direito federal ou estadual: 1. Nulo por sua incompatibilidade formal ou material com lei Fundamental ou outra norma federal, ou; 2. Válido, depois que um tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da federação ou de um Estado, não a aplica por considerá-la incompatível com a Lei Fundamental ou outra norma federal. Zeidler ainda menciona que há uma crítica ampla de que essas disputas políticas judicializadas são em geral aquelas que não são resolvidas institucionalmente dentro do Parlamento. De consequência, a precariedade de informações ante a não aplicação das normas, objeto do controle abstrato, e de suas implicações, tem imposta ríspida crítica a essa via de controle. *Loc cit.* [Commentators critically note that it is only the political disputes which were unsuccessfully resolved in the Bundestag that are continued in the courtroom. Because an abstract judicial review forces the Federal Constitutional Court to decide the constitutionality of a legal norm without access to sufficient information regarding the implementation of the norm or its implications, this review procedure has been subject to criticism.]

¹⁶ O caso histórico ocorrido entre o presidente George Washington e o primeiro Chief Justice da Suprema Corte Americana em que o presidente solicitava à corte conselhos sobre possíveis consequências da guerra entre a França e a Inglaterra para os Estados Unidos. O então Chief Justice John Jay respondeu que expedir uma opinião (decisão) sobre possíveis ações quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, acerca de sua constitucionalidade, sem que houvesse um fato concreto, apenas uma situação hipotética, seria uma ruptura (violação). O então Juiz

De seu lado, a doutrina e práticas americanas, ao associarem a compreensão do hipotético ou do acadêmico à categoria do abstrato, assumem que nesta situação uma pretensão não merece o *status* de judicializável e, portanto, é consignada enquanto contenedora das chamadas *advisory opinions*, e, por outro lado, diferenciam os casos do *Declaratory Judgment Act* de 1934, ao assumirem o *juízo de declaração de direito* ao afirmarem que a questão é judicializável, e, portanto, objeto de resolução, ao se indagar *se os fatos apresentados configuram um imediato ou atual conflito de interesses ou pretensões juridicamente oponíveis*. — Ressalta-se que o argumento do risco também se encontra expressamente elaborado nesses casos

disse: We exceedingly regret every event that may cause embarrassment to your administration, but we derive consolation from the reflection that your judgment will discern what is right. A respeito do tema cf. *The Declaratory Judgment Act* de 1934, na sua limitação a caso e controvérsia, manifestamente referenciou-se à provisão constitucional e é aplicável apenas em relação às controvérsias nesse sentido de natureza constitucional. A palavra atual é mais de ênfase do que de definição. Portanto a aplicação do *Declaratory Judgment Act* é apenas procedimental. O Congresso ao prover mecanismos de defesa e ao definir procedimentos quanto aos casos e as controvérsias de natureza constitucional está atuando dentro dos limites de suas competências sobre a conformação da jurisdição das cortes federais. O exercício desse controle do processo e da atuação jurisdicionais não confina a sociedade à forma e ao processo tradicional. Ao tratar dos mecanismos processuais o Congresso pode criar, melhorar ou mesmo abolir ou restringir. Mas, o processo deverá ser conformado consoante determina a própria constituição. Uma pretensão nesse sentido deve ser aquela adequada à judicialização. Uma pretensão judicializável é portanto distinta de uma diferenciação ou de uma disputa de natureza hipotética ou abstrata; ela é distinta de uma disputa acadêmica ou moot. A pretensão deve ser definida e concreta afetando e criando situações jurídicas entre interesses legais oponíveis. Deve ser uma pretensão real e substancial possibilitando uma atuação efetiva por parte do Judiciário, diferente de uma consulta sobre fatos hipotéticos. Cf. *Maryland Casualty Co. v. Pacific Coal & Oil Co.*, 312 U.S. 270, 61 S.Ct. 510, 85 L.Ed. 826, (pag. 273 of 312 U.S., pag 512 of 61 S.Ct., 85 L.Ed. 826): ‘The difference between an abstract question and a ‘controversy’ contemplated by the Declaratory Judgment Act is necessarily one of degree, and it would be difficult, if it would be possible to fashion a precise test for determining in every case whether there is such a controversy. Basically, the question in each case is whether the facts alleged, under all the circumstances, show that there is a substantial controversy, between parties having adverse legal interests, of sufficient immediacy and reality to warrant the issuance of a declaratory judgment. Cf. *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 239-242, 57 S.Ct. 461, 463, 464, 81 L.Ed. 617, 108 A.L.R. 1000. It is immaterial that frequently, in the declaratory judgment suit, the positions of the parties in the conventional suit are reversed; the inquiry is the same in either case. *Nashville, C & St. L.R. Co. v. Wallace*, acima mencionado (288 U.S. 249) pag. 261 (53 S.Ct. 345, 77 L.Ed. 730, 87 A.L.R. 1191).

sobre pretensões oponíveis na jurisprudência da Suprema Corte Americana e das Cortes Federais Distritais e dos Circuitos, como se diz: *It's the function of the Declaratory Judgment Act to afford relief against peril and insecurity*¹⁷.

A Lei Federal 9868/99, ao disciplinar a via direta ou concentrada do *controle abstrato de constitucionalidade*, mediante a regulamentação e estruturação do processo e julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, **manteve o rol de legitimados restringido**, consoante determina a CF em seu art. 102, e **não admitiu expressamente a intervenção de terceiros**, mas, outorgou ao ministro relator a soberania de permitir o ingresso no processo discursivo de aplicação outros órgãos ou entidades, tendo por critérios *a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes*, sic art.7º, §2º. Outra vez, critérios gordurosos ou não critérios.

A Lei Federal 9882/99 a par-e-passo da LF 9868/99, também contemplou a possibilidade de no processo e julgamento da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, a critério do relator, ser autorizada

¹⁷ Cf. *Reliance Life Ins. Co. v. Burgess*, 8 Cir., 112 F.2d 234; *Mississippi Power & Light Co. v. City of Jackson*, 5 Cir., 116 F.2d 924; *Oil Workers Inter-Union v. Texoma Nat. Gas Co.*, 5 Cir., 146 F.2d 62. *leading cases* interpretando e aplicando a *Lei Federal Declaratory Judgment Act* *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 57 S.Ct. 461, 81 L.Ed. 617, 108 A.L.R. 1000, no qual uma companhia de seguros teve admitida uma Ação Declaratória para assegurar que uma apólice de seguro de vida prescrevera por ausência de pagamento e porque o segurado não sofrera incapacidade permanente. A corte decidiu que a questão tratava-se de uma pretensão oponível nos parâmetros da Declaratory Judgment Act. O Ministro-presidente relembrou os precedentes (pag. 239-241 of 300 U.S., pag 463 of 57 S.Ct., 81 L.Ed. 617, 108 A.L.R. 1000;) *In Altwater v. Freeman*, 319 U.S. 359, 63 S.Ct. 1115, 87 L.Ed. 1450, an action was brought to adjudicate that certain patents were invalid or in the alternative, that they were covered by a certain license agreement. The Court held that the action might be maintained. It remarked that unless the plaintiff could obtain an adjudication of his rights, **he incurred the risk of judgments** for damages in infringement suits and added that 'It was **the function of the Declaratory Judgment Act to afford relief against such peril and insecurity**. (pag. 365 of 319 U.S., pag. 1118 of 63 S.Ct., 87 L.Ed. 1450.). *In Dewey & Almy Chemical Co. v. American Anode*, 3 Cir., 137 F.2d 68, it was held that an action for declaratory judgment would lie to determine the validity of a patent. The same conclusion was reached in *E. Edelmann & Co. v. Triple-A Specialty Co.*, 7 Cir., 88 F.2d 852, 854, in which Judge Lindley stated: 'It was the congressional intent to avoid accrual of avoidable damages to one not certain of his rights and to afford him an early adjudication without waiting until his adversary should see fit to begin suit, after damage had accrued.

a participação, não de terceiros, mas de interessados no processo através de sustentação oral e da juntada de memoriais, *sic art. 6º, §2º-LF.9882-99*. É necessário o registro que aqui não se tratam das partes, *sic art.6º, §1º*.¹⁸ O legislador passou a admitir a figura do *amicus curiae*¹⁹, aquele que não é parte

¹⁸ in verbis: “§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

¹⁹ Cf. Entrada no American Heritage Dictionary: “A party that is not involved in a particular litigation but that is allowed by the court to advise it on a matter of law directly affecting the litigation.” Cf.: “*amicus curiae*: “an adviser to the court on some matter of law who is not a party to the case; usually someone who wants to influence the outcome of a lawsuit involving matters of wide public interest.” in *amicus curiae*.” The New Dictionary of Cultural Literacy, Third Edition. Houghton Mifflin Company, 2002. O Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI-MC 2321 - DF - TP - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 10.06.2005) assim se manifestou sobre a figura do *amicus curiae*: PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* - UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. **A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.** - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. O procurador-geral da república, quando ajuizar ação direta, deve assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, deduzindo pedido de declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Incumbe, ao Procurador-Geral da República, quando ajuizar a ação direta, o dever de assumir todos os encargos inerentes à posição de quem faz instaurar o processo de fiscalização normativa abstrata, inclusive aquele que se refere à obrigação de pedir a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado. Encargo processual atendido, na espécie, pelo Chefe do Ministério Público da União. - O Procurador-Geral da República não mais pode, ante a pluralização dos sujeitos processuais ativamente legitimados ao exercício da ação direta (CF, art. 103), limitar-se ao mero encaminhamento formal de representações que lhe venham a ser

direta no processo, mas aconselha a Corte, **mediante interesse, afetando o resultado da prestação jurisdicional.**

A própria Corte Brasileira reconhece o relevo do papel do *amicus curiae*, ora afirmando sua importância enquanto configurador do pluralismo no debate constitucional, ora reconhecendo-o como defensor dos interesses ou de indivíduos afetados pelo resultado final.

Assim, após tratarem-se de alguns aspectos da Jurisdição Constitucional e de se **marcar a distinção funcional** entre um controle de constitucionalidade concentrado *abstracto e concreto*, e não ontológico, passa-se à questão *do risco na perspectiva da decisão em sede de Jurisdição Constitucional.*

Não se trata, como afirmado acima, de um controle normativo do risco no sentido de sua eliminação. Mas, como demonstrado adiante, trata-se de se evidenciar o *argumento do risco* como um argumento utilizado no exercício do provimento jurídico, tanto judicial quanto legislativo, já que a própria decisão se apresenta como um ato de coação devendo, portanto, recordar as demais possibilidades excluídas. Nesse sentido, a Teoria Discursiva de Aplicação do Direito e a Teoria do Direito como Integridade desnudam as incoerências de *um sistema de controle normativo* que se afirma democrático, mas que realiza uma prática procedimental seletiva quanto aos autorizados-a-participarem-do-jogo comunicativo e cujos efeitos são vinculantes a todos e contra qualquer um, resultando em um provimento que desprovê o cidadão de sua própria identidade constitucional. — Nesse ponto, resta inequívoco que compreensão de democracia é reciprocamente determinada pela compreensão de constituição, e a compreensão de legitimidade é o elemento subjacente dessa relação mútua e tensa. E esta análise se empreende da perspectiva de um

dirigidas, incumbindo-lhe assumir - como se impõe, de ordinário, a qualquer autor - a posição de órgão impugnante da espécie normativa por ele questionada, deduzindo, sem qualquer ambigüidade, pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade das leis e atos estatais cuja validade jurídica conteste em sede de controle concentrado. - Desde que se ampliou, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a pertinência subjetiva da lide, com o estabelecimento de um regime de legitimidade ativa "ad causam" concorrente (CF, art. 103) não mais subsiste a "ratio" que justificava, sob a égide das Cartas Políticas anteriores, o comportamento processual adotado, em muitos processos, pelo Procurador-Geral da República, a quem incumbia, então, enquanto "dominus litis", o monopólio da titularidade do poder de agir em sede de fiscalização normativa abstrata.

sistema social de riscos por três razões: risco é uma variável presente em qualquer sistema social, é criado e impingido por organizações e instituições as quais se supõem responsáveis por sua administração e seu controle²⁰; a dimensão do risco decorre da qualidade das relações e dos processos sociais; e, primariamente o risco decorre da dependência social de instituições e atores sociais que se indiferenciam, obscurantizam e **se tornam inacessíveis** pelas pessoas afetadas pelos riscos em questão.

Exemplificadamente: ao impedir o povo, um breve retorno às justificações para os vetos encetados ao art. 2º da lei 9882/99, **sob o discurso da assistência, de ele próprio (povo) considerar os riscos das situações**, ensina-se-lho a aceitar, a qualquer tempo, em qualquer sociedade e nesta especialmente, sem questionar, qualquer norma de conduta. O povo passa, então, a desconhecer o conteúdo normativo.

É preciso deixar assentado que a compreensão do controle normativo concentrado idealizado por Kelsen, como anotado com a Constituição de 1920 e sua reforma de 1929, pressupunha o não retorno ao governo de juízes observado no sistema germânico pela Escola Livre do Direito²¹ e *da jurisprudência livre*. Contudo, um ponto essencial que merece destaque é que o **controle normativo quanto à validade constitucional** operando da perspectiva da separação qualificada dos poderes não era diretamente exercido por um órgão judicial. Já observava Kelsen que sendo o Estado um ordenamento jurídico que se diferencia apenas quantitativamente e não qualitativamente²², posto que todo ato de poder público manifesta-se enquanto ato jurídico ou como ato de produção ou de execução de normas jurídicas, o ato judicial como

²⁰ Cf. Nessa perspectiva, credibilidade e confiança são questões nascidas no campo do risco. Logo, credibilidade institucional, credibilidade de mercados etc.

²¹ Cf. SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p.165. Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.317 ss. Em sentido semelhante cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30 ss : "... No sistema difuso que praticamos, a possibilidade do controle incidenter tantum ativa a instrumentalidade do próprio processo jurisdicional à ordem constitucional, sem a necessidade da cisão do julgamento da causa (nos sistemas europeus, o órgão judiciário somente delibera a questão constitucional e envia o julgamento à corte competente)."

²² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 3.ed. Tradução de J. Crettela Jr e Agnes Crettela. São Paulo: ERT, 2003. p.134 ss; cf. Idem. **Teoria pura do direito**. p. 292 ss.

ato de produção de direito haveria de se limitar ao caso concretamente trazido a sua análise em uma interpretação autêntica da própria norma aplicada ou aplicável. E, assim, para Kelsen nesta diferenciação quantitativa a decisão judicial é a continuação, mas não o começo, do processo de criação jurídica²³.

²³ Cf. *Idem. Criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador; flexibilidade do Direito e segurança jurídica in Teoria Pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.277 ss; p.283 ss; p.295; p.300 ss — Nessa alheta, Kelsen pontua que as funções cometidas ao estado e que se dividem, na tradição da Teoria Geral do Estado, em legiferação, administração e jurisdição, são todas funções jurídicas, mas se a legiferação é considerada enquanto uma função do Estado é porque esta função é realizada por um Parlamento, segundo o princípio da divisão do trabalho, e que para tal é eleito através de um processo fixado pela própria ordem jurídica. Kelsen ressalta que os indivíduos que exercem função legislativa no parlamento o fazem não na condição de funcionários do Estado, mas o fazem como parte de um processo essencial de criação legítima do direito. p.325 ss.

Kelsen, ainda, em *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: **Jurisdição Constitucional** afirma que: o controle da constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição. E mesmo no caso de que a Constituição exclua totalmente determinado conteúdo de lei, de modo que uma lei constitucional com tal conteúdo não possa absolutamente ser adotada, por exemplo a lei de um estado-membro que intervém na competência federal (e que, mesmo adotada como lei da Constituição estadual, não esteja conforme à Constituição federal), ainda nesse caso a inconstitucionalidade da lei consiste na sua adoção; não no fato de não ter sido adotada de maneira devida, mas no simples fato de ter sido adotada. O suporte fático [*Tatbestand*] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma - fato e norma são conceitos distintos - mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser subsumido pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser subsumido a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou consequência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplicá-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em todos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é subsumido à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela. O tribunal constitucional, por outro lado, reage ao julgamento de inconstitucionalidade de uma lei com o ato que corresponde, como *actus contrarius*, ao suporte fático inconstitucional da produção da norma, isto é, com a anulação da norma inconstitucional, seja apenas - de modo pontual - para o caso concreto, seja - de modo geral - para todos os casos.

Quando Schmitt caracteriza o controle da constitucionalidade de uma lei no sentido de que aqui é apenas “confrontado o conteúdo de uma lei com o de outra, sendo esta-belecida uma colisão ou contradição”, de modo que apenas “são comparadas regras gerais, mas não subsumidas

— Kelsen no texto *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? [Quem deve ser o guardião da constituição] publicado entre 1930"31 in Die Justiz* afirma que a leitura feita por Schmitt da teoria do gradualismo, ou seja, de que tanto a lei quanto a decisão criam direito, e que portanto polemiza, não tem quase nada a ver com **a teoria do gradualismo defendi-da por ele [Kelsen]**. — Diz o autor de Teoria Pura do Direito que há um mal-entendido *grosseiro*. Schmitt crê estar refutan-do essa teoria quando escreve:

Quando uma norma é mais difícil de modificar que outra, trata-se – sob todos os aspectos pensáveis: lógico, jurídico, sociológico – de outra coisa que uma hierarquia; uma atribuição de competência por meio de lei constitucional não está, com respeito aos atos emanados pelo órgão competente, na posição de autoridade superior (pois uma normatização não é uma autoridade), e a lei ordinária não é, com maior razão, subordinada à lei mais difícil de modificar.

– Acresce pois, Kelsen, que se ele sustentasse que a Constituição só está “acima” da lei porque é mais difícil de modificar que esta, então sua teoria seria de fato tão absurda como Schmitt a expõe.

De outro lado, afirma Kelsen que Schmitt, em sua crítica, ignora um pequeno detalhe, aquele no qual Kelsen diferencia com a máxima ênfase entre Constituição no sentido material e Constituição no sentido formal, e que fundamenta a subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não através da forma da Constituição, puramente acidental e não essencial, mas sim através

uma à outra ou aplicadas uma à outra”, ele força um entendimento da realidade de modo tal que não vê a diferença entre a lei como norma e a produção da lei como suporte fático. Ele é simplesmente vítima de um equívoco. Em consequência, fa-lha totalmente o seu argumento, apresentado em todas as va-riações possíveis, de que não existe uma ‘jurisdição da lei constitucional sobre a lei ordinária’, nem “uma jurisdição da norma sobre a norma, uma lei não pode ser a guardiã de uma outra lei”. Na jurisdição constitucional não se trata como Schmitt exige da teoria normativa que analisa essa função - de que uma norma deva “proteger normativamente a si mesma”, ou que uma lei mais forte deva proteger uma lei mais fraca ou vice-versa, mas sim meramente que uma nor-ma deve ser anulada em sua validade pontual ou geral porque o suporte fático de sua produção está em contradição com a norma que regula tal suporte fático e que está, por isso mes-mo, num nível superior”. p.256-257.

do seu conteúdo. Observa com percuciência Kelsen que a Constituição interessa como norma que está acima da legislação porque define o procedimento legislativo, e em certa medida também o conteúdo das leis (a ser emanado com base na Constituição); do mesmo modo que a legislação está acima da assim-chamada execução (jurisdição, administração), eis que regula a formação e – em medida bastante ampla – o conteúdo dos respectivos atos. Na relação entre o nível da legislação e o da execução, a questão da alterabilidade mais fácil ou mais difícil não tem nenhum papel. — Diz Kelsen que Schmitt deveria sabê-lo, mesmo que tivesse lido apenas a comunicação sobre “Essência e desenvolvimento da jurisdição do Estado” [Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit] (in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, 1928), ou ao menos a p. 36 do mesmo escrito.²⁴

Kelsen ainda observa que:

Uma pesquisa jurídica científica que se ocupa com a possibilidade de uma jurisdição constitucional não deveria, por fim, ignorar o fato de que já existe um Estado – precisamente a Áustria – em que há mais de um decênio funciona uma jurisdição constitucional central perfeitamente organizada. Analisar a sua real eficiência seria certamente mais frutífero que indagar sobre a sua compatibilidade com o conceito de Estado legislativo. Schmitt se contenta em colocar a “solução austríaca” entre aspas e observar que “no cansaço da primeira década após o *crash*, o exame do significado objetivo de tal alargamento da jurisdição não foi adequado, satisfazendo-se com normativismos e formalismos abstratos”. “Normativismos” e “formalismos” seriam uma referência à Escola de Viena; bem, esta não foi impedida por sua “abstração” de realizar um trabalho criativo-jurídico bastante concreto, onde se inclui a Corte Constitucional austríaca, cujo “significado concreto”, em todo caso, Schmitt deixa de examinar, não descendo para tanto do alto de suas próprias abstrações.

A impossibilidade teórica desse método, a sua contradição interna, tornam-se manifestas também quando Schmitt, na

²⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: _____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003 .p. 259ss.

conclusão de seu escrito, põe-se a deduzir das suas premissas teóricas o desejado resultado de política do direito.

Lê-se ali: “Antes portanto de instituir, para questões e conflitos eminentemente políticos, um tribunal como guardião da Constituição, sobrecarregando e ameaçando o judiciário com tal politização”, deveria ser lembrado o conteúdo positivo da Constituição de Weimar, a qual, no juízo de Schmitt, institui o próprio presidente do *Reich* como guardião. Isto significa, nem mais nem menos, que para questões e conflitos eminentemente políticos não se deve instituir um tribunal como guardião da Constituição porque através da atividade de tal tribunal a jurisdição seria politizada, sobrecarregada e ameaçada. A jurisdição? Como poderia justamente a jurisdição ser sobrecarregada e ameaçada pela jurisdição constitucional, quando esta última – como Schmitt ininterruptamente se esforçou por demonstrar – não é absolutamente *jurisdição*?

Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos *limites* da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. Nesse contexto, porém, a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim **como um problema sobre a melhor configuração da função desta**, devendo-se separar claramente ambos os problemas. **Caso se deseje restringir o poder dos tribunais**, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, “a qual pode tornar-se o expoente de forças

políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento”. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la. Trata-se do antiquíssimo dilema platônico: *politeia* ou *nomoi*?; reis-juizes ou legislador régio? Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como formulei anteriormente – como *legislador negativo*. Porém entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e o dos tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. **Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como legislador negativo** (no sentido material da palavra *lex-Lei*). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis.²⁵ (grifos não constam do original).

²⁵ Idem.p.260-264.

De outro lado como afirma Kelsen “para não permitir que a jurisdição constitucional valha como jurisdição, para poder caracterizá-la como legislação, Schmitt apóia-se numa concepção da relação entre essas duas funções que acreditávamos até então poder considerar há muito obsoleta. Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas “deduzida” desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico! Schmitt afirma de fato com toda seriedade que a “decisão” do juiz “é deduzida no seu conteúdo de uma outra decisão, mensurável e calculável, já contida na lei”. Também essa doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que - dado o seu caráter geral -lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas “acha” direito já formado, “acha” uma decisão já existente

Essa distinção é crucial porquê desta compreensão resulta que:

1. O Poder Judiciário no sistema austríaco não realizava controle normativo;

2. Essa operação pelo Tribunal Constitucional era consignada enquanto uma operação abstrata porquê,

na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo⁷. Não é portanto tão estranho que Schmitt, depois de haver se servi-do dessa teoria do automatismo para separar, como princípio, a jurisdição como mera aplicação da lei e a legislação como criação do direito, e depois que ela lhe assegurou o principal argumento teórico em sua luta contra a jurisdição constitucional – “uma lei não é uma sentença, uma sentença não é uma lei” –, coloque-a de lado, declarando enfaticamente: “Em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei”. Pois bem, é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter político. Com isso, porém, toma-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político. Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas. É difícil que haja outra explicação além desta: a tese de que a jurisdição constitucional não é jurisdição é tão importante, sendo até mesmo sustentada por Schmitt em contradição com sua própria compreensão teórica, porque constitui o pressuposto de uma exigência da política do direito: como a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei e a anulação de uma lei inconstitucional não são jurisdição, por isso mesmo tal função não pode ser confiada a um colégio de juízes independentes, mas deve ser confiada a um outro órgão. Trata-se apenas de outro uso da mesma argumentação quando Schmitt divide os Estados – segundo a função preponderante em cada caso – em Estados jurisdicionais e Estados legislativos, concluindo do fato de que um Estado – como o Reich alemão hoje seja um Estado legislativo que: “Num Estado legislativo, ao contrário, não pode haver jurisdição constitucional ou jurisdição do Estado como o apropriado guardião da Constituição”. Do mesmo modo afirma: “Num Estado que não seja puramente jurisdicional, esta [a jurisdição] não pode exercer tal função.” Talvez porém fosse mais correto dizer que um Estado cuja Constituição estabelece um tribunal constitucional não é, por isso mesmo, um “Estado legislativo”, do que concluir, porque tal Estado não se encaixa nesse esquema teórico, que aqui “não pode” existir um tribunal constitucional. É sempre a mesma técnica de deduzir de um conceito jurídico pressuposto uma configuração jurídica desejada, a típica mistura de teoria jurídica com política do direito. Ibid.p.257ss. Em sentido contrário ver SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. [Verfassungslehre] Madrid: Alianza Editorial, 1982(1996).

conforme a descrição kelseniana nos supostos do sistema de *checks and balance*, **não aplicava diretamente a norma controlada**²⁶.

Nesse sentido, a abstração da norma no sistema austríaco é diretamente associada à não aplicabilidade do resultado do controle normativo ao caso suscitado. Muito embora haja as situações em que o Tribunal Constitucional atue diretamente na preservação de direitos individuais, na Jurisdição Austríaca²⁷ e de direitos fundamentais, na Jurisdição Alemã, conforme determina o art.90 da LFA; e nestes casos, diz-se que o Tribunal Constitucional realiza o controle concreto²⁸.

²⁶ Ainda hoje vige o art.89 da Constituição da República da Áustria que determina o impedimento das cortes e juízes do exame da validade (conformidade constitucional) das leis, tratados ou normativas administrativas, devendo, diante da situação jurídica da compreensão de que uma norma não deva ser aplicada, encaminhar em libação a questão para a Corte Constitucional. E, precavidamente, se a indigitada norma veio a ser revogada, ainda assim a instância judiciária que enfrenta a situação deve requerer a manifestação da Corte Constitucional para se posicionar sobre a compatibilidade e conformidade constitucional ou não, pois disto decorrerão decisões tomando-se por referência os efeitos da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

²⁷ É de se registrar que o sistema judiciário austríaco tem em sua estrutura uma Suprema Corte (art. 92), competente para julgar em última instância recursos em matéria criminal e cível; uma Corte Administrativa (art. 109), competente para verificar da legalidade de todos os atos da administração pública, com sede em Vienna; e a Corte Constitucional. A legitimidade para provocar a atuação da Corte Administrativa vincula-se- às questões de ilegalidade de atos administrativos, e é assegurada a qualquer um que, havendo exaurido as instâncias judiciais, alegue violação de seus direitos(sic art. 131). De outro lado o art. 144 assegura, observado o princípio da subsidiariedade o acesso direto à Corte Constitucional a quem alega violação de direito individual sob os argumentos ou da ilegalidade, ou da inconstitucionalidade ou de um tratado contrário ao direito estabelecido. Cf. Constituição da República da Áustria.

²⁸ Cf. Zeidler *ibid.* loc. cit. Qualquer Corte que aplica uma norma, da qual dependa a fundamentação de sua decisão, deve primeiro examinar a compatibilidade desta norma com uma que lhe seja superior, em especial a Lei Fundamental. Se a referida Corte conclui, meras dúvidas não bastam, que uma lei aprovada pelo Parlamento, uma lei formal, não é compatível com a Lei Fundamental então a Corte deve suspender o processo e encaminhar a questão de incompatibilidade normativo-constitucional para o Tribunal Constitucional Federal. Este é o caso também de violação da Lei Fundamental ou de qualquer lei federal por lei Ente Federado. — O Tribunal Constitucional Federal irá apenas decidir se a indigitada lei é ou não compatível com a Lei Fundamental. Subsequentemente, a aplicação concreta na questão deve ser realizada pela Corte que suscitara a inconsistência. E aqui segue crucial advertência, a autoridade de declarar uma norma legalmente aprovada pelo Parlamento de inconstitucional é reservada

No sistema brasileiro tem-se o Supremo Tribunal Federal como o órgão máximo do Poder Judiciário realizando, *se aceitável a distinção*, a interpretação e a aplicação dos dispositivos legais interpretados. Portanto, **da compreensão de um sistema de controle normativo a operação do controle** não é apenas não abstrata porque a mesma Corte realiza as duas operações, a de interpretação (fixar o sentido) e a de aplicação, sendo uma e outra a mesma coisa²⁹, mas porquê **supõe-se o risco como elemento concreto do controle**, seja em que sistema constitucional for.

A esse mecanismo operacional de *libação da questão* por uma Corte Judiciária que suspende o processo e representa à Corte Constitucional para manifestação sobre a constitucionalidade da norma legal a que se recusa aplicação, a doutrina americana compreende como um *juízo de referência*.

– No sistema judiciário americano há uma possibilidade de esta situação ocorrer. Quando por exemplo uma Corte Federal se defronta na situação de interpretar uma norma estadual, seja na possibilidade de aplicação de normas distintas, ou quando se alega que a lei estadual viola norma federal. Neste caso, a Corte Federal pode decidir suspender o feito e remeter a questão para a Suprema Corte Estadual declarar qual o direito [*certify the question to the highest state court*]³⁰. — É quando há a suscitação de conflito sobre a

exclusivamente ao Tribunal Constitucional Alemão a fim de assegurar, não apenas a separação de poderes, mas de evitar e proibir que uma corte inferior de obstacularizar a vontade da legislação democraticamente estabelecida. Ou seja uma inequívoca distinção entre legitimidade da judicatura e legitimidade preservada à legislatura. É de se registrar que o Tribunal Constitucional Alemão reconhece sua competência para conhecer da constitucionalidade tanto de normas pós-constituição, como toda norma anterior a atual ordem constitucional. Nesse sentido cf. 63 BverfGE 181, 188; 66 BverfGE 248, 254-55; 70 BverfGE 126, 130.

²⁹ Ressalta-se que da compreensão do giro linguístico, superada a filosofia da consciência, o ato de interpretar em si constitui a aplicação de sentido (s). Müller diz acerca da dissolução dos direitos fundamentais em “valores”, em *Discours de la Méthode Juridique*, em nota-de-página n213, que exatamente no que Alexy se equivoca é não haver assimilado o giro pragmático da teoria da linguagem, e em especial por compreender a norma como um dado anterior ao caso concreto.p.154-155. Cf. HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.p19.; Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997. p.11.

³⁰ Quase todos os regimentos das Cortes Supremas ou das Hight Courts dos Estados possuem expressa disposição sobre a matéria. Cf. REITZ, John C. **AMERICAN LAW IN A TIME OF GLOBAL INTERDEPENDENCE: U.S. NATIONAL REPORTS TO THE XVITH INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW: SECTION IV: Standing to**

interpretação de uma norma da Constituição Estadual ou outra norma estadual que não constitucional. Neste aspecto, a Suprema Corte Estadual não aplica a sua interpretação ao caso em concreto, mas devolve o seu entendimento à Corte Federal para continuidade do julgamento. — De outro lado, às Cortes Estaduais não é permitido solicitação de interpretação de norma federal às Cortes Federais.

No direito germânico, Juan Sola observa que a Constituição Alemã ao predeterminar as situações do controle normativo, limita o intérprete alemão a não questionar a extensão do próprio controle normativo e a competência da Corte Constitucional, e conseqüentemente, não se questiona sobre a legitimidade do controle realizado tal como ocorre no sistema norte-americano.

Essa limitação opera risco em sentido duplo, de um lado porque obsta o legislador de rever a decisão da Corte dentro de um processo legislativo, pois que a atuação naturalmente legislativa negativa já pressupõe suprir o discurso legislativo. De outro lado, como apontado por Juan Sola, assim na Alemanha como nos demais países europeus, a atuação das Cortes Constitucionais tem sofrido um elevado índice de atuação no sentido de estabelecer explicitamente ao Poder Legislativo os limites da constitucionalidade assinalando-se-lhes um programa legislativo. Como afirma Juan Sola esta situação tem favorecido uma judicialização do processo político que tende a limitar o próprio processo político-legislativo por imposição de valores pelo Tribunal Constitucional aos demais atores políticos sem que haja um controle popular para essas decisões³¹. Citam-se da Alemanha os exemplos B Verf.39, 1 e B Verf.88, 203 sobre o aborto; a decisão sobre o Tratado de Maastricht B Verf.89,155³².

Raise Constitutional Issues. American Journal of Comparative Law. n.50 Am. J. Comp. L. Fall 2002.p. 437. Clark, **Ascertaining the Laws of the Several States: Positivism and Judicial Federalism after Erie.** 145 U. Penn. L. Rev.1459, 1545-48 (1997). *“Even in the absence of state certification procedures, the federal courts have been permitted or even required to abstain by suspending proceedings pending state court litigation in certain circumstances.”* Id. p.1463, 1516-24, 1528; cf. LANGER, Laura. Judicial review in State Supreme Courts: a comparative study. Albany: SUNY Press, 2002.170p.

³¹ Cf. op. cit., p.167.

³² A lei do Tribunal Constitucional Alemão determina em sua secção 31 que as decisões da Corte têm nível legislativo. Mendes reconhece esse construtivismo simbólico exercido pelo Tribunal Constitucional Alemão ao atestar que ... *As decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um*

É imprescindível o registro de que, o Tribunal Constitucional Alemão não assume o mecanismo de controle normativo como um instrumento processual objetivo menoscabando e inviabilizando o acesso direto plural-individualizado, admitindo apenas o acesso corporativo, parlamentar ou governamental.

Ao se analisar jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, constata-se que a proteção dos **direitos fundamentais tem operado e provocado a ampliação das estruturas processuais**, e que conforme reconhece sua Primeira Câmara (Senado) nos autos da BvR385"77, os direitos fundamentais influenciam não apenas na totalidade do direito material, mas também no direito processual, na medida que o processo é significativo para uma efetiva proteção dos próprios direitos fundamentais. Nesse sentido, cf. BverfGE 37,132[141,148];46,325[334]; 49,220[225] referente ao art.14³³ num1LF; BverfGE 39,276[294];44,105[119ss]; 45,422[430ss] relacionado ao art.12 num1LF.

O Tribunal Constitucional, em ambas as Câmaras (Senados), ainda determina que em qualquer caso fundado no art.2 num. 2 LF, levar-se-á em conta a capacidade de agir cf. BverfGE 51,234; 52,214[219]. Por fim, em relação a esse *leading case*, determina que nos processos de controle

*setor da vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontrar-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocadas por uma de suas decisões. Para demonstrar o peculiar significado dessa instituição para o processo político, bastaria mencionar a jurisprudência desenvolvida sobre o sistema de concessão de rádios e televisões, sobre partidos políticos, sobre as consultas plebiscitárias, sobre as pesquisas censitárias, sobre o Tratado Fundamental entre as duas Alemanhas, a jurisprudência sobre extremistas no serviço público, sobre a política das escolas superiores e as decisões sobre os subsídios dos parlamentares. In **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ed. São Paulo: SaraivaJur, 2005.p.13ss.*

³³ **Art.14 num.1.** São garantidos a propriedade e o direito de herança, com o conteúdo e os limites determinados em lei; num.2. A propriedade cria obrigações. Seu uso deverá servir a um só tempo ao bem comum; num.3. Dar-se-á a expropriação apenas quando em interesse comum, é realizar-se-á unicamente por lei ou em virtude de uma lei, que determinará a modalidade e o valor da indenização. A indenização ajustar-se-á mediante uma justa ponderação dos interesses da coletividade e do afetado. Em caso de conflito quanto ao valor da indenização caberá recurso aos tribunais ordinários.

Art.12. num.1. Todos os alemães têm o direito à livre escolha de sua profissão, ao seu posto de trabalho e ao seu centro de formação, porém o exercício das profissões poderá ser regulamentado por lei ou em virtude de uma lei.

normativo que versem sobre matéria de autorização de centrais de energia nuclear **não se pode assumir a priori que terceiro que haja ajuizado a ação de impugnação careça de legitimidade.**

Da perspectiva de um controle normativo essencialmente democratizante a *co-responsabilidade normativa* é decorrente de um procedimento **equi**primordialmente estabelecido. — Na sessão C expositiva da sentença em comento, o Tribunal Constitucional Alemão ao examinar a constitucionalidade da normativa de concessão para instalação da usina considerou o risco da atividade para as futuras gerações e **contra os potenciais afetados**, construindo a argumentação tomando por critérios constitucionais, conforme declarado no item 2 da decisão, o direito à vida e à integridade corporal em concorrência com o direito a uma proteção efetiva³⁴.

Esta, pode-se dizer, é uma cobrança de Hanna Arendt³⁵ ao tratar sobre a banalidade do mal, recuperada por Klaus Günther³⁶ para exemplificar que a aplicação discricionária das normas jurídicas é incompatível com o propósito da norma, cujos princípios são de destinação universal; porém, não é porque uma autoridade formulou uma norma que a mesma emana validade e deva, portanto, ser aplicada a qualquer caso sem qualquer entendimento. De igual maneira, não se deve acatar uma norma como um dado, mas como uma proposição justificável individualmente, em um nível em que a validade da norma esteja vinculada a um procedimento que garanta a observação por todo aquele afetado, posto que a imparcialidade do julgamento não é apenas decisiva para

³⁴ SCHWABE *ibid.* p.89-90ss. A própria **Constituição Espanhola** prevê um mecanismo de acesso direto ao Tribunal Constitucional de España: Artículo 161 e Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados. Artículo 163.

³⁵ Cf. ARENDT, Hannah. **Thinking and Moral Considerations: A Lecture**, in *Social Research*, no. 38/3 (1970), p. 417-436.

³⁶ Cf. KLAUS, Günther. **Syposium: law and social theory – the idea of impartiality and the functional determinacy of the law**. in *University Law Review*. Northwestern: Northwestern University Press, 1989. n.83. p.155.

a legalização da norma, mas também para sua aplicação em situações específicas. Não por outra razão que Günther propõe ser um risco considerável, da perspectiva de um observador, relegar a resolução de conflitos, nas situações em concreto, à dependência exclusiva de habilidades naturais desigualmente distribuídas e parcialmente desenvolvidas³⁷.

Como atesta Habermas, o princípio da democracia explica o caráter performativo da prática de autodeterminação exercida pelos co-associados jurídicos reciprocamente que se reconhecem como membros livres e iguais de uma associação à qual voluntariamente aderiram, pois, o princípio democrático encontra-se em **um nível distinto** daquele do princípio moral³⁸. Aliás, exatamente porque as normas jurídicas têm um caráter artificial, pois, compreendem um plexo intencionalmente produzido de normas de ação que é reflexivo no sentido de se aplicar às próprias normas, que **incumbe ao princípio da democracia não apenas** aquele estabelecimento de um procedimento de elaboração legislativa legítimo, **mas, sobretudo reger a produção dos próprios meios jurídicos**, de forma equitativa. Como ressalvado por Habermas, o princípio da democracia deve indicar, de acordo com o princípio do discurso, as condições a serem satisfeitas pelos direitos individuais, ou seja, por qualquer direito **adequado à constituição de uma comunidade jurídica** e de servir como o meio de auto-organização dessa comunidade³⁹.

³⁷ Cf. op. cit., p.161.

³⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy** (trad. William Rehg). Boston: MIT Press, 1996/1999. p.110.

³⁹ op. cit., p.111: “One way we can distinguish the principles of democracy and morality is by their different levels of reference. The other is by the difference between legal norms and other action norms. Whereas the moral principle extends to any norm for whose justification moral arguments are both necessary and sufficient, the democratic principle is tailored to legal norms. These rules differ from the simple, more or less quasi-natural norms of interaction we find in everyday life. The legal form in which these norms are clad is a relatively recent product of social evolution. In contrast to naturally emergent rules, whose validity can be judged solely from the moral point of view, legal norms have an artificial character; they constitute an intentionally produced layer of action norms that are reflexive in the sense of being applicable to themselves. Hence the principle of democracy must not only establish a procedure of legitimate lawmaking, it must also steer the production of the legal medium itself. The democratic principle must specify, in accordance with the discourse principle, the conditions to be satisfied by individual rights in general, that is, by any rights suitable for the constitution of a legal community and capable of providing the medium for this community’s self-organization. Thus, along with the system of rights, one must also create the language in which a community

Por essas razões tematiza-se a relação *decisão v. afetados* a partir dos referenciais doutrinários do *mootness* e do *ripeness*, ou seja, o tempo e o risco ou a situação de risco, a possibilitarem, e mesmo, a determinarem o exercício da jurisdição constitucional, mas reconhecendo em um procedimento em simétrica paridade, o afetado como sendo **o afetado** por um eventual ou necessário provimento jurídico. — Se no plano do processo discursivo legislativo⁴⁰ o princípio da representatividade da maioria se vê manifestado enquanto vontade geral, emprestando à universalidade do texto legal validade *a priori*, **o princípio da democracia impõe o funcionamento de um mecanismo de garantias que assegure a cada um uma participação igualitária**, não apenas nesse estágio em que operam os argumentos morais, políticos, preferências etc., mas naquele em que esses textos adquirem densidade no caso concreto, no processo de aplicação. Assim, se a norma é o resultado da operação comunicativa pressupondo o texto legal (*faticidade*) e o caso concreto (*validade*), a legitimidade e a determinação do direito somente poderão emergir se nessa indeterminação cognitiva, todos os afetados puderem levantar suas pretensões de validade à própria norma (decisão). — Ocorre que da perspectiva de um controle democratizante, pressupondo o Direito enquanto um Direito de Integridade como o faz Dworkin, requer-se pelo *princípio do direito* e pelo *princípio da democracia participativa* que o próprio direito, no seio do processo legislativo, estructure o devido processo judicial mantendo a **equi**primordialidade das relações sociais mediante um contraditório reflexivo, só então, poder-se-á admitir a validade de decisões com fundamentos ético-jurídicos.

can understand itself as a voluntary association of free and equal consociates under law. Corresponding to the two ways in which we have distinguished the principles of democracy and morality, then, are two tasks the required system of rights is supposed to solve. It should institution-alize the communicative framework for a rational political will -formation, and it should ensure the very medium in which alone this will-formation can express itself as the common will of freely associated legal persons. To specify this second task, we must precisely define the formal characteristics of the medium of law.”

⁴⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. Ibidem. p. 121. “O princípio do discurso só se encontra designado para assumir a forma de um princípio da democracia no processo, na trilha (Weg), de institucionalização juridicamente configurada; desse modo, o princípio da democracia, por sua vez, confere força legitimadora ao procedimento de elaboração legislativa (Rechtsetzung). A idéia-chave é a de que o princípio da democracia deriva da interpenetração do princípio do discurso com o da forma jurídica (Rechtsform). Entendo essa interpenetração como uma gênese lógica de direitos (logische Genese von Rechten) que pode ser reconstruída de uma maneira gradual (schrittweise).”

Um contraditório reflexivo coloca a condição segundo a qual se propõe uma abertura para o discurso de justificação de maneira contrafática. Como indica Günther⁴¹, essa condição localiza-se no fato de que se deve interpretar uma norma reconhecida como válida de maneira que ela seja coerente em toda e qualquer situação com todas as outras normas válidas *a priori*. Pois, é apenas nesse momento que ganha sentido o fato de que todos os indivíduos afetados, que podem invocar razões normativas válidas para sua interpretação da situação, performam a idealização contrafática de uma interpretação coerente e completa de todas as normas válidas.

A aplicação imparcial da norma nos termos de uma *teoria do discurso argumentativo* relaciona-se com o caráter obrigatório das normas práticas na medida em que qualquer destinatário de uma norma possa proceder, por ele mesmo, a uma interpretação da situação. — De outro modo, não há pertencimento.

Se por um lado uma das mais férreas críticas ao *judicial review* reside na compreensão da ruptura do princípio da separação dos poderes, com a limitação de função ou da revisão (correção) do exercício de função (poder) do Judiciário quer sob o Executivo quer sob o Legislativo, a escolha do argumento do risco que fundamenta essa crítica para sua não aceitação também serve como eventual argumento para seu cortejo. De exemplo tomam-se os fundamentos minutados nos autos da ADI 221-MC, ao interpretar o Supremo Tribunal Federal o art. 62 da CF⁴², quando o Min. Celso de Melo justificou a edição [das medidas provisórias] daquela espécie normativa, com força de lei, no direito constitucional pátrio, como sendo a **existência de um estado de necessidade**, que imporia ao Poder Público [Poder Executivo] a adoção imediata de providências, **de caráter legislativo**, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* [risco] que fatalmente **decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa**, chegou a afirmar: (...) “É inquestionável que as medidas provisórias

⁴¹ Cf. **The sense of appropriateness**. p.41ss-46ss.

⁴² Texto conforme assinalava a Carta de 1988 ao ser examinada a presente matéria” Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação da EC nº 32/01)”

traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanção desses atos, pelo Presidente da República, **configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes**”⁴³.

Ressalte-se que os pressupostos da emissão de Medida Provisória, por si somente, já exigem o reconhecimento do risco da situação a ser regulamentada, ou regularizada, ou ainda contornada para se eximir à responsabilidade. Bastante os critérios da relevância e da urgência. Mas, novamente, quais **os critérios** para densificar **esses critérios**? Sob quais condições: procedimentais e discursivas?

A compreensão de pluralismo político concorre, também, para a conformação das estruturas discursivas institucionalizadas. — Desse ponto de vista, Habermas afirma, ao criticar a posição original de uma sociedade Justa em Rawls, que à luz das normas jurídicas pode-se decidir o que se estará obrigado a fazer, no horizonte dos valores, apenas se pode decidir qual o comportamento mais recomendável. Ratificando-se, aquelas obrigam a todos sem exceção e, igualmente, estas no mais expressam as preferências de uma determinada comunidade. Aquelas visam assentar expectativas de direitos enfrentando abertamente os riscos e suas potencialidades. Estas, como valores ou bens ou comandos otimizáveis, apenas se realizam mediante fins estratégicos. E, por fim, as normas jurídicas, ao contrário dos valores, não fixam relacionamentos de preferências, e não se contradizem por pretenderem valer para todos os participantes do círculo de destinatários, mantendo-se em uma relação de coerência por uma validade binária e não gradual⁴⁴. — Outra vez, recorda-se o direito tem sido válido até sua momentânea derrogação.

Trata-se de um enfrentamento sobre a racionalidade do exercício do poder não há controvérsia. A dissensão encontra-se entre a consistência e a coerência da decisão adotada (do risco assumido) com os resultados atingidos. Incluídos aqueles efeitos mediatos à decisão, como o sentimento de aceitação, em cujo processo a legitimidade é coetânea da própria decisão.

⁴³ Cf. (ADI 221-MC, voto do Min. Celso de Mello, DJ 22/10/93).

⁴⁴ Cf. HABERMAS, op cit., p.49ss.

Após se digredir sobre uma sociedade de riscos e da concretude do controle abstrato⁴⁵ de normas, em que pese o Supremo Tribunal Federal entender que em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade a Corte realiza controle abstrato e em sede de Ação de Inconstitucionalidade por Omissão realiza controle concentrado⁴⁶, trazem-se algumas reflexões, sobre a construção do interesse processual no *judicial review*, e em particular a doutrina do *ripeness* e do *mootness*, apontando-se que, aqui como lá (EUA), a compreensão de questões judicializáveis sempre se mostraram recorrentes para um exercício discricionário da jurisdição, *for leaving things undecided*, como afirma Cass Sunstein⁴⁷, assentando uma *politização do judiciário pela ação estratégica no discurso de justificação do controle normativo brasileiro como um risco premente à democracia entre livres e iguais, ante as inovações e distorções chanceladas pelas leis federais 9868/99 e 9882/99*. E, de outro lado, comparando o sentido empregado à expressão *em abstrato* no sistema

⁴⁵ Na decisão que se segue o Min. Moreira Alves afirma com propriedade quando se tem um caso de controle em abstrato; contudo ao que parece quando um texto normativo é considerado em abstrato, como na forma proposta, o fato de ser percebido, já coloca em risco a ordem constitucional quer por sua consideração de per si quer pelos efeitos jurídicos decorrentes da medida judicial adotada com fundamento nesse referencial: "Arguição de inconstitucionalidade das alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 45, de 25 de junho de 2002, nos parágrafos 6º, 7º e 8º do artigo 21 da Lei 9.650, de 27 de maio de 1998. Aquilo a que visa a presente ação direta de inconstitucionalidade é resolver, em abstrato, questões que podem dar margem a discussão, em casos concretos, sobre eventual violação, pelos dispositivos legais atacados, de decisão judicial que foi proferida pela Justiça do Trabalho e depois rescindida em ação rescisória julgada procedente, rescisão essa cujo alcance o requerente pretende restringir às parcelas vincendas que não foram pagas espontaneamente pelo Banco Central, tendo em vista o que foi decidido também concretamente em embargos de declaração opostos ao acórdão que manteve a referida rescisão. Para exame dessa ordem, não se presta a ação direta de inconstitucionalidade que se destina à análise, sem intermediação, entre o texto em abstrato do ato normativo e o texto constitucional para verificar se há, ou não, choque entre eles." (ADI 2.695, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03).

⁴⁶ Cf. "Impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão (violação negativa da Constituição). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundada nas múltiplas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão, firmou-se no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional." (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03).

⁴⁷ **USA Supreme Court Term 1995: leaving things undecided**. Cambridge: Harvard Law Review, 1996, v.110, n4:06-101.

nacional à *Advisory Opinion sendo esta* uma manifestação judicial sem efeitos vinculantes ou impositivos, e assim sendo, como afirmado na doutrina norte-americana, um procedimento sobre discussões acadêmicas ou hipotético-teoréticas desprovido de *case and controversy* (caso e pretensão- oponível), e, ainda cotejando-o com o *abstract review*, na jurisdição Alemã, onde o procedimento aduz questões de efetivas pretensões normativas, e portanto de riscos à sociedade, a fim de marcar que a distinção ontológica entre controle em concreto e controle em abstrato, é apenas uma forma de estruturação discursiva excludente para o uso da violência institucionalizada.

Sendo o risco contingencial, as decisões sobre o mesmo não se podem dar de forma arbitrária ou com nuances de arbitrariedade⁴⁸, uma vez que os sistemas realizam suas operações considerando o possível. Dentro dessas possibilidades encontra-se inclusive a possibilidade de negação do risco, seja com o argumento da segurança (jurídica), quando se afirma a impossibilidade da perda, ou com o argumento do perigo (ameaça⁴⁹) quando se nega o atributo da perda a uma decisão. Ou ainda como afirma Luhmann, quando se recorre a uma distinção secundária do tipo **risco conhecido/risco desconhecido**⁵⁰ ou **risco comunicado/risco não-comunicado**⁵¹. De qualquer forma a negação do risco constitui-se em si mesma um risco.

⁴⁸ Quando se fala em nuances de arbitrariedade se diz das escolhas realizadas sem levar em consideração as partes afetadas, ou quando se utiliza o processo como forma de limitar institucionalmente o acesso ao círculo hermenêutico.

⁴⁹ Cf. "Constitucional. Processual penal. Habeas corpus: cabimento. Inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Não é somente a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção que autoriza a impetração do habeas corpus. Também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5º, LXVIII, da CF. Possibilidade da discussão da constitucionalidade de norma legal no processo do habeas corpus." (RHC 76.946, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11/06/99).

⁵⁰ Cf. O Tribunal, por maioria, não conheceu de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Popular Socialista contra a parte final do art. 170 da Lei 1.284/2001 — Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Entendeu-se ser inviável a pleiteada declaração parcial de inconstitucionalidade do ato atacado, em face do princípio segundo o qual a impugnação parcial de norma só é admissível no controle abstrato se se pode presumir que o restante do dispositivo, não impugnado, seria editado independentemente da parte supostamente inconstitucional, o que, na espécie, não teria ocorrido, já que a extinção dos cargos prevista no mencionado art. 170 se dera apenas porque, no mesmo dispositivo, fora viabilizado o aproveitamento dos servidores nos novos cargos." (ADI 2.645-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo 369).

⁵¹ Op. cit., p.18.

Por isso a imparcialidade, como faculdade de decisão, emerge como critério determinante não apenas quando da elaboração da norma, mas de sua aplicação. Exatamente porque cada situação é única e de outro lado, porque se pretende que a validade posta seja universal, é que surgem dúvidas sobre a imparcialidade e adequação na aplicação da norma⁵².

O argumento contido no princípio da segurança jurídica⁵³ pode, portanto, ser acessado para se alijar interessados no estabelecimento de um processo discursivo plural e democrático ao lhe emprestar a substância de princípio de preservação institucional visando salvaguardar-lhe a “funcionalidade”, e localizando os afetados pela decisão/escolha/ato administrativo na posição de observadores de primeira-ordem que jamais permanecem interagindo no jogo.

Para os fins de demonstrar a plausibilidade de um controle normativo democratizante, pressupõe-se democracia enquanto um regime de governo no qual não apenas a iniciativa individual é garantida, mas a ação coletiva igualmente. No qual a legitimidade não se restringe a legalidade formal do princípio da igualdade, e no qual os mecanismos de preservação da participação político-social estejam assegurados, mesmo diante de decisões majoritárias, a preservar o pluralismo. Ou seja, democracia entendida enquanto um governo de iguais, onde a cada indivíduo deva ser assegurado um papel que lho permita contribuir na essência das decisões políticas, e no qual a importância desse papel não seja estruturalmente determinada ou limitada em razão de seu valor, talento ou capacitação, na perspectiva de um regime constitucional⁵⁴.

⁵² Cf. KLAUS, Günther. Symposium: law and social theory – the idea of impartiality and the functional determinacy of the law. In: University Law Review. Northwestern: Northwestern University Press, 1989. n.83. p.158.

⁵³ Cf. veto ao art.2º da Lei 9882/99:

⁵⁴ Nos autos do MI 284 o Min. Celso de Mello ao relatar a matéria sobre a aplicação do art.8º, §3º. ADCT, sobre este aspecto, da manifestação da autonomia individual, das liberdades públicas, como mecanismo de resistência a abusos afirmou que: “O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional — consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — impõe que se defina, como passivamente legitimado ad causam, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, ex vi do parágrafo 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. Alguns dos muitos abusos cometidos

Negar a constituição nesse recorte **é, além de fazer inserir no sistema do direito elementos políticos** não apenas no processo legislativo, **impor**, por práticas liberais excludentes, **uma validade ilegítima de um texto normativo, da expectativa abstrata e geral, aos casos concretos**. Em uma sana principialesca de dar contornos a um governo não apenas representativo, mas soberano. E, em consequência tendo judicialmente seus atos governamentais legalmente declarados. O próprio sentido de ato nulo e inexistente ganha perímetros móveis e atributos existencialistas⁵⁵.

A aprendizagem da democracia revela também seus equívocos quanto à representatividade dos interesses e dos interessados. Se por um lado o princípio da maioria admite a igualdade de participação universal, por outro lado não significa a certeza da preservação ou da representação do interesse universal. A democracia tem necessidade de se estruturar em vista da ampliação das atribuições do Estado que sempre requer uma melhor organização de seus órgãos visando um melhor serviço ao público.

pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo ‘perigoso fascínio do absoluto’ (Pe. Joseph Comblin, *A Ideologia da Segurança Nacional — o Poder Militar da América Latina*, p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, *Civilização Brasileira*), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em praxis governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (*O Futuro da Democracia*), 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro — que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta — consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como ‘um modelo ideal do governo público em público.’ (MI 284, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/06/92).

⁵⁵ Cf. Sic Lei 9882/99 – “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. grifos pelo autor.

Segundo Habermas, o princípio da democracia decorre da interpenetração entre o princípio do discurso e a forma jurídica; sendo essa interpenetração como gênese lógica dos direitos. Inicia-se por aplicar o princípio do discurso ao direito de liberdade, e acaba-se por se institucionalizarem as condições para o exercício discursivo da autonomia política⁵⁶. Esta abordagem conduz à uma perspectiva do direito como integridade encontra sua legitimidade na idéia de reciprocidade. Pois, os indivíduos que integram as democracias contemporâneas partilham uma compreensão de justiça segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito. De outro lado, fica demonstrado também que a distinção entre controle abstrato e controle concreto, qualquer que seja o controle, não opera uma distinção ontológica sobre o seu objeto, que sempre é uma pretensão jurídica.

Nos sistemas legais utiliza-se a terminologia *controle abstrato* para outorgar de forma limitada e restrita o acesso à jurisdição constitucional, determinando-se legalmente (*statutory standing*) a legitimidade processual para o controle normativo, assumindo o sentido de abstrato enquanto universal, e assim, supondo que o interesse geral estará representado por aqueles a quem se outorga o mandato judicial.

Não há dúvidas de que esta pressuposição **é incompatível** com o fundamento de uma sociedade cuja identidade se funda na concepção democrática participativa, e mais, **é uma pressuposição inconsistente** da perspectiva da certeza da precariedade e da limitação humana de racionalidade. Ademais, **é uma pressuposição incoerente** porque ela impõe uma escolha da perspectiva parcial da universalidade de afetados, quanto ao interesse ou à pretensão a direito assumido, **ficando**, na dimensão das potencialidades da seleção institucionalizada, **x-riscos, x-oportunidades e x-afetados excluídos do processo**, resultando em uma decisão desprovida de legitimidade, cujos efeitos democraticamente não se podem afirmar vinculantes.

De outro lado, a estrutura processual em sede de jurisdição constitucional coloca o princípio da separação dos poderes como um subterfúgio para o não enfrentamento de situações em que flagrante o abuso pelo direito.

⁵⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.(trad. William Rehg). 3. ed.Massachusetts: MIT, 1999. p.121.

— Assim, torna-se o controle de constitucionalidade um meio legitimador para decisões de justificação flexível⁵⁷.

A operacionalidade e a funcionalidade institucionais não são a prioridade em um Estado Democrático Constitucional de Direito.

A prática americana indica que a *legitimidade*, o *interesse de agir* e o *interesse processual* se formulam dentro do processo e no caso levado a conhecimento de quem presta a jurisdição. É o requisito bastante: *case and controversy*. — Como visto antes, a demanda deve afirmar-se enquanto uma causa sobre pretensão oponível decorrente de uma lesão a direito individual, ou de uma lesão à pretensão a direito individualizável, ou ainda diante de uma real ou imediata ameaça, ou de uma lesão à pretensão a direito permanente. Em qualquer que seja a situação jurídica, a situação de risco a direito subjaz como constitutivo da intervenção judicial, do provimento jurídico.

É necessário entender que *case and controversy* não se limita à uma lesão física ou realizada no tempo. O sistema jurídico assegura a preservação e a proteção contra a lesão que ainda não se realizou, mas poderá realizar-se. — O sistema jurídico brasileiro também assume o risco como referencial da intervenção jurisdicional, bastante os instrumentos da Medida Cautelar, da Liminar ou da *antecipação de tutela*.

O interesse processual e o interesse de agir como decorrência natural de um sistema difuso de controle são construídos caso-a-caso, sendo que a abertura, o acesso processual, milita da **premissa de que todos tem a priori** a legitimidade para questionar a constitucionalidade de um ato normativo ou administrativo sob o argumento de sua não aplicação ou incompatibilidade ou inconformidade constitucional. A declaração das partes do processo dar-se-á após verificação preliminar da demonstração, em juízo, quem são essas partes e quem são os interessados no provimento jurisdicional.

Esta legitimidade includente *a priori* repousa na compreensão de que a jurisdição apenas pode ser exercida diante de uma situação concreta, ou

⁵⁷ SCALIA, Antonio. **The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers**, 17 SUFFOLK U.L. REV. 881, 894-97 (1983); *People Organized for Welfare & Employment Rights v. Thompson*, 727 F.2d 167, 172-73 (7th Cir. 1984) (Posner, J.); *Vander Jagt v. O'Neill*, 699 F.2d 1166, 1177-79 (D.C. Cir.) (Bork, J., concurring), cert. denied, 464 U.S. 823 (1983).

seja, a jurisdição não é exercida quando a questão levada ao judiciário trata-se de uma questão hipotética, vulgo *abstract*, ou de uma discussão acadêmica, ou ainda, como dizem: *entertainment of naked claims of the government action*⁵⁸.

A ministra da Suprema Corte Sandra Day O'Connor, relatora, afirmou nos autos que *standing* envolve vários limites judiciais para que uma questão seja apreciada pela Corte, entre eles o que veda a alguém levantar pretensão em nome de terceiro, mas há as exceções como no caso *Grinswold v. Connecticut*, 381 U.S.438 (1965), a restrição de que a Corte julgue questões genéricas, remetendo-as para o parlamento, e que a questão recaia no que a Corte entende por *zona de interesses protegidos pela norma indicada*.

Como afirma O'Connor, a legitimidade requer uma construção sem definição precisa. Às vezes ela é distinta e palpável, mas, não é abstrata, hipotética ou conjetural. — Não é um exercício mecânico⁵⁹.

A determinação da *injury* como componente, às vezes distinguível e palpável, da legitimidade demanda duas abordagens: a verificação da lesão (*injury*) requer não apenas a tactibilidade ou atualidade da alegada agressão,

⁵⁸ *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State*, 454 U.S. 464, 485-86 (1982) (na há legitimidade processual para questionar a distribuição de donativos governamentais a organizações religiosas em razão da não demonstração de lesão individual (pessoal) como consequência da ação governamental).

⁵⁹ Cf. Notas Case or Controversy Requirements and Passive Virtues in STONE, Geoffrey, SEIDMAN, Louis, SUNSTEIN, Cass, TUSHNET, Mark. **Constitutional Law**. 4. ed. New York: Aspen Law and Business, 2001.p.89ss; cf. SUNSTEIN, Cass. **Standing and the Privatization Of Public Law**. Columbia Law Review, n. 88 Colum. L. Rev. NOVEMBER, 1988.p.1432: "... It is ironic that during the early period of administrative law, doctrines controlling regulatory agencies were built directly on common-law principles that administrative regulation was self-consciously designed to displace. ... There was no clear indication, in the text or history of the APA, whether and when the beneficiaries of regulation might have standing to vindicate legal requirements — though they too could easily be thought to suffer from a legal injury in the form of harm to their statutorily protected interests. ... It would have been possible for courts to use these ideas to build on the legal-wrong test in such a way as to grant statutory beneficiaries broad standing to bring suit. ... Whether someone is the object of regulation or its beneficiary cannot be decided without an independent theory outlining what it is that government ordinarily or properly does. ... In this sense, the injury-in-fact test was (and is) quite malleable, and the standing determination inevitably depends on a range of considerations that the notion of injury in fact, by itself, cannot capture. ... In this sense, the causation requirement, as applied in *EKWRO*, can operate as a surrogate for a belief that Congress implicitly precluded standing of this kind in most tax cases. ..." passim.

mas a possibilidade de conhecimento judicial do interesse jurídico alegado que se diz estar ameaçado ou lesado. — A esse propósito o direito como interesse pode relacionar-se a algo que se tem, ou que se quer, ou ao direito enquanto pretensão como condição de possibilidade do exercício de um direito⁶⁰. — **Como ensina Aroldo Plínio Gonçalves, é identificável quem tem pretensão quando sobre seu alegado direito incidirem os efeitos da própria decisão. Assim, os efeitos vinculam não apenas para o caráter impositivo do resultado, ou seja da seleção dos riscos, mas para constituição e conhecimento da situação jurídica.** Pois, para que a seleção do risco seja legitimamente válida, exigível, os efeitos requerem a participação, em contraditório simétrico, dos afetados⁶¹.

A doutrina do *case and controversy* reforça esse aspecto descrito de que a questão levada a conhecimento do Juízo relacione-se **sobre uma pretensão a direito e de risco a essa pretensão** e, que esta pretensão revele-se **concreta e não hipotética ou abstrata** dessa perspectiva; porém **o mootness acentua essa exigência na medida em que requer que essa condição de risco à lesão se protraia durante todo desenrolar da respectiva ação**⁶². — Esta condição relaciona-se a possibilidade jurídica do pedido e o seu interesse processual.

É preciso não se quedar inerte e conformado nessa forma posta do discurso público sem público. A flagrante exclusão discursiva justifica repensar-se a via do controle normativo, particularmente, do controle de

⁶⁰ Cf. FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21ss. PLÍNIO GONÇALVES, idem.p.105ss.

⁶¹ PLÍNIO GONÇALVES. idem. p.170ss.

⁶² Cf. National Propane Gas Ass'n v. United States DOT, Civil Action No. 3:97-CV-2576-D, UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS, DALLAS DIVISION, 43 F. Supp. 2d 665; 1999 U.S. Dist. LEXIS 3109; 48 ERC (BNA) 1554; 29 ELR 21261, March 17, 1999, Decided, March 17, 1999, Filed... **entangling themselves in abstract disagreements over administrative avoiding entanglement in abstract disagreements serves function found and the choice made, judicial review of the agency's decision consists of Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Ins. Co., 463 U.S. 29, 43, 77 L. Ed. 2d 443, 103 S. Ct. 2856 (1983). "The essential function of judicial review, in this context, is to ensure that the adequate protection against the risks to life and property inherent materials with plaintiffs' assessment that the risk of discharge is too small to justify the public should not bear the risk" that hazardous materials inspector expose the public to unacceptable risks of injury and property damage**

constitucionalidade, como sendo uma *arena* procedimental institucionalizável a possibilitar o levantamento de pretensões a direitos a serem legitimamente reconhecidos e aceitos; pensando, avaliando e lidando com os riscos e suas conseqüências; enfrentando, no momento, a constante tensão entre liberdade e igualdade; e, operando a desocultação dos paradoxos do próprio direito. — É um enfrentamento da perspectiva da construção da identidade constitucional, do pluralismo político, de indicativos processuais para a superação das estruturas discursivas estrategicamente postas contra uma democracia de livres e iguais. Dentre esses indicativos, aponta-se uma abordagem hermêutico-deliberativa para o papel do *amicus curiae* visando a reconciliação da razão pública, seu discurso de justificação e seu discurso de aplicação com seus afetados, recuperando-lhes a igualdade no reconhecimento recíproco e na consideração das pretensões jurídicas.

A Metódica Jurídica ou a Teoria Estruturante do direito perpassa o presente ensaio, bem como da Teoria da Integridade do Direito e da Teoria do Discurso, sempre da ótica do controle normativo posto que é uma questão de interpretação e do uso que dela se faz.

De plano fica estabelecido que, da concepção de uma *teoria discursiva* democrático-participativa aqui adotada, todo caso é regido por uma norma jurídica, e necessita de justificação coerente e consistente com os supostos deontológicos do sistema jurídico, no campo de aplicação normativo⁶³.

Contudo, não basta apontar-se uma nova taxonomia ou um novo mecanismo sem assinalar na prática seus supostos que se encontram formulados pelo próprio direito então instituído, como por exemplo o interesse de agir, a legitimidade processual e o objeto ou o direito a ser assegurado. E nesse sentido desnudando algumas inconsistências que subjazem na aplicação das Leis 9882/99 e 9868/99.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa iniciou-se movida pelo objetivo de demonstrar algumas conseqüências processuais e teoréticas nocivas à democracia ante a

⁶³ Cf. Em sentido contrário: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 19ss.

distinção ontológica entre *controle abstrato e controle concreto* de constitucionalidade, ou seja do uso instrumental e estratégico das estruturas processuais do controle de constitucionalidade servidos para legitimar o desconhecimento de pretensões a direitos.

– Desconsideram-se os afetados pelas decisões.

– Retêm-se as oportunidades e impingem-se os ônus disfarçados no discurso de que *esse é o seu direito*.

Esta análise se empreendeu da abordagem da Teoria Discursiva do Direito assumindo a sociedade enquanto uma comunidade de princípios e da perspectiva de um sistema social de riscos por três razões: **risco é uma variável presente em qualquer sistema social, é criado e impingido por decisões** de organizações e instituições as quais se supõem responsáveis por sua administração e seu controle; a dimensão do risco decorre da qualidade das relações e dos processos sociais; e, primariamente, o risco decorre da relação de dependência social das decisões de instituições e de atores sociais que se indiferenciam, obscurantizam e se tornam inacessíveis pelas pessoas afetadas pelos riscos em questão.

Ao final constata-se pelas estruturas discursivas usadas como fundamentos para o uso da força institucionalizada em sede de jurisdição constitucional, a partir da consideração do controle de constitucionalidade como uma determinante na conformação da identidade constitucional de uma sociedade entre livres e iguais, com aporte nos fundamentos teóricos discursivos da democracia participativa e do constitucionalismo; e, sob as variáveis: **a)** da limitação do exercício do poder, assinalado como mecanismo antimajoritário; **b)** a aceitação do princípio do *rule of law*; e, **c)** a proteção de direitos fundamentais **que**:

1. O risco é elemento concreto e subjacente na argumentação de todo e qualquer controle normativo;
2. Toda decisão é contingencial;
3. Toda decisão, sendo contingencial, é uma escolha sobre potencialidades;
4. Toda decisão judicial assume por referencial, não apenas o texto normativo, mas o risco e os efeitos que advêm de sua consideração sob a variável do tempo; devendo, nos supostos

de uma teoria discursiva de aplicação do direito e de uma teoria como integridade, nela (decisão) ser reconciliado, mediante um contraditório em simétrica paridade, o uso público da razão em busca da decisão *correta*;

5. Toda estrutura processual que determina *a priori* uma composição fechada para o acesso à fala, ao atribuir reconhecimento de interessados, desconhece interesses e pretensões ferindo a compreensão democrática de um reconhecimento recíproco entre livres e iguais;
6. Toda decisão judicial, pressupondo um interesse processual, irradia efeitos intra-processo e extra-processo;
7. Toda decisão, cujos efeitos vinculam um afetado, deve assegurar-lhe a sustentação de sua pretensão, sendo-lhe permitido dispor ou não de fazê-lo pessoalmente;
8. Afirmar-se uma decisão *de abstrata* **não lhe retira as propriedades subjetivas nem desnatura o elemento concreto de seu objeto**, qual seja: *o risco à pretensão ao descumprimento, à ameaça ou lesão a direito* e o risco, também, ao desconhecimento dessa pretensão;
9. Um controle normativo consignado *de abstrato* **designa apenas** a atribuição *estatutária ou legal*, seletiva, do *interesse processual*;
10. Toda decisão dita *em abstrato* não é uma decisão hipotética ou sem efeitos concretos, sendo seu resultado ilegítimo quanto à vinculação dos cidadãos que não foram autorizados a participarem do respectivo procedimento discursivo judicializado, e nem se fizeram representar legitimamente;
11. Toda decisão dita *em abstrato*, *exatamente porque não é decisão hipotética*, importa em **um juízo sobre riscos, interesses e pretensões de afetação de toda sociedade**, não sendo nos supostos de uma jurisdição democrática aceitável a determinação do interesse processual *a priori* sem possibilidades de abertura;
12. Toda decisão dita *em abstrato* nos supostos da jurisdição Alemã é uma decisão sobre interesses concretamente identificados sobre o argumento dos riscos;

13. O grau de aceitabilidade da decisão constitucional é diretamente relacionado ao grau de abertura nas estruturas de realização da jurisdição constitucional e do uso da fala em uma simetria equíprimordial das considerações às pretensões equidistantes envolvidas;
14. Todo controle dito *em abstrato* identifica-se com o uso estratégico institucional para restringir a exigência de justificação para o uso da força institucionalizada;

Essas constatações decorrem:

1. de que a jurisdição constitucional desempenha um papel de mediar o *eu e o outro*, construindo e (re)construindo a identidade constitucional, concorrendo para a construção do aceitável e do rejeitável;
2. de que a sociedade moderna é uma sociedade em essência de riscos requerendo, para a formulação de uma identidade que a todos represente *a priori*, a imprescindível manutenção de um mecanismo de permanente acessibilidade na plataforma discursivo-normativa ou em outras palavras no processo *do discurso normogênico* que possibilite o sentimento de integração e pertinência,
3. de que a perspectiva do controle concentrado classificado de abstrato **não mais satisfaz às exigências** de uma sociedade que se afirma democrática participativa, ao localizar a possibilidade do controle sob os órgãos que o exerce ou pode fazê-lo. Aqui se desloca a perspectiva para o interessado no provimento jurídico-jurisdicional, ou em outras palavras, para aquele que *ver-se-á afetado* pela decisão ou ato administrativo-normativo, ou ainda *afetado* pelos efeitos do exercício do poder, permitindo-lhe provocar a apreciação do caso, que de sempre concreto, com a sua lesão ou ameaça a seu direito, a quaisquer dos órgãos jurisdicionais, fugindo-se à armadilha castradora da limitação dos legitimados ativos, como mecanismo de uma justiça discricionária, e portanto irradiadora de acepções;

4. de que o *controle normativo em abstrato* objetiva legitimar atos de poder excludentes sob o pretense argumento da segurança jurídica, com orientação político-governativa, valendo-se mesmo de opaca fundamentação no sintagma em nome “do excepcional interesse social”;
5. de que todo caso é regido por uma norma jurídica, e necessita de justificação coerente e consistente com os supostos deontológicos do sistema jurídico, no campo de aplicação normativo;
6. de que o elemento risco sempre está presente na tomada de decisões;
7. de que o texto legal é sempre o ponto de partida e não o fim, não o resultado normativo em si;
8. de que toda decisão apresenta-se como um ato de coação, e deve ela mesma recordar as demais possibilidades excluídas;
9. de que a possibilidade de dissenso, de sentidos diversos sobre um mesmo texto, uma mesma situação, uma mesma faticidade é uma questão de riscos, e a questão em relevo é de controle;
10. de que o risco reside em condição subjacente à decisão, que acomoda uma pluralidade de distinções;
11. de que a compreensão de democracia é reciprocamente determinada pela compreensão de constituição, e a compreensão de legitimidade *de agir* é o elemento subjacente dessa relação mútua e tensa;
12. de que o *rule of law* é princípio que se imbrica com uma democracia constitucional que não utiliza o formalismo legalista para o exercício instrumental do poder, mas como um escudo a assegurar o pluralismo social;
13. de que o *rule of law* por advogar a universalidade dos direitos, na perspectiva de um controle normativo democrático – que supõe a decisão como risco, e essa decisão como distribuidora de ônus – não se lhe pode permitir as incoerências internas do liberalismo, que realiza o *rule of law* sob uma estrutura institucional excludente com critérios parciais, setorizados e seletivos. — Todo risco tem seus afetados. — Logo, um

Estado de Direito que se afirma *democrático*, a fim de manter sua coerência interna precisa incluí-los no processo decisório mediante o contraditório, sem restrições *a priori*;

14. de que a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, deve garantir o devido processo legislativo, o devido processo constitucional e os direitos fundamentais, no sentido de que constitucionalismo e democracia não são concorrentes, mas faces de uma mesma moeda: os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático fundado na autonomia jurídica e na equiprimordialidade das esferas pública e privada. Sendo um dos seus papéis centrais produzir a desparadoxalização do paradoxo do uso criativo do próprio Direito, ao se buscar reconhecer os riscos;
15. de que a **distinção ontológica** do controle de constitucionalidade entre abstrato e concreto tende a ocultar por meio das estruturas discursivas assimétricas o que não se pode justificar pela recorrência discursivo-coerente e consistente do argumento plausível;
16. de que a **distinção ontológica** do controle de constitucionalidade concentrado entre concreto e abstrato, como visto, compromete não apenas a compreensão de uma sociedade que se afirma enquanto democrática de direito, mas sobretudo a construção da própria identidade constitucional. Comprometimento que se aprofunda em desfavor do cidadão na medida em que essa distinção erige o controle abstrato enquanto um mecanismo de ação não-comunicativa, e o apõe enquanto um processo de natureza objetiva descompreendendo a percepção subjetiva da e na defesa dos interesses sob exame, consentindo mesmo em uma parceria, um asserto político funcional da jurisdição constitucional;
17. **de que o estabelecimento *a priori* de interesse processual e de agir, ou de *cause of action*, ou de *standing*, do processo constitucional**, concretizando um excesso de racionalidade na especialidade dos tutores, além de se desqualificar de legitimidade o resultado imposto, ao se

constituir em uma parceria, **permite**, estando à margem de um controle efetivamente democrático de sua própria constitucionalidade pelo princípio da adequabilidade equiprimordial, como afirma Alexy, **que quem decide tenha que ser discreto e compreenda que o caso sob julgamento não é completamente regido por normas jurídicas;**

18. de que a aplicação imparcial da norma nos termos de uma *teoria do discurso argumentativo* relaciona-se com o caráter obrigatório das normas práticas na medida em que qualquer destinatário de uma norma possa proceder, por ele mesmo, a uma interpretação da situação. — Disto decorre legitimamente seus efeitos vinculantes: quando o afetado encontrar-se obrigado a seguir uma norma desde que lhe seja possibilitado observar sua própria situação, dentro do procedimento constitucional em contraditório distinguindo os riscos, como sendo a situação na qual a decisão deva ser seguida por se apresentar enquanto uma pretensão a direito aceitável;
19. de que em um Estado Constitucional Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade é um limitador aos enunciados emitidos pelos exercentes de funções públicas, mormente dos Poderes Executivo e Legislativo, já que seus discursos de justificação podem ser em um mecanismo de controle de constitucionalidade, como espaço público de conflito concreto, acerca da legitimidade, do direito positivo e de um discurso de aplicação vazio de democracia, questionados quanto as suas pretensões de (à) validades;
20. de que a compreensão de pluralismo político concorre, também, para a conformação das estruturas discursivas institucionalizadas.

É imperioso não se olvidar que essas compreensões assumem que o melhor argumento sobre a tomada de uma decisão pode ser alcançado enquanto uma questão de comunicação e que a imparcialidade, como faculdade de decisão, emerge como critério determinante não apenas quando da elaboração da norma, mas de sua aplicação. — Pois, o princípio da democracia explica o

caráter performativo da prática de autodeterminação exercida pelos co-associados jurídicos reciprocamente que se reconhecem como membros livres e iguais de uma associação à qual voluntariamente aderiram, pois, o princípio democrático encontra-se em um nível distinto daquele do princípio moral. — Exatamente porquê as normas jurídicas têm um caráter artificial, *pois, compreendem um plexo intencionalmente produzido de normas de ação* que é reflexivo no sentido de se aplicar às próprias normas, incumbindo ao princípio da democracia não apenas o estabelecimento de um procedimento de elaboração legislativa legítimo, mas, sobretudo reger a produção dos próprios meios jurídicos, de forma eqüitativa; pois, do ponto de vista da teoria do discurso, considerando-se a tessitura social complexa, o Direito adquire condições, visando sua adequação à constituição de uma comunidade jurídica, de servir como o meio de auto-organização dessa comunidade.

Como discorrido, democracia é um aprendizado. Um processo reflexivo no qual todo conhecimento – toda informação – deve ser considerado (a), sobretudo quando relacionado (a) à questão implicada na decisão.

Fica demonstrada a plausibilidade de um controle normativo a partir da pressuposição da democracia enquanto um regime de governo no qual não apenas a iniciativa individual é garantida, mas a ação coletiva igualmente. No qual a legitimidade não se restringe a legalidade formal do princípio da igualdade, e no qual os mecanismos de preservação da participação político-social estejam assegurados, mesmo diante de decisões majoritárias, a preservar o pluralismo. Ou seja, democracia entendida enquanto um governo de iguais, onde a cada indivíduo deva ser assegurado um papel que lho permita contribuir na essência das decisões políticas, e no qual a importância desse papel não seja estruturalmente determinado ou limitado em razão de seu valor, talento ou capacitação, na perspectiva de um regime constitucional. Pois, do contrário nega-se a constituição nesse recorte e, além de fazer inserir no sistema do direito elementos políticos não apenas no processo legislativo, impõe-se, por práticas liberais excludentes, uma validade ilegítima de um texto normativo, da expectativa abstrata e geral, aos casos concretos.

Desse ponto de vista concorda-se com Habermas que afirma, ao criticar a posição original de uma sociedade Justa em Rawls, que à luz das normas jurídicas pode-se decidir o que se estará obrigado a fazer, no horizonte dos valores, apenas se pode decidir qual o comportamento mais recomendável.

Ratificando-se, aquelas obrigam a todos sem exceção e igualmente, estas no mais expressam as preferências de uma determinada comunidade. Aquelas visam assentar expectativas de direitos enfrentando abertamente os riscos e suas potencialidades. Estas, como valores ou bens ou comandos otimizáveis, apenas se realizam mediante fins estratégicos. E por fim, as normas jurídicas, ao contrário dos valores, não fixam relacionamentos de preferências, e não se contradizem por pretenderem valer para todos os participantes do círculo de destinatários, mantendo-se em uma relação de coerência por uma validade binária e não gradual. — Outra vez, recorda-se: **o direito tem sido válido até sua momentânea derrogação.**

Para tanto, postula-se o *Controle de Constitucionalidade* como um processo constitucional democrático e democratizante, posto que é mecanismo que concorre para a densificação da identidade constitucional de um povo, reconhecendo-se o risco como elemento concreto do controle normativo e admitindo o interesse *processual* e o direito-de-ação abertos definíveis intra-processo.

CÁRCEL Y DERECHOS HUMANOS: LA PRISIÓN, UN ULTRAJE A LA DIGNIDAD HUMANA. EL DEPÓSITO DE LOS ENEMIGOS

*María Cecilia Toro**

...Se encierra por repulsión al reconocer en otros nuestras entrañas. Se encierra por odio al temer en nosotros el mismo desgarramiento que provocó un designio de ira. Se encierra por desidia al no hacernos cargo de nuestros privilegios. Se encierra por vergüenza para no develarnos ni descubrirnos. Se esconde todo aquello que el mercado no recepta, para que la ley de ese mercado lo gobierne todo... Elías Neuman¹

1 INTRODUCCIÓN

Partiremos del nombre de nuestra disciplina: Derecho Penal. El término Derecho aquí es entendido como la manifestación del poder estatal, y el término Penal como el poder punitivo institucionalizado, es decir, el poder del Estado dadas determinadas condiciones, de imponer Penas.

Cuando se condena a alguien a cumplir Pena de Prisión condenamos a Penar. El término Penar es sinónimo del término Sufrir, podemos decir entonces (literalmente) que condenamos a un hombre a sufrir. Sumadas a la privación de libertad, debemos tener presentes las condiciones en que se cumple esa pena, ese sufrimiento, en recintos tenebrosos, en condiciones gravosas, en situación de hacinamiento, es decir, al hombre se le condena a muchas otras penas además de la privación de libertad. Elías Neuman nos dice “Un juez que priva de libertad, aunque ordinariamente no lo sepa ni lo piense condena un poco a la muerte”².

* Profesora argentina.

¹ Prólogo a CERUTI-RODRÍGUEZ. **Ejecución de la pena privativa de libertad**. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

² NEUMAN, Elías. **No a la prisión**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 62.

En este punto es donde debemos preguntarnos: ¿cuál es el límite del poder punitivo del Estado?, o en otras palabras, ¿cuál es el límite de la pena? ¿hasta dónde puede llegar el sufrimiento? A estas preguntas debemos responder que si asumimos al Derecho Penal (y a su efectivización) desde una visión antropológica, el límite del poder punitivo del Estado es la DIGNIDAD HUMANA.

No puede afrontarse la problemática penal, mucho menos la problemática carcelaria sin tomar como punto de partida, como fundamento, al Hombre en su más entera y extensa dimensión.

Bien es cierto que se ha procurado la humanización de las penas, que se ha buscado la humanización del sufrimiento, a ello tienden los instrumentos de derechos humanos. Pero También es cierto que teorías que parecían superadas han resurgido con un barniz renovado y han tomado un abrumador impulso, teorías que sostienen que el otro no es un yo mismo reflejado en un ser distinto pero igual, sino un “enemigo”.

Hay síntomas alarmantes en el mundo, que hacen que muchos duden sobre el destino mismo del hombre. Quienes no abrigamos esas dudas sabemos que serán neutralizados en la medida en que los encaremos con firmeza. Brutal represión y refinamiento hasta hace poco de ciencia ficción nos dan la nota de lo angustiante del problema... En tanto la pena privativa de libertad se ponga al servicio de esos sistemas, sus consecuencias serán catastróficas³.

Abordaremos, pues, de una manera sucinta a la Cárcel y los Derechos Humanos, en el marco del contexto histórico que nos toca vivir, lo que implica una problemática compleja, grave, que urge al menos, un sinceramiento y un apartamiento de respuestas hipócritas que resuelven todo desde la “emergencia” y el alejamiento urgente de un escenario planteado como bélico.

2 EL REGRESO AL HOMO HOMINI LUPUS HOBESSIANO

En los inicios del siglo XXI el poder planetario parece ser hegemónico, parece tener un solo dueño, entonces los profetas “del fin de la historia” creen encontrar un renovado sustento para sus augurios.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1990.

Vivimos en un mundo en el que se imponen las reglas del libre mercado, el libre e irrestricto tránsito de información, de circulación de capitales, donde se pregona la libertad... nos dicen que vivimos en un mundo “globalizado”.

Si la cúspide de la civilización fue alcanzada a través de este sistema, cuyos mejores tesoros a mostrar son (en teoría y por contraposición al declinante socialismo real) su democracia representativa, su positivización de los derechos humanos y su derecho penal y procesal penal respetuoso de las garantías individuales ¿cuál es el motivo de las continuas violaciones de esos derechos humanos? ¿cuál es la necesidad permanente de recurrir a legislaciones de excepción que “limiten”, “restringan”, “suspendan” determinadas garantías individuales?⁴. Las paradojas de este sistema son ostensibles, una muestra de sus contradicciones es que en este mundo libre y globalizado, el tránsito y la permanencia de personas (en sitios que no sean los originarios) no son tan libres, no cuando se trata del tránsito y de la permanencia del “otro”. No por azar en Europa se intensifican las normativas restrictivas y represivas referentes a la extranjería, no por azar en el país del norte se piensa construir un gran muro que impida el ingreso de los “otros” aquellos que son “ellos”, los no iguales, los distintos...

En un panorama (que desconcertaría al mismísimo Keynes), de grandes masas de capitales sin dueño, capaces de sostener gobiernos como también de destruirlos, se genera un contexto de “capitalismo sin trabajo” donde se produce una grosera polarización de la riqueza, emergen entonces: “los excluidos”, aquellos que como bien lo expresa el término: están afuera, y por lógica los que están afuera no están adentro, la globalización no les llegó, o mejor dicho, los dejó afuera. Por tanto, se hace urgente invisibilizar la miseria, la injusticia, el sufrimiento. Así crecen en las periferias de los conglomerados urbanos las villas miseria, las favelas, pero crecen y se reproducen donde no se los ve (o donde no se los quiere ver). Sin embargo, los “excluidos invisibles” se volverán visibles en porcentajes de criminalizados, porque se criminalizará al excluido, y también se criminalizará, al otro. Se está produciendo un peligroso retroceso, se están violando elementales derechos y garantías que siglos ha costado conseguir⁵, se está volviendo a pasos agigantados sobre los peores pasos que ha dado el derecho penal.

⁴ RIQUEERT, Fabián L.; PALACIOS, Leonardo. El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes. *La Ley, Revista Univesitaria*, Buenos Aires, año 5, nro.3, jun. 2003.

⁵ Cuando más instrumentos de derechos humanos se crean y se reconocen, más se acrecienta la desigualdad, el sufrimiento, la violencia.

El reto de saber coexistir con el diferente, el ser al tiempo iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin eliminar a la otra parte están, poco a poco, guardándose en el baúl de los recuerdos, mientras precipitadamente y sin sosegado debate, damos paso a un peligroso principio “tolerancia cero” de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas. Todo ello cuando “ni siquiera nos habíamos puesto a trabajar en serio por una política centrada en el análisis y la prevención social del delito, en la búsqueda efectiva de alternativas, en una atención más personalizada a los últimos tramos del cumplimiento de la pena”⁶.

Del mismo modo, con renovados aires, están resucitando lo que Jakobs llama Derecho Penal del Enemigo⁷ y el enemigo siempre fue ¿quién?: el otro, el distinto. “Es decir, que el término se asoció ayer y se asocia hoy con aquella persona distinta que “no es como uno” “no piensa como uno” “no tiene el color de piel de uno” etc. etc. En definitiva se trató siempre de una forma sutil de discriminación... La idea del DPE se contraponen al status del ciudadano. Sólo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho, por eso el delito de un ciudadano es un “desliz reparable”, una cuestión normal, pues el criminal (leáse normal) tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad. En esta inteligencia Silva Sánchez entiende que el tránsito del ciudadano al enemigo se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Esta situación debe ser enfrentada de un modo expeditivo, eficaz”⁸.

Sin embargo, como ya lo hemos mencionado, estos postulados no son nuevos. Hacia finales del siglo XVIII y comienzos del XIX comienza a reformularse y reorganizarse el sistema judicial y penal en el mundo, el crimen ya no ha de tener relación alguna con la fe o la moral, el crimen es algo que daña a la sociedad civil. Hay por consiguiente una revisión también del concepto de criminal. Quien comete un crimen es alguien que ha roto el “contrato social” alguien que se ha puesto al margen de la sociedad, “el crimen

⁶ BERNABÉ, José Luis Segovia. **La seguridad ciudadana y las víctimas. Pistas para humanizar el Sistema Penal. Gobernanza y Seguridad Sostenible.** Salamanca, Universidad Pontificia. agosto, 2003.

⁷ Para Jakobs son características del Derecho Penal del Enemigo: el aumento sensible de las escalas penales, el socavamiento de las garantías procesales, una legislación de excepción que él llama “de lucha” y un adelantamiento de la punibilidad.

⁸ PARMA, Carlos. Libro de Ponencias. In: CONGRESO DE DERECHO PENAL. 17, Guayaquil. **Conferencias...** Lima: Ara Editores, 2005. p. 148.

y la ruptura del pacto social son nociones idénticas, por lo que bien puede decirse que el criminal es un enemigo interno”⁹ el criminal es el enemigo social. En pleno siglo XXI comprobamos que hemos “avanzado” hacia atrás, que se ha resucitado esta visión del “criminal”, y como el criminal es un “enemigo”, pues bien, hay que combatirlo como lo que es...como un “enemigo”.

Entonces se levantarán las voces de la “sociedad” reclamando castigo, penas más duras, disminución de la edad de imputabilidad, más prisiones, menos garantías...

En una sociedad plagada de “enemigos”, se recurrirá entonces, a la creación de nuevas normas penales que legitimen el poder punitivo y que justifiquen por tanto, la necesidad de re establecer el orden diezmado por el accionar criminal, en aras de preservar la denominada “seguridad ciudadana”¹⁰. Se originará entonces una legislación de “excepción” para un “estado de excepción”, esto incluirá, siguiendo al maestro Zaffaroni la legislación penal de emergencia que se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad - con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc. d) los efectos de esa legislación “*para el caso concreto*” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una

⁹ FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 2003. p. 93.

¹⁰ Sobre doctrina de la seguridad ciudadana estas palabras de J. Luis Guzmán Dalbora, pronunciadas durante el XIV Congreso Derecho Penal celebrado en Valparaíso, Chile en Noviembre de 2002. “La incompreensión e indiferencia por los profundos problemas sociales de donde surgen los delitos que proclama combatir, es el complemento lógico de la doctrina, cuya esencia radica en ahondar y perpetuar la realidad y el mito de la delincuencia. Y en la imagen de guerra sin reglas, de refriega y peligros que acechan por doquier, a la que se convoca a tomar parte al ciudadano, se desdibuja incluso quién es el amigo y quién el enemigo, ya que ni unos ni otros son para la doctrina verdaderos sujetos de fines. De modo que a ésta no parece que deba objetarse tanto esa deformación de la función penal contra la que se rebeló CARRARA, la que hunde sus causas en “la manía de gobernar demasiado, y en la idiotez de gobernarlo todo por medio de procesos criminales” esto es, los usos propios del Estado gendarme, cuanto el desplegar, bajo el dominio de lo único que existe y tiene valor, o séase, la ganancia de mercado, el campo del *bellum omnium contra omnes*. El modelo de Estado correspondiente a la doctrina de la seguridad ciudadana, no es, entonces, el Estado de policía, sino la falta de Estado: el estado de naturaleza.

sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente¹¹.

En el orden internacional, con total impunidad, en nombre de la libertad y embanderados en una prepotente “Justicia infinita” (entiéndase sin fronteras) se atropellan, se infringen principios de derecho internacional, convenios de protección de Derechos Humanos, se desconocen organizaciones internacionales, etc. En el orden prático, la Patriotic Act norteamericana, por ejemplo, y la posibilidad abierta de detener personas sin comunicarles el título de imputación, ni designarles abogado, ni dar cuenta de su paradero, ni fijar un límite temporal para esta situación tan precaria son hechos singularmente graves que empiezan a extenderse peligrosamente por todo el planeta, incluidos los países de tradición más garantista y democrática¹². Se ha lanzado una remozada “caza de brujas”¹³.

En medio de esta vorágine de “guerras infinitas” y de lucha sin límites contra la criminalidad, en este mundo “libre y globalizado” nos estamos olvidando del HOMBRE, y lo que es más grave... estamos volviendo al *homo homini lupus hobbesiano*... mala cosa para el derecho penal... mala cosa para el ser humano...

3 DEPÓSITO HUMANO (la cárcel)

En este contexto que hemos sucintamente descrito emerge la cárcel, como un barco que navega a la deriva en medio de un océano embravecido...

La cárcel se constituirá en el depósito de los enemigos, cumplirá cabalmente con el rol de eliminar, al menos visualmente, a “los enemigos”.

Con asombrosa impunidad irrumpe el depósito humano de Guantánamo en el que se confina a los enemigos de la “libertad”, a los “enemigos de occidente”, sin que hayan sido sometidos a juicio alguno, sin que hayan

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La creciente legislación penal y los discursos de emergencia:** teorías actuales de derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

¹² BERNABÉ, op. cit.

¹³ En otras palabras están proyectando a nivel internacional, con renovados matices la bestial doctrina de la seguridad nacional, que ahora podríamos perfectamente llamar “doctrina de la seguridad mundial” en tanto que en el orden interno le han dado el nombre de “seguridad ciudadana”, dos caras de una misma moneda.

contado con abogados defensores, ni garantía procesal de ninguna naturaleza. El “Imperio de la libertad” ha violentado (y violenta) todos y cada uno de los principios que esgrime como bandera. Los allí prisioneros han sido declarados culpables sin que se haya presumido antes su inocencia. En el más absoluto anonimato más de 400 personas se encuentran confinadas, sin que se respete el Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra, sometidos al sólo imperio y potestad de quienes los han detenido¹⁴. En vano se han levantado las voces de organizaciones internacionales de derechos humanos. Con total impunidad han sido trasladados de un país a otro, sorteando todos los controles aeroportuarios naturalmente con la complicidad de esos mismos países acusados de ser responsables en varios grados de violaciones a los derechos de personas específicas en ocasión de esos traslados ilegales¹⁵.

Si esto ocurre ante los ojos impávidos e inmovibles del mundo entero, si pueden “libremente” violentarse todos los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, si por acción, por omisión, o por impotencia se admite la existencia de semejante bestialidad, qué puede esperarse para los depósitos humanos anónimos que emergen en nuestras sociedades periféricas...que subsisten inmutables en el tiempo como si el tiempo no transcurriera ...¿qué puede esperarse?!¹⁶.

Son las mismas construcciones, los mismos presos, la misma desolación, el mismo desconuelo, el mismo dolor.

Nuestras cárceles latinoamericanas siguen pobladas de los mismos de siempre. Elías Neuman en su obra “Prisión Abierta nos dice “cuando vuelvo a recorrer las prisiones del país y del extranjero advierto por una tenaz fatalidad que nada ha cambiado. Allí están los mismos presos de entonces y los mismos guardiacárceles. Podrá verlos quien visite un establecimiento penal de provincias

¹⁴ Mientras estas líneas se escriben cobró estado público a través de los medios de comunicación y de las denuncias de organismos de Derechos Humanos como Amnistía Internacional que tres presos de Guantánamo se han suicidado, dicen, que en la creencia mística de que con su muerte recuperarían la libertad los otros detenidos.

¹⁵ El Consejo de Europa (máximo organismo europeo de defensa de los derechos humanos) denunció que 14 países europeos participaron activamente con la CIA en estas actividades ilegales y que otros las ignoraron conociéndolas o no quisieron saber. Asimismo denunció que países como Polonia y Rumania pueden haber albergado cárceles clandestinas de la CIA. “Diario el Tribuno”. Ag. Reuters. 13 de Junio de 2006. p. 14.

¹⁶ El abatimiento de los enemigos enclaustrados en Guantánamo es idéntico al abatimiento de nuestros enclaustrados periféricos, quienes rotulados como “enemigos sociales” hay que invisibilizar.

y ello ocurre también en las grandes ciudades. Igual coloración de piel, iguales gestos, el mismo modo de andar, tatuajes similares, cortes, dentaduras rotas, los mismos torsos desnudos, la misma tristeza, son estos presos los hijos de los que conocí hace veinte años y nietos de aquellos más lejanos en el tiempo, casi todos por no decir todos tienen el mismo denominador común: gente de abajo, de extracción humilde, sumergidos sociales ¿acaso las personas de clases acomodadas no delinquen en nuestros países americanos?, como si existiera una determinación no genética que los proyecta a una especial tara hereditaria”¹⁷.

Los recintos carcelarios son escenarios lóbregos, edificios construidos con la arquitectura de la desesperanza. Aquellos pasillos oscuros son transitados y custodiados por quienes provienen de la misma franja de excluidos, sus celdas son habitadas por el desconsuelo de quienes allí han sido olvidados, como si una condena inapelable les hubiera sido impuesta en el momento mismo de su nacimiento. Cabe destacar, sin embargo, las construcciones modernas de “máxima seguridad” verdaderas moles edilicias sin vestigios de humanidad.

Pero la cárcel no sólo hará invisibles a quienes no queremos ver, no sólo esconderá, la cárcel cumplirá también un rol deteriorante, será como una enorme máquina aplanadora.

“La prisión o jaula es una institución que genera una patología cuya característica más saliente es la regresión lo que no es difícil de explicar. El preso es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto: se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, etc.)...

Pero la prisión no deteriora por deteriorar, sino que lo hace para condicionar, invade al sujeto con sus requerimientos de rol implica un verdadero lavado de cerebro, del que incluso forman parte los otros prisioneros que interactúan con el sometimiento al tratamiento criminalizante”¹⁸.

Siguiendo también a Elías Neuman decimos que así como una vez se dijo: ¡Basta de pena de muerte! Y se logró avanzar en los países de mayor arraigo penológico, hoy participamos de la condenación de la prisión clásica, que desde hace algo más de dos siglos es un instrumento opresivo que

¹⁷ NEUMAN, Elías. **Prisión abierta**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 139.

ha convertido a los que pasan por ella en lo que Ruiz Funes denomina: “hombres rotos”. La violencia física y moral sólo refuerza el denominador común del odio, el resentimiento, y genera obviamente mayor violencia.

4 DERECHOS HUMANOS: ¿Aspiración o realidad?

Plantearse pues, la problemática carcelaria y su vinculación con la violación de los derechos fundamentales del hombre implica una dificultosa tarea, más aún en el contexto histórico que hemos descrito brevemente y sobre todo a la hora de entender que la cárcel carga en sus entrañas un ultraje a la humanidad misma.

Antes de avanzar es necesario que busquemos una fundamentación a lo que entendemos por derechos humanos. Se ha buscado una fundamentación sociológica al sostenerse que el hombre no puede ser considerado como una unidad abstracta o desligado de la sociedad en la que vive, sino que por el contrario debe ser considerado en un contexto histórico, social, económico. Esta concepción contempla al hombre como un ser social, que nace, crece, se desarrolla y muere en un determinado contexto social: “pensar en los derechos de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los incapaces, de las víctimas, de los refugiados, de los grupos minoritarios étnicos, religiosos, supone prestar atención a toda una serie de nuevos derechos que sólo pueden ser percibidos si se asume este nuevo paradigma propio del pensamiento sociológico. Es aquí cuando puede avanzarse en la hipótesis de una construcción social de los derechos del hombre” ha sostenido Iñaki Rivera Beiras¹⁹.

Adhiriendo a esta postura es que podemos abordar la problemática de los derechos humanos de las personas que “viven “o sobreviven en nuestras sociedades o al margen de ellas. Lo cual evidencia la necesidad de un tratamiento de sus derechos basado más en la diversidad que en la igualdad (a diferencia de las clásicas declaraciones de derechos). En el caso concreto de los presos, la condición de “privados de libertad” es precisamente su nota característica²⁰.

¹⁹ BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). **Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales**. Barcelona: Bosch, 1995.

²⁰ El mismo confinamiento en esos centros oscuros de “secuestro legal” implica ya de por sí un atentado contra un derecho fundamental, de manera que la construcción de los derechos de los privados de libertad debe efectuarse sobre una aporía.

Pues bien, el preso, el ser que se encuentra depositado tras los muros y las rejas es un Ser Humano con todo lo que ello implica, y así lo reconocen los instrumentos de protección de derechos humanos (que han surgido paradójicamente como consecuencia de las aberraciones que los hombres son capaces de cometer en contra de sus semejantes).

No enumeraremos aquí las declaraciones ni tratados o convenciones sobre derechos humanos, sí creemos que es necesario un sinceramiento y un apartamiento de aquellas afirmaciones que sostienen que por el mero hecho de la positivización de los derechos fundamentales estos cobran vida per se, nada más alejado de ello. Esa afirmación es absurda, no es cierta. Si evidenciamos nuestra cotidianeidad podremos confirmar que la concreción de los derechos humanos constituye una aspiración pero nunca una realidad tangible. En todo caso las declaraciones, convenciones y tratados de derechos humanos (referentes en este caso a los derechos de los privados de libertad) traducen, sí, un deber de abstención de parte de los Estados: abstención de torturar, abstención de hacinar, obligación de procurar que la prisión sea lo menos deteriorante posible. Siguiendo con nuestro razonamiento la pregunta que emerge naturalmente es la siguiente: ¿se abstienen los Estados de torturar, de hacinar, de condenar como dice Elías Neuman un poco a la muerte? la respuesta es: no.

Si bien es cierto que se ha dado un gran avance desde el momento mismo en que se han reconocido estos derechos, es insuficiente a la hora de su efectiva tutela y aplicación cotidiana: no pueden negarse las muertes anónimas que se originan tras las rejas como consecuencia de las torturas y los malos tratos, no pueden negarse tampoco aquellos “suicidios” que se producen misteriosamente con la complicidad de la oscuridad, que cuando se habla de plazos razonables de detención preventiva no pueden negarse los procesamientos indefinidos en el tiempo, que cuando se hace mención a la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad no pueden negarse los altos índices de reincidencia, que cuando se hace mención a las condiciones dignas de detención no pueden negarse los violentos motines que se producen en reclamo de un poco de dignidad, no puede negarse el hacinamiento, la violencia, el dolor, los calabozos de castigo, que cuando se menciona el “tratamiento” re-educador no puede negarse el sometimiento contra voluntad a un proceso cosificante y despersonalizador.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en instrumentos positivizados constituye al menos la posibilidad (fortuita) de un límite garantista contra las arbitrariedades provenientes de los detentadores del poder, y

concretamente respecto de los derechos de los privados de libertad, la posibilidad de exigir el acatamiento, el respeto de lo que hemos mencionado al inicio de este trabajo como el límite del sufrimiento de la pena, principio al que creemos pueden reducirse todos los derechos fundamentales: la dignidad humana, dignidad que no puede ser relativizada. Porque del valor más básico (el valor de toda vida humana, de todo ser humano, es decir, su dignidad humana), se deriva el principio primero y fundamental en el que se basan todos los demás: la actitud de respeto que merece por el mero hecho de pertenecer a la especie humana.

La dignidad propia del hombre es un valor singular que fácilmente puede reconocerse, reclama de nosotros una actitud proporcionada, adecuada: reconocerlo y aceptarlo como un valor supremo (actitud de respeto) o bien ignorarlo o rechazarlo. Este valor singular que es la dignidad humana se nos presenta como una llamada al respeto incondicionado y absoluto. Un respeto que, como se ha dicho, debe extenderse a todos los que lo poseen: a todos los seres humanos. Por eso mismo, aún en el caso de que toda la sociedad decidiera por consenso dejar de respetar la dignidad humana, ésta seguiría siendo una realidad presente en cada ciudadano. Aún cuando algunos fueran relegados a un trato indigno, perseguidos, encerrados en campos de concentración o eliminados, este desprecio no cambiaría en nada su valor inconmensurable en tanto que seres humanos²¹.

Y la dignidad humana implica o traduce la obligatoriedad de tratar al otro como queremos que nos traten a nosotros en idénticas circunstancias, siguiendo aquel imperativo categórico kantiano que reza "Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en una ley universal", dignidad que implica también la necesidad de considerar al hombre como un fin sí mismo.

Los derechos humanos son entonces una realidad pero lo son en tanto derivan de la misma naturaleza humana, en tanto acompañan a la existencia misma del hombre, en tanto forman parte de su esencia, pero no son reales en

²¹ BOTTA, J. Vidal. **La dignidad humana y sus implicaciones éticas**. Sevilla: Editorial Universitaria, 2002.

tanto no son respetados como tales. Y los derechos humanos de los presos no son tales, en tanto las cárceles siguen siendo instrumentos de negación de la humanidad. De nada sirven los instrumentos de derechos humanos a los presos de Guantánamo, ninguna utilidad práctica tienen los instrumentos de derechos humanos para nuestros presos anónimos, podrán, sí, eventualmente, los Estados acusados de violaciones a tales derechos ser objeto de sanciones, pero la realidad permanece inmutable, las cárceles siguen hacinando, siguen torturando, siguen “matando de a poco”...entonces podemos decir que los derechos humanos de los presos no son una realidad.

¿Son entonces una aspiración? Podemos afirmar que efectivamente es así... son una utopía hacia la que tenemos el deber progresar. Es que en el afán de alcanzar las utopías se avanza inexorablemente hacia ellas.

Pensamos que ese avance se logrará si empezamos por reducir la vulnerabilidad de quienes serán la “carne de prisión”, Zaffaroni entiende que “reducir la vulnerabilidad penal de la persona es un programa penitenciariamente realizable, jurídicamente compatible con las normas constitucionales”²².

Proclamar un bonito recitado de derechos humanos es una salida placentera incluso hasta poética, pero basta con atravesar una reja para evidenciar que después de los barrotes se acaba la poesía.

5 CONCLUSIONES

“Cuando no se sabe donde ir todos los vientos son malos”...pues bien, para saber donde ir antes debemos saber dónde estamos.

Hemos intentado describir brevemente el sitio donde nos encontramos. Un sitio sombrío, oscuro, pero con atisbos de luz, luz que puede indicarnos el camino a seguir.

Pensamos que ese camino está en re-descubrir al hombre en su más entera significación, como aquella maravillosa Criatura, como aquel misterioso Milagro. Y en ese Milagro descubrir nuestro propio rostro, volver al hombre es volver hacia nosotros mismos.

²² ZAFFARONI; ALIAGA; SLOKAR. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

El reconocimiento del hombre como un ser racional y de naturaleza ética, de su individualidad sensible, que le torna apto para el conocimiento de los valores, proponerse fines y hacer de éstos orientación y motivo concretos de su vida y su conducta, reposa, pues, en la voluntad de convivir, o lo que es igual, el respeto del signo de lo humano en el diferente, “es la piedra de toque de los ordenamientos de nuestra cultura jurídica, que consagran y protegen esa dignidad como el elemento que acomuna a todos los hombres, más allá de las infinitas condicionalidades empíricas que les rodean en su existencia social. No hay, entre los máximos poderes jurídicos de disposición del individuo, ninguno que deje de hallar su sustento en esa idea (la idea de humanidad, que “proclama y exige el hombre en sí”, según la bella expresión de MAX ERNST MAYER), como tampoco pudiera hablarse en serio de derechos fundamentales, ni serían éstos siquiera concebibles, sin esas dos notas características del Derecho que, precisamente por contenerlas y representarse al hombre a su amparo, los reconoce, esto es, la personalidad y la alteridad”²³.

Pero, la cárcel anula la personalidad y anula la alteridad, la cárcel destruye, deshumaniza. En este preciso instante mientras proclamamos Derechos Humanos, “Humanos con Derechos” están siendo torturados, arrojados al encierro, hacinados, cosificados, deshumanizados...

Las cárceles persisten como un mal con el que no debemos resignarnos a convivir, mal que debemos resistir. Con todo, ese mal existe, es real, y como están planteadas las cosas nos acompañará por mucho tiempo más, entonces, ¿qué hacer con ese mal?

Es necesario, urgente, apremiante, reducir la vulnerabilidad de los más vulnerables, disminuir el dolor, volver la mirada hacia el HOMBRE.

Es necesario entender la existencia en co-existencia, “nosotros no conseguimos entender quiénes somos sin la mirada y la respuesta del otro”²⁴.

Cuanta sangre, cuanto dolor, cuanta muerte como Humanidad podríamos habernos evitado y cuanto dolor, cuanta sangre y cuanta muerte podríamos evitarnos si nos descubriéramos en el otro...por más “otro” que sea.

Es urgente: Rescatemos al Hombre...

²³ DALBORA, J. Luis Guzmán. La doctrina de la seguridad ciudadana. In: CONGRESO DERECHO PENAL, 15., Valparaíso. **Conferencia...** Disponible en: www.carlosparma.com.ar.

²⁴ ECO, Humberto. **Cinco escritos morales**. Barcelona: Lumen, 2002.

Seguramente estas reflexiones sonarán para muchos utópicas: No se equivocan. Para ellos, estas maravillosas palabras de un Hombre infinitamente Humano llamado Ernesto Sabato "...Les propongo entonces, con la gravedad de las palabras finales de la vida, que nos abracemos en un compromiso: salgamos a los espacios abiertos, arriesguémonos por el otro, esperemos con quien extiende sus brazos, que una nueva ola de la historia nos levante. Quizá ya lo está haciendo, de un modo silencioso y subterráneo, como los brotes que laten bajo las tierras del invierno.

Algo por lo que todavía vale la pena sufrir y morir, una comunión entre hombres, aquel pacto entre derrotados. Una sola torre, sí, pero refulgente e indestructible...el obstáculo no impide la historia, nos recuerda que el hombre sólo cabe en la utopía.

Sólo quienes sean capaces de encarnar la utopía será aptos para el combate decisivo, el de recuperar cuanto de humanidad hayamos perdido"²⁵.

BIBLIOGRAFÍA

BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). **Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales**. Barcelona: Bosch, 1995.

BERNABÉ, José Luis Segovia. **La seguridad ciudadana y las víctimas. Pistas para humanizar el Sistema Penal. Governanza y Seguridad Sostenible**. Salamanca, Universidad Pontificia. agosto, 2003.

BOTTA, J. Vidal. **La dignidad humana y sus implicaciones éticas**. Sevilla: Editorial Universitaria, 2002.

CERUTI-RODRÍGUEZ. **Ley 24660. Ejecución de la pena privativa de libertad**. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

DALBORA, J. Luis Guzmán. La doctrina de la seguridad ciudadana. In: CONGRESO DERECHO PENAL, 15., Valparaíso. **Conferencia...** Sitio de Internet: www.carlosparma.com.ar

²⁵ SABATO, Ernesto. **Antes del fin**. Buenos Aires: Booket, 2005.

DIÁRIO EL TRIBUNO, Salta: Edição virtual, 13 jun. 2006. www.tribuno.com.ar

ECO, Humberto. **Cinco escritos morales**. Barcelona: Lumen, 2002.

FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 2003.

NEUMAN, Elías. **No a la prisión**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

_____. **Prisión abierta**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

PARMA, Carlos. Libro de Ponencias. In: CONGRESO DE DERECHO PENAL. 17, Guayaquil. **Conferencias...** Lima: Ara Editores, 2005. p. 148.

RIQUERT, Fabián L.; PALACIOS, Leonardo. El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes. **La Ley, Revista Univesitaria**, Buenos Aires, año 5, nro.3, jun. 2003.

SABATO, Ernesto. **Antes del fin**. Buenos Aires: Booket, 2005.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal**: parte geral. Buenos Aires: Ediar, 1990.

_____. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 139.

_____. **La creciente legislación penal y los discursos de emergencia**: teorías actuales de derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

_____; ALIAGA; SLOKAR. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual editado pela Procuradoria Geral de Justiça destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros operadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As idéias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos serão redigidos em português, no impessoal e encaminhados em duas vias juntamente com o arquivo em disquete, em formatação Word for Windows: papel A4; espaço simples; fonte Times New Roman; corpo 12 em no máximo 15 laudas;
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, caso necessário;
8. As obras citadas no texto e as notas explicativas, devem seguir o sistema numérico (notas de rodapé) de acordo com a ABNT;
9. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão
Coordenação da Biblioteca
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA - CEP: 65.020-910
Tel.: OXX(98) 3219-1656
Fax: OXX(98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@pgj.ma.gov.br

Este livro foi composto na tipografia *Times New Roman* em corpo 11/14, impresso em papel Offset 75g/m², capa em papel cartão supremo 250g, pela Divisão de Editoração da LITHOGRAF – Indústria Gráfica e Editora Ltda. - Av. Ferreira Gullar, 40 - São Francisco. São Luís - Maranhão - Brasil • Fone: (0-xx-98) 3235-2082.
