

Revista



Edição: Direito Constitucional

“Aprimore seus conhecimentos com quem é referência”



DIRETORIA

Presidente: Luiz Flávio Borges D'Urso

Vice-Presidente: Marcos da Costa

Secretário-Geral: Braz Martins Neto

Secretário-Geral Adjunta: Clemencia Beatriz Wolthers

Tesoureiro: José Maria Dias Neto

Diretora Adjunta: Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Diretor de Cultura: Umberto Luiz Borges D'Urso

Diretor da ESA: Rubens Approbato Machado

CONSELHO SECCIONAL

AILTON JOSE GIMENEZ
AMERICO DE CARVALHO FILHO
AMILCAR AQUINO NAVARRO
ANNA CARLA AGAZZI
ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO JORGE MARQUES
ARMANDO LUIZ ROVAI
CARLOS ALBERTO EXPEDITO DE BRITTO NETO
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS BARBARA
CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS PINHEIRO
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI
CID ANTONIO VELLUDO SALVADOR
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CLAUDIO BINI
CLAUDIO PERON FERRAZ
DANIEL BLIKSTEIN
DARMY MENDONCA
EDSON COSAC BORTOLAI
EDSON ROBERTO REIS
EDUARDO CESAR LEITE
ELI ALVES DA SILVA
ESTEVAO MALLET
EURO BENTO MACIEL
FABIO MARCOS BERNARDES TROMBETTI
FABIOLA MARQUES
FERDINANDO COSMO CREDIDIO
FERNANDO JOSE DA COSTA
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS
GUSTAVO FLEICHMAN
HELENA MARIA DINIZ
HORACIO BERNARDES NETO
JAIRO HABER
JAMIL GONCALVES DO NASCIMENTO
JARBAS ANDRADE MACHIONI
JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA
JOAO CARLOS RIZOLLI
JOAO EMILIO ZOLA JUNIOR
JORGE ELUF NETO
JOSE EDUARDO TAVOLIERI DE OLIVEIRA
JOSE LEME DE MACEDO
JOSE VASCONCELOS
LAERTE SOARES
LUIZ RICARDO MARCONDES MARTINS
LUIZ CARLOS PEGAS
LUIZ DONATO SILVEIRA
LUIZ EDUARDO DE MOURA
MANOEL ROBERTO HERMIDA OGANDO
MARCELO FERRARI TACCA
MARCIO APARECIDO PEREIRA
MARCO AURELIO VICENTE VIEIRA
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO
MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELO
MAURICIO SILVA LEITE
MOIRA VIRGINIA HUGGARD-CAINE
NELSON ALEXANDRE DA SILVA FILHO
ODINEI ROGERIO BIANCHIN
RICARDO LOPES DE OLIVEIRA
RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROMUALDO GALVAO DIAS
ROSANGELA MARIA NEGRAO
ROSSANO ROSSI
RUI AUGUSTO MARTINS
SERGIO ROXO DA FONSECA
SIDNEI ALZIDIO PINTO
UMBERTO LUIZ BORGES D'URSO
YARA BATISTA DE MEDEIROS

Membros Suplentes:

ADIB KASSOUF SAD
ADRIANA GALVÃO MOURA
ALEXANDRE TRANCHO
ANTONIO CARLOS ROSELLI
ANTONIO ELIAS SEQUINI
ANTONIO HERCULES
ANTONIO OLIVEIRA JUNIOR
ANTONIO RICARDO DA SILVA BARBOSA
ARISTEU JOSE MARCIANO
ARLEI RODRIGUES
CESAR AUGUSTO MAZZONI NEGRAO
EDGAR FRANCISCO NORI
FATIMA PACHECO HAIDAR
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE
FERNANDO LUCIANO GARZAO
GENILDO LACERDA CAVALCANTE
GEORGE AUGUSTO NIARADI
JORGE LUIZ CARNITI
JOSE FABIANO DE QUEIROZ WAGNER
JOSE MEIRELLES FILHO
JOSE RODRIGUES TUCUNDUVA NETO
LIVIO ENESCU
LUCIA MARIA BLUDENI
LUIZ AUGUSTO ROCHA DE MORAES
LUIZ CARLOS RIBEIRO DA SILVA
LUIZ CELIO PEREIRA DE MORAES FILHO
LUIZ FERNANDO AFONSO RODRIGUES
LUIZ TADEU DE OLIVEIRA PRADO
MARCELO GATTI REIS LOBO
MARCELO SAMPAIO SOARES
MARCO ANTONIO MAYER
MARCOS ANTONIO DAVID
MAURICIO SCHEINMAN
OSCAR ALVES DE AZEVEDO
OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA
PAULO JOSE IASZ DE MORAIS
ROBERTA CRISTINA ROSSA RIZARDI
SIDNEY LEVORATO
STASYS ZEGLAITIS JUNIOR
VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

Membros Natos:

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
JOSÉ DE CASTRO BIGI
JOSÉ EDUARDO LOUREIRO
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO
JOÃO ROBERTO EGYDIO DE PIZA FONTES
MARCIO THOMAZ BASTOS
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA
RUBENS APPROBATO MACHADO

Membros Efetivos Paulistas no Conselho Federal:

ARNOLDO WALD FILHO
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO
MARCIA REGINA MACHADO MELARE

Membros Suplentes Paulistas no Conselho Federal:

NORBERTO MOREIRA DA SILVA
TALLULAH KOBAYASHI DE A.CARVALHO

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice Diretora: Anna Carla Agazzi

Assessor Especial da Diretoria: Laerte Soares

Conselho Curador

Presidente: Estevão Mallet

Vice-Presidente: Helena Maria Diniz

Secretário: Anis Kfouri Júnior

Conselheiros:

Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Roberto Delmanto Júnior

Representantes do Corpo Docente:

Paulo José Villela Lomar
Sandra Maria Boldini
Cláudio Cintra Zarif

Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:

José Fernando Simão

Representante do Corpo Discente:

Johnny Wilian Cruz Borges
Posse em 23.08.2010



Índice

Diretoria	Pág. 02
Conselho Secional	Pág. 03
Conselho Curador	Pág. 04
Editorial	Pág. 05
Apresentação	Pág. 06
Sobre a Revista	Pág. 82

Artigos

Artigo 1 - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO TÉCNICA PROCESSUAL: BASE, CONDIÇÕES E ALCANCE PARA ADVOCACIA	
André Ramos Tavares.	Pág. 08
Artigo 2 - JUDICIÁRIO E SOCIEDADE: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA	
Diogo Rais Rodrigues Moreira.	Pág. 16
Artigo 3 - REFLEXÕES INICIAIS SOBRE A (IR)RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM RAZÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL.	
Fabício Bolzan .	Pág. 24
Artigo 4 - PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SOBERANIA POPULAR: UMA RELEITURA EM TEMPOS DE CRISE DA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA	
Fabício Muraro Novais.	Pág. 28
Artigo 5 - FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DAS POLÍCIAS MILITARES E CIVIS (...)	
Ives Gandra da Silva Martins.	Pág. 46
Artigo 6 - AS INCONSTITUCIONALIDADES DA NOVA LEI DO SALÁRIO MÍNIMO	
Marina Faraco Siqueira e Silva.	Pág. 56
Artigo 7- O JUDICIÁRIO ENQUANTO ARENA DA OPOSIÇÃO POLÍTICA: A RELAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E A POLÍTICA, A PARTIR DE TATE E VALLINDER	
Pedro Buck.	Pág. 62
Artigo 8 - NÓS, OS LEGITIMADOS INDIRETOS, E A DENÚNCIA POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	
Renato Gugliano Herani.	Pág. 68
Artigo 9 - DEMOCRACIA E LIBERDADE REUNIÃO: A INCONSTITUCIONAL PROIBIÇÃO DA MARCHA DA MACONHA.	
Roberto Dias.	Pág. 76

Editorial

Expediente

Resumo

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

ISSN - 2175-4462

[http:// www.esaoabsp.edu.br](http://www.esaoabsp.edu.br)

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo
Luiz Flávio Borges D'Urso

Diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo
Rubens Approbato Machado

Presidente do Conselho Curador da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo
Estevão Mallet

Conselho Editorial

Anis Kfourí Júnior
Laerte Idalino Marzagão Júnior
Luiz Antônio Rizatto
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Maria do Carmo Oliveira Carrasco

Equipe Editorial

Coordenador de Edição
André Ramos Tavares

Coordenadora Técnica
Ellen Maria Pereira Caixeta
Mônica Aparecida Braga Senatore

Projeto Gráfico e Desenvolvimento Web
Caio Fernando Ribeiro Moraes
Gabriel Falda Moura

Revisora

Arleide Santana Felipe

Jornalista responsável
Santamaria Nogueira Silveira

Endereço para correspondência

Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja Liberdade - São Paulo/SP
CEP: 01503-020 ou através do endereço eletrônico - revista@esa.oabsp.org.br
telefone para contato: 011 3346 6800

Ficha Catalográfica

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP - Nº 8. (Primavera 2011.)
São Paulo: OAB/SP, 2011.

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462. Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

A Escola Superior de Advocacia da OAB SP destaca-se no cenário educacional jurídico por sua Escola Superior de Advocacia da OAB-SP, reconhecida pela qualidade e inovação de seus cursos jurídicos, colabora de forma inestimável com a produção acadêmica brasileira ao editar desde 2009 sua Revista Científica Virtual.

Muito me honra a participação neste empreendimento inovador que alia qualidade e facilidade, franqueando a todos os interessados artigos científicos atuais sobre os assuntos mais palpitantes do cenário nacional.

Pensando no viés democrático e livre da Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP (já que franqueia, pela internet e de forma gratuita, a qualquer interessado, o acesso ao seu rico conteúdo) é que se dedicou esse número à Democracia, Liberdade e Constituição.

A atuação recente do Supremo Tribunal Federal evidencia a evolução brasileira na defesa das liberdades e da própria democracia por meio da interpretação e aplicação da Constituição. São decisões como as que se referiram à aplicação da Lei Complementar n. 135/10 (Lei da ficha limpa), a intervenção federal no Distrito Federal, a união homossexual, a liberdade de imprensa entre tantas outras.

Os autores convidados desenvolveram os temas mais palpitantes extraídos desses três principais eixos: a Democracia, a Liberdade e a Constituição.

No primeiro eixo "Democracia" Fabrício Muraro Novais se debruça sobre a soberania popular utilizando como mote a revisitação do tema pelo STF no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva n. 5179/DF, com o artigo "Princípio fundamental da soberania popular: uma releitura em tempos de crise da representatividade política".

Pedro Buck explora a relação entre Judiciário e a Política questionando "quais os possíveis conceitos por detrás da expressão politização do Judiciário?" explorando "as implicações práticas de uma expressão em especial, a saber, 'judicialização da política', a partir de significação proposta por Torbjörn Vallinder e C. Neal Tate."

Diogo Rais Rodrigues Moreira aborda a relação entre Judiciário e sociedade, enfrentando alguns limites para seu estreitamento e utilizando do instituto da audiência pública como um dos mecanismos de aproximação, por meio do artigo "Judiciário e Sociedade: uma aproximação necessária".

Renato Gugliano Herani com o "Nós, os legitimados indiretos, e a denúncia popular de inconstitucionalidade das leis" questiona o aspecto jurídico da denúncia popular (notitia popularis) de inconstitucionalidade legislativa, caso em que "alguém do povo dá conhecimento a um dos legitimados diretos para ajuizamento de ação judicial em controle concentrado de constitucionalidade de um fato de produção de lei inconstitucional."

Na união dos dois primeiros eixos Roberto Dias trouxe o artigo "Democracia e liberdade de reunião: a inconstitucional proibição da marcha da maconha" que trata "especificamente da liberdade de reunião como expressão da democracia para questionar as decisões judiciais que têm proibido, nos últimos anos, em vários Estados da Federação brasileira, a realização da chamada 'Marcha da Maconha', por suposta 'apologia de crime' e instigação ou induzimento ao 'uso indevido de drogas', condutas tipificadas, respectivamente, pelos arts. 287 do Código Penal e 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006."

No terceiro eixo "Constituição" Ives Gandra da Silva Martins apresenta uma opinião legal acerca da constitucionalidade da RESOLUÇÃO nº 35 de 23 de março de 2011 editada pelo Secretário dos Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo, cujo conteúdo afeta atribuições da Polícia Civil e da Polícia Militar, análise intitulada "Funções constitucionais das polícias militares e civis – competências de atribuições e legislativa discriminadas pela lei suprema – inconstitucionalidade da invasão das competências próprias da polícia civil determinada por resolução de secretaria estadual."

Marina Faraco Siqueira e Silva, por meio de seu artigo "As inconstitucionalidades da nova lei do salário mínimo", aborda a nova lei do salário mínimo, Lei Federal nº 12.382, de 26 de fevereiro de 2011, à luz da Constituição realizando uma comparação com os argumentos expostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568/DF.

Fabrizio Bolzan, com o artigo "Reflexões iniciais sobre a (ir)responsabilidade do estado em razão dos danos causados pelo sistema penitenciário nacional" trata desse intrigante tema com uma abordagem incisiva diante dos direitos humanos.

Por fim, aproveitei o momento para apresentar algumas reflexões iniciais sobre "o controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para advocacia", procurando explorar a utilização (extensão e consequências) do controle de constitucionalidade como uma técnica franqueada ao autor ou réu das ações judiciais em geral, atentando para algumas condições que devem se fazer presentes.

Nesse número a Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP passeia por três temas de profunda relevância para o Direito Constitucional, reafirmando sua originalidade e colaboração ao mundo acadêmico e profissional, fomentando o debate sobre essas questões de relevância e interesse para toda a comunidade científica.

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Coordenador do curso de especialização lato sensu em
Direito Constitucional com ênfase nos direitos e
garantias fundamentais da ESA.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO TÉCNICA PROCESSUAL: BASE, CONDIÇÕES E ALCANCE PARA ADVOCACIA

SUMÁRIO

- 1. Apresentação do tema e seu alcance perante a teoria processual clássica.**
- 2. O chamado controle “via de defesa” e seu significado**
 - 2.1. O controle incidental de constitucionalidade: esclarecimentos**
 - 2.2. O chamado controle “via de defesa” é pressuposto do uso do controle como técnica processual e com este não se confunde**
- 3. A relevância e a abertura a qualquer pessoa interessada do controle de constitucionalidade como sistema e como técnica processual**
 - 3.1. A ampliação dos interessados pela legislação em vigor**
 - 3.2. Técnica processual vocacionada aos direitos fundamentais**
- 4. Técnica fundamentada no acesso à Justiça**
- 5. Condições para o exercício da constitucionalidade como técnica processual**
- 6. Conclusões: no que consiste a especialidade dessa técnica processual?**

ANDRÉ RAMOS TAVARES - Coordenador do curso de especialização lato sensu em Direito Constitucional com ênfase nos direitos e garantias fundamentais da ESA.

1. Apresentação do tema e seu alcance perante a teoria processual clássica.

O controle de constitucionalidade constitui uma das preocupações centrais da Teoria da Constituição e dos Estados constitucionais na atualidade.

São muitos os estudos que se direcionam à análise teórica e dogmática desse capítulo do Direito Constitucional e do Direito Processual Constitucional.

O presente estudo, contudo, pretende apresentar uma abordagem diferenciada, que parte da constatação de que, no Estado Constitucional, o controle de constitucionalidade pode, presentes determinadas condições, ser utilizado processualmente como uma técnica pelo autor ou pelo réu das ações judiciais em geral, para fins de alcançar o objetivo final de obter o bem da vida perseguido processualmente.

Essa constatação, em realidade, prende-se a um recente movimento chamado de "constitucionalização" do Direito, e não apenas ao paradigma da supremacia da Constituição e ao seu insito (e tradicional) controle (judicial) de constitucionalidade.

A argumentação constitucional (e não apenas a argumentação de controle de constitucionalidade) gera importantes implicações processuais, que merecem ser apresentadas, aclaradas em suas consequências possíveis e, nessa medida, ponderadas para um uso consciente pela Advocacia.

Mas o estudo e o uso dessa técnica demanda, como uma das condições para sua operacionalização, a presença do chamado controle difuso-concreto de constitucionalidade das leis.

O uso processual do controle de constitucionalidade, pelas partes envolvidas, ultrapassa os limites de preocupação da tradicional doutrina processual, vocacionada à aplicação do Direito (em geral, das leis) aos casos concretos e, nessa medida, presa ao alcance literal da jurisdição como "dizer o Direito ao caso concreto".

Pretende-se, em realidade, com o uso do controle de constitucionalidade como técnica ou estratégia

processual, a aplicação do Direito ao caso concreto, com uma variante significativa, que é a certificação constitucional do direito perseguido.

Por isso, falar em controle de constitucionalidade e em constitucionalização do Direito como técnica processual envolve mais do que apenas o controle de constitucionalidade em si mesmo considerado, ou seja, a tônica, neste estudo propositivo, vai além da preocupação (básica e ainda necessária) com a defesa da Constituição e dos direitos que nela encontram assento.

Na Doutrina muito recente algumas obras e textos têm se direcionado ao tema, dentre as quais cito: *Nuove Prospettive del Diritto di difesa: Profili costituzionali di un disegno in evoluzione*, de Paola Mazzina e *Curso de Processo Constitucional*, de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, ambas publicações de 2011.

Registro, ainda, a obra *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, coordenado por Lorenzo Mezzasoma, Vito Rizzo e Lucia Ruggeri, publicada em 2010.

Nesse sentido vale registrar a advertência de LANFRANCCO FERRONI, em estudo sobre o "controle de legitimidade constitucional e comunitária como técnica de defesa" no sentido de que esse tipo de estudo se dirija "à solução dos problemas concretos e reais, revelando-se assim funcional e instrumental ao desenvolvimento da atividade profissional do advogado" (FERRONI, 2010: 497).

2. O chamado controle "via de defesa" e seu significado

Para bem compreender o alcance do uso do controle de constitucionalidade como técnica processual de interesse das partes envolvidas em uma demanda concreta, é preciso retomar o sentido, alcance e condições do controle de constitucionalidade, especialmente de sua incidência no sistema jurídico brasileiro.

Como se sabe, o controle costuma ser considerado concreto ou subjetivo quando exercido durante determinado processo jurisdicional, desde que se

pretenda, com ele, a resolução de algum ponto de Direito para a solução sequencial de uma controvérsia intersubjetiva.

É exatamente este o tipo de controle que costuma ser, impropriamente, chamado de controle via de defesa.

Digo “impropriamente” considerando que se trata de controle que tanto pode ser apresentado na petição inicial como na defesa técnica, tanto pelo autor como pelo réu, portanto.

Melhor denominá-lo de controle pela via concreta ou simplesmente controle concreto. Registre-se, ainda, que este controle concreto pode ser realizado de ofício pelo magistrado ou pelo Tribunal.

Esse modelo de controle concreto tem matriz norte-americana, pois foi inaugurado com a célebre decisão de 1803, da Corte Suprema dos EUA, no caso *Marbury vs. Madison*.

O controle pode ser, por oposição ao concreto, abstrato, assim considerado aquele que é exercido independentemente da preocupação com um caso concreto. É, por vezes, chamado também de controle por via direta, por via principal.

Esse modelo representa o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, inaugurado a partir da Constituição de 1920, por obra e influência decisivas de Kelsen (que chegou a atuar como magistrado daquele Tribunal até 1929).

Não é este o modelo que interessa para fins do presente estudo.

2.1. O controle incidental de constitucionalidade: esclarecimentos

Poder-se-ia falar de um modelo incidental partindo da perspectiva do controle de constitucionalidade italiano e mesmo do alemão (neste apenas parcialmente).

Assim colocado, o controle incidental seria aquele no qual a questão constitucional fosse suscitada no seio de um processo judicial e remetida (como incidente

desse processo) ao Tribunal Constitucional, para que decidisse sobre ela.

Nesse caso, em vez de ações diretas perante o Tribunal Constitucional, haveria incidentes que provocariam o Tribunal a se manifestar sobre a questão constitucional, e exclusivamente sobre ela, para que posteriormente fossem retomados os processos concretos relacionados àquela questão suscitada por um deles e decididos no âmbito da jurisdição comum, mas tudo sempre a partir da decisão sobre a constitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional.

Nesse modelo, portanto, a questão surge em um caso concreto, mas é transferida “em isolado” para o Tribunal Constitucional, vale dizer, é remetida ao Tribunal apenas a questão constitucional, aproximando-se, a partir daí, do controle abstrato.

Isso decorre, normalmente, da adoção, pelo ordenamento jurídico, de um controle concentrado, que só habilita um órgão a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade das leis, impedindo-se, assim, que juízes e tribunais possam fazê-lo.

Estes se veem “constrangidos” a remeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional, formando o incidente.

Assim, o Tribunal Constitucional analisa apenas questões constitucionais. As diferenças entre esse modelo e o adotado no Brasil são evidentes.

Quando o S.T.F. recebe um recurso extraordinário, também deverá estar presente a questão constitucional e, mais do que isso, deverá ser ela solucionada.

Até aqui há completa identidade (salvo o fato de as instâncias anteriores já terem se manifestado — prequestionamento — sobre a suposta inconstitucionalidade).

Mas o S.T.F., quando decide esse recurso, insere-se no contexto do controle difuso-concreto, o que significa que está obrigado a também decidir o caso concreto, quer dizer, aplicar sua decisão sobre a

constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo ao caso que ensejou o recurso extraordinário. É por isso que o controle ainda é concreto, e não abstrato, nessas circunstâncias.

Quando o modelo de controle for incidental, também há possibilidade de uso do controle de constitucionalidade como técnica processual específica, embora com possibilidades e alcance bem mais mitigado do que quando utilizado no âmbito de um modelo de controle concreto, como no Brasil, nos EUA ou em Portugal.

O uso é mitigado já que, em realidade, o modelo de controle incidental é concentrado e ao magistrado não é conferida a atribuição de realizar, de per si, o controle de constitucionalidade para o caso concreto conforme sua convicção.¹

Essa circunstância traz importantes consequências para a técnica de uso processual do controle, especialmente quanto à não abertura de vias recursais pela presença de questões constitucionais.

2.2. O chamado controle "via de defesa" é pressuposto do uso do controle como técnica processual e com este não se confunde.

Assim, considerando que o chamado controle "via de defesa" em realidade é mais tecnicamente falando um controle concreto, fica mais fácil nele vislumbrar seu real significado para o uso do controle como técnica. Trata-se, em realidade, de um pressuposto deste uso.

Em outras palavras, o controle via de defesa é pressuposto para um uso pleno do controle de constitucionalidade como técnica processual específica.

Não se confundem, portanto, os dois mecanismos. O controle via de defesa é um modelo que permite o manejo processual diferenciado do controle de constitucionalidade.

Ao se franquear, a qualquer magistrado, a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade das leis (juiz da lei e não apenas

juiz conforme a lei) o sistema permite que as partes interessadas, por meio de seus respectivos advogados, utilizem a invocação constitucional como uma técnica diferenciada de defesa.

3. A relevância e a abertura a qualquer pessoa interessada do controle de constitucionalidade como sistema e como técnica processual

Com apoio nas lições do constitucionalista argentino JORGE REINALDO VANOSSI, poder-se-ia classificar os modelos de controle de constitucionalidade quanto à possibilidade de "participação propulsora das pessoas", quanto à participação dos particulares, em dois grandes modelos.

Naqueles em que não se admite a participação dos interessados haverá uma atribuição restrita da legitimidade para atuar a certas autoridades, órgãos ou funcionários públicos.

A iniciativa e participação, pois, é compreendida, aqui, como um munus, realizada por determinação do próprio sistema normativo e não por interesse voluntário na defesa da Constituição.

Nos modelos que admitam a participação de qualquer pessoa interessada, nas palavras do autor, haverá uma "nota subjetiva na raiz do sistema, que converte os cidadãos em artífices da defesa constitucional por obra do interesse em não sofrer as consequências de uma violação da superlegalidade constitucional".

Complementando a idéia de VANOSSI, pode-se acrescentar que há uma subjetivação no último dos modelos apresentados ou, se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados.

O Direito deve estar a serviço do indivíduo, do Homem, considerando as principais interferências que ocasionará nas vidas concretas dos indivíduos.

Nessa medida, o controle concreto-difuso de constitucionalidade, como é praticado no Brasil, é aquele que mais bem representa essa idéia e se aproxima do segundo modelo apresentado aqui.

Esse modelo concreto de controle, portanto, franqueia tanto a abertura do processo constitucional a diversos participantes como também suporta a utilização de uma técnica processual específica para esses diversos participantes.

3.1. A ampliação dos interessados pela legislação em vigor

Recentemente, a Legislação brasileira passou a admitir que, no chamado incidente de inconstitucionalidade (art. 97 da CB) algumas autoridades e entidades possam intervir, oferecendo suas razões acerca da constitucionalidade em debate.

Trata-se de permissão que demanda o estudo do controle de constitucionalidade como técnica processual, para fins de ser adequadamente ponderada e utilizada na advocacia brasileira.

Bem demonstra que a argumentação constitucional no processo poderá gerar diferentes e diversas ramificações ou encaminhamentos processuais, merecendo ser previamente conhecida e calculada essa situação que se formará no processo.

3.2. Técnica processual vocacionada aos direitos fundamentais

Com lastro na valiosa lição de WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, os modelos de controle de constitucionalidade podem ser classificados quanto à tendência ideológica que acabam por perseguir ou desenvolver.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade, como salienta o autor, “tende a desenvolver-se preponderantemente em um destes dois sentidos: a tutela dos direitos fundamentais ou a estabilidade do governo (‘governabilidade’)”.

Realizando uma conjugação dessa tipologia com a anterior, pode-se afirmar que o controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis tende, pela subjetivização que há em sua raiz, ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Já o controle abstrato, pela sua objetividade, tende a ocupar-se das preocupações de governabilidade, sem aquilatar com a devida ênfase os efeitos que dele decorrem para a vida dos particulares.

O paradoxo é evidente, na medida em que o controle abstrato é quantitativamente superior em seus efeitos do que o concreto, ou seja, atinge um número sempre muito maior de pessoas, ao passo que no controle concreto a decisão tende a ser qualitativamente mais relevante para o indivíduo, mas se circunscreve às partes do processo judicial.

Assim, a técnica processual que se utiliza da abertura proporcionada pelo modelo de controle concreto de constitucionalidade adquire grande relevância e legitimidade.

4. Técnica fundamentada no acesso à Justiça

Anotam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH que a expressão “acesso à Justiça” “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

(...) uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 8).

Vale lembrar, preliminarmente ao estudo do tema, que por muito tempo a máquina judiciária só poderia ser “enfrentada” por aqueles que pudessem fazer frente aos seus altos custos.

O princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na História constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a expressamente determinar que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância.

O próprio enunciado da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente.

Assim, dentro da idéia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças de lesões a direito.

O princípio em questão significa que toda controvérsia sobre direito, incluindo a ameaça de lesão, não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário.

Sob esse enfoque, o comando constitucional dirige-se diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas chocar-se-ia frontalmente com o princípio maior da separação de poderes.

Consequência direta deste princípio, e que mais de perto interessa a este estudo, é que o controle de constitucionalidade, a argumentação pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, o desenvolvimento constitucional do tema ou o argumento de base constitucional, com a constitucionalização do Direito, são, todos, elementos à disposição dos interessados no curso de um processo judicial.

Como assinalou PAOLA MAZZINA é “a ideia que a ação não se exaure na possibilidade de acesso ao juiz, mas requer a predisposição de um complexo de atividades processuais vocacionadas a oferecer efetiva e concreta tutela jurisdicional das situações subjetivas de vantagem” (MAZZINA, 2011: 18).

Emergindo a lesão, ou caracterizando-se a ameaça de lesão a direito, surge, a seu titular, a possibilidade de tutela, inexoravelmente, pela via

judiciária, com a amplitude acima indicada, salvo as hipóteses constitucionais especiais.

O direito de acesso à Justiça deve ser analisado em conjunto com a regra da indeclinabilidade da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, segundo a qual este não pode se abster de julgar, seja qual for o motivo alegado.

Mesmo na falta de norma expressa, deve o magistrado apreciar a questão e apresentar-lhe solução, baseada nos critérios que a lei determina, quais sejam, os usos e costumes, a analogia e os princípios gerais de Direito.

É que de nada adiantaria declarar a legalidade (Estado de Direito), como uma garantia constitucional, do amplo acesso ao Judiciário e, de outra parte, permitir ao magistrado quedar-se inerte em sua função de proteção do Direito ou permitir-lhe ignorar a inconstitucionalidade das leis invocadas pelos interessados.

Aqui ingressa um “novo” elemento na compreensão de “acesso à Justiça”, mesmo em sua leitura mais arrojada, desenvolvida na década de setenta por CAPPELLETTI e GARTH, como indicado inicialmente.

O Judiciário é um dos atores responsáveis (ônus funcional da magistratura) pela realização das prescrições constitucionais.

Assim, superada que já está a ideia de que bastaria proclamar a abertura do Judiciário a todos, impõe-se, adicionalmente, “reconhecer que também não basta a efetivação do acesso caso a Justiça, especialmente a Justiça Constitucional, não esteja consciente de seu papel na realização do Estado Constitucional, e, com ela, na implementação do Estado social.

Recorde-se, aqui, que no Brasil todo magistrado é um juiz constitucional, carregando em seu cargo o dever mencionado” (TAVARES, 2011: 732-3).

5. Condições para o exercício da constitucionalidade como técnica processual.

O exercício do controle judicial de constitucionalidade e seu uso como técnica processual no processo judicial, como se pode perceber, demanda algumas condições que devem, necessariamente, estar presentes para que se possa falar dessa técnica.

Objetivamente, é necessário que o sistema jurídico adote – como ocorre no Brasil – o chamado modelo de controle judicial concreto de constitucionalidade das leis.

No modelo de controle abstrato o controle já será, necessariamente, a própria técnica processual, posto que se exige que o próprio pedido seja, exclusivamente, o pedido de apreciação do controle de constitucionalidade.

Ademais, é necessário que alguma das partes envolvidas utilize-se do fundamento constitucional expressamente, para fazer prevalecer todas as consequências possíveis dessa técnica, como, por exemplo, franquear aberturas recursais futuras, ou mesmo rescisórias.

A conscientização de seu papel constitucional, pelo Poder Judiciário, é essencial, sob pena de a supremacia constitucional e o controle serem meramente figurativos, sem grande alcance efetivo.

Nesse contexto, a própria técnica processual de amparar-se no controle de constitucionalidade ou na constitucionalização do Direito teria pouco alcance e sentido prático.

6. Conclusões: no que consiste a especialidade dessa técnica processual?

Foi possível ao longo deste breve estudo assentar que o uso do controle de constitucionalidade no seio do processo judicial em geral não é indiferente quanto às consequências que derivam dessa opção.

Isso significa que é necessário atentar para essas consequências e promover um estudo acurado, que possa oferecer as opções e as perspectivas no uso do controle de constitucionalidade no cenário processual em geral.

Esse estudo merece a atenção da doutrina e da advocacia, pois permitirá apresentar com maior clareza o significado do controle judicial de constitucionalidade como técnica processual específica².

E a especificidade que se encontrará, aqui, está justamente conectada aos rumos que o processo pode alcançar e ao alcance da decisão final, incluindo a “natureza” do direito eventualmente certificado pelo Judiciário.

Não é irrelevante que o direito declarado judicialmente o seja como tendo fundamento ou sendo efetivamente constitucional ou com mero amparo legal.

Ainda que a coisa julgada, que venha a se estabelecer, seja idêntica e, nesse sentido, indiferente ao conteúdo, esta indiferença, contudo, pode transformar-se em diferença para fins de cabimento da rescisória. Mas não é só.

A fundamentação constitucional de um direito, por meio de decisão judicial, ainda que transitada em julgado, pode gerar um fator adicional de legitimidade extra-jurídica para a parte envolvida, posto que direitos fundamentais encontram-se no cerne de preocupações do Estado Constitucional e da comunidade política.

1. Possibilidade ampla, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, salvo a exceção da existência de decisão ou súmula vinculante do STF sobre o tema.

2. A própria discussão sobre um Código de Processo Constitucional se insere nesta mesma linha, pois sua criação permitiria “unificar critérios que são importantes de serem observados na realização (judicial) de direitos humanos fundamentais (...) evitar discussões formais que prejudicam o direito material e, ademais, estabelecer regras com uma principal fonte de legitimidade, que é a busca pela realização dos direitos humanos fundamentais.” (BELAUNDE e TAVARES, 2010: 24).

Referências bibliográficas:

BELAUNDE, Garcia, TAVARES, André Ramos. Por que um Código Processual Constitucional? In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, Forum, ano 4, n. 16, out./dez., 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1988. Tradução de: Access to Justice.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRONI, Lanfranco. Il Controllo di Legittimità Costituzionale e Comunitaria come tecnica di difesa (con specifico riferimento al profilo della tutela dei diritti). In: **MEZZASOMA, Lorenzo e outros.**

MAZZINA, Paola. Nuove Prospettive del Diritto di difesa: Profili costituzionali di un disegno in evoluzione. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2011.

MEZZASOMA, Lorenzo, RIZZO, Vito, RUGGERI, Lucia (coord.). Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2010.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUDICIÁRIO E SOCIEDADE: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. O Judiciário brasileiro e a participação democrática;
3. A sociedade brasileira e o Judiciário;
4. O Judiciário e a sociedade brasileira;
5. Conclusão.

Palavras-Chave: Democracia; Diálogo; Judiciário; Instrumentos; Audiência Pública; Transparência; Sociedade.

DIOGO RAIS RODRIGUES MOREIRA - Mestre em Direito Constitucional na PUC-SP, professor e advogado.

1. Introdução

A evolução da democracia aponta para uma situação de inclusão, diálogo e participação da sociedade nas importantes decisões tomadas pelo Estado. No decorrer da história democrática o papel do cidadão se amplia tomando contornos mais ativos do que passivos. É assim nas mais variadas searas sendo o cidadão convidado, cada vez mais, a participar das decisões que lhe interessa.

A participação dos cidadãos nas atividades da Administração Pública já se consagrou em determinados setores como é o caso do plano diretor participativo, orçamento participativo entre outros.

Nas atividades legislativas sua prática é ainda mais constante e antiga, no Brasil, por exemplo, há previsão de audiências públicas desde a formação da Assembleia Constituinte, recomendando sua realização pelas comissões diante de matérias de maior repercussão. Prática que foi incorporada na Constituição Brasileira e repetida nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

Essa participação direta do cidadão no exercício desses poderes (ou funções estatais) pode se fundamentar em um pressuposto lógico que reside na manutenção e reafirmação da legitimação de suas ações, afinal, as autoridades com poder decisório são os eleitos, e já que essa mesma sociedade tem o poder do voto, torna-se patente a íntima relação que se guarda entre eleitores e eleitos, assim, o chamamento da sociedade para a realização do diálogo parece plenamente justificável pela lógica tomando por base essa estreita relação eleitores-eleitos que se materializa como uma espécie de canal ligando essas figuras.

Pode-se compreender essa participação como uma extensão do direito de voto, já que os eleitores participam das eleições com o voto em seus representantes, mas em determinadas questões, esperam que lhe sejam reservadas parcelas de poder, e que sejam chamados para o exercício em

Legislativo, e como define André Ramos Tavares² invocando Diogo de Figueiredo Moreira Neto³ :

“Declara a Constituição brasileira — de resto seguindo um modelo utilizado pela maior parte das constituições — que todo poder emana do povo. Tal locução está a significar que em seu nome (do povo) e com ele deverá ser exercido: é o povo o detentor da soberania.

Porém, mera declaração formal de que o povo detém o poder pouco efeito surtirá sem uma efetiva integração daquele neste. ‘Eis a síntese da democracia participativa, um passo adiante da democracia representativa que, sem substituí-la, vem aperfeiçoá-la e revitalizá-la na realização substantiva da legitimidade’.

2. O Judiciário brasileiro e a participação democrática

Entretanto o raciocínio desenvolvido até aqui, não se aplica, ao menos por uma análise perfunctória, à atividade jurisdicional brasileira pela existência de algumas peculiaridades inerentes ao exercício dessa função, que funcionam, ao menos de plano, como obstáculos à adoção de mecanismos da democracia nessa função estatal, dentre as quais se destaca:

a) o estigma que sua função não comporta a adoção de mecanismos democráticos, já que por diversas vezes sua atuação deve ser justamente a preservação das minorias frente às intempéries da maioria,

b) a existência do primado da imparcialidade, e a inexistência da relação eleitores e eleitos.

c) Por essas e outras razões é possível perceber que a aproximação da sociedade por instrumentos democráticos da função jurisdicional não é tão simples, e talvez também não seja tão desejável, quanto nas demais funções estatais, já que sua adoção irrestrita poderia corromper os pilares da própria função jurisdicional, provocando uma inutilidade de suas decisões ou um terceiro e desmedido poder apoiado na vontade da maioria.

Quanto ao estigma que sua função não comporta a adoção de mecanismos democráticos deve-se fazer a diferenciação que há muito já fazem os cientistas políticos: refiro-me à diferença básica entre a democracia majoritária e consensual. Como lembrado por Lijphart⁴ esses termos são empregados desde a década de 50 por Robert A.

Dahl ao contrapor democracia populista versus madisoniana, em 1968 por Robert G. Dixon Jr, Hans Hattenhauer e Werner Kaltefleiter. Também diferenciam princípio majoritário e proporcionalidade Jürg Steiner e G. Bingham Powell. Lijphart comenta a forte atração que o princípio majoritário possui diante da democracia, realçando uma "tendência surpreendentemente forte e persistente de se associar a democracia somente ao modelo majoritário, e de não reconhecer a democracia de consenso como uma alternativa igualmente legítima".

Tomo as lições de Lijphart para afirmar que os princípios democráticos também devem permear o exercício da função jurisdicional, contudo, sua face majoritária deve ser afastada, ou ao menos temperada, buscando a inserção dos princípios proporcionais ou de democracia consensual.

O Judiciário é o Guardião dos Direitos, em especial dos Fundamentais, e como tal não pode ser substituído por uma máquina de votação popular, deixando ao alvedrio da maioria suas decisões.

Isso não poderia ser permitido em nenhuma hipótese, mas essa vedação não se fundamenta na tese de que a maioria da população não sabe o que faz, sua base é outra, reside na necessidade de que, no Estado Constitucional, haja alguma figura que preserve os direitos de todos, inclusive os direitos daqueles que não estão em maior número naquele momento.

Diante da imparcialidade a adoção de princípios democráticos não deve abalar esse núcleo das decisões jurisdicionais, mas pergunta-se: como dar voz à população e não se corromper pelo que dizem? Ou ainda, por que dar voz se suas palavras não serão consideradas? É possível responder da

seguinte maneira: a adoção dos princípios e instrumentos democráticos no exercício da função jurisdicional não corrompe, por si só, a imparcialidade, exigindo certa temperança dessa participação.

A participação da sociedade deve se limitar na construção da decisão judicial fornecendo elementos que comporão a base sob as quais o julgador construirá sua decisão. Além disso, é recomendável que no franqueamento dessa participação instale-se o contraditório convidando os diversos segmentos com teses opostas para participar desse processo dialógico, ampliando o universo sobre o qual o julgador edificará sua decisão.

Quanto à relação entre eleitos e eleitores, inexistente no Judiciário brasileiro, entendo que não se revela um requisito para sua aproximação da sociedade, funciona como um facilitador, já que existiria, por força do voto, um canal entre eles, e a participação pelo diálogo seria um segundo momento em que eleitores e eleitos se reencontrariam. Essa inexistência na função jurisdicional brasileira, portanto, não impede a participação democrática, apenas não facilita sua adoção.

Levantados alguns obstáculos à adoção de mecanismos ou instrumentos de democracia na atividade jurisdicional brasileira, e após sua superação com a adoção de princípios democráticos consensuais ao invés de majoritários, além de sua temperança com a recomendação da instalação do contraditório e a concentração de sua participação não na decisão, mas sim na construção e desenvolvimento do processo decisório, a inserção de instrumentos democráticos, com essas ponderações, é viável ao Judiciário brasileiro.

Mas como se trata de um processo dialógico é necessário refazer essa pergunta voltando os olhos para a sociedade, isto é, a sociedade brasileira pretende participar desse processo?

3. A sociedade brasileira e o Judiciário.

Para construção dessa resposta recorro ao Sistema de Indicadores de Percepção Social do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que pela segunda vez analisou a Justiça brasileira em estudo recente⁵ publicado em 31 de maio de 2011 no qual avaliou diversos critérios tendo por base a percepção que a população tem sobre o desempenho da Justiça.

Três direções mereceram destaque pelos pesquisadores. A primeira está associada à imagem pública das instituições da justiça; a segunda à relativa constância da avaliação negativa entre diferentes estratos da sociedade brasileira, e a terceira, por fim, está associada à identificação de novas áreas ou questões prioritárias, tanto para estudos quanto para a formulação de políticas públicas.

É justamente nessa última direção, identificando novas áreas e questões prioritárias que sobressaiu a seguinte conclusão: “a emergência da qualidade da justiça (operacionalizada na pesquisa como ‘capacidade de produzir decisões boas, que ajudem a solucionar os conflitos de forma justa’) como tema tão impactante na melhora da percepção da área pelos entrevistados quanto à rapidez.

Isto abre a oportunidade para que temas sempre tidos por fundamentais na construção de uma nova política pública para a oferta da justiça – como o recrutamento e a formação de magistrados ou a busca por mais proximidade entre as instituições e os cidadãos – retornem à agenda pública, hoje dominada por preocupações com a aceleração dos procedimentos e a melhoria na alocação de recursos”⁶. Original não grifado.

De fato a sociedade demonstra preocupação com o desempenho da função jurisdicional no Brasil e reclama por soluções que devem ser rápidas, mas também eficientes. A atual preocupação com a celeridade dos processos judiciais passa a falsa

impressão que esse é o único mal do Judiciário brasileiro, e que com mecanismos de aceleração alcançará a satisfação diante desse importante serviço. Entretanto, a preocupação com a decisão boa e justa deve ser levada em consideração como o principal fator, já que a celeridade aplicada em decisões más e injustas amplia e dissemina o indesejável.

Talvez a transparência do Judiciário e a aproximação entre essa função e a sociedade propulsione a melhora do desempenho dessa atividade. De fato, sob o manto da imparcialidade o Judiciário mantinha-se imune à sociedade. Aliás, como menciona Roberto Baptista Dias:⁷ “O judiciário sempre foi considerado o mais hermético dos poderes. Talvez pela linguagem utilizada por aqueles que lidam com o direito, as vestimentas sóbrias dos juízes, a forma de acesso ao cargo, a necessidade de se mostrar imparcial, talvez por tudo isso o judiciário sempre se manteve a uma distância ‘segura’ da população.”

Será que a distância entre Judiciário e sociedade é fundamental para a manutenção da imparcialidade? Entendemos que não, mas a aproximação entre ambos ainda sofre forte resistência.

4. O Judiciário e a sociedade brasileira.

Já em 1994 Walter Ceneviva⁸ revela essa preocupação com o Judiciário confrontando sua distância da sociedade com a evolução da própria sociedade: “Os juízes brasileiros, em todas as instâncias e em todos os ramos, devem atentar para uma realidade histórica que lhes tem escapado, salvo as óbvias e raras exceções:

5. Estudo disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110531_sips_justica.pdf. Acessado em 31 de maio de 2011.

6. Estudo disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110531_sips_justica.pdf. Acessado em 31 de maio de 2011, p. 3.

7. DIAS, Roberto Baptista. Supremo na Redoma. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 12 de setembro de 2010.

8. CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o Povo: uma reavaliação. In: O Judiciário e a Constituição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994.

9. Dados e tabelas a disposição no site oficial do STF, pela seção “Movimento Processual”. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acessado em 11/03/2011.

1. Mestre em Direito Constitucional na PUC-SP, professor e advogado.
2. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1033.
3. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Direito de participação política, p. XVII.
4. Lijphart, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 21.

O Poder Judiciário, na era da comunicação geral e instantânea, não é o mesmo dos tempos de Pedro Lessa ou mesmo de Orozimbo Nonato, mas passa pela avaliação nova (posto que não a havia) da grande massa da população brasileira, na qual está sua clientela”.

De fato, a velocidade e eficiência dos meios de comunicação não permitem mais que o Estado faça tudo sozinho, as atividades estatais, e até particulares, estão sob as lentes ágeis e atentas da população que por sua vez não deixa nada escapar de seu julgamento.

A existência de audiência pública, a aceitação do Amicus Curiae, a criação e funcionamento da Rádio e TV Justiça, notadamente no âmbito da atividade do Supremo Tribunal Federal e se espalhando por todo o Judiciário, é um claro exemplo da transformação da função judiciária no Estado brasileiro. Até pouco tempo seria impossível imaginar tais instrumentos na atividade jurisdicional constitucional ou comum, por força desse distanciamento, quase obrigatório, que perdurou por tanto tempo e ainda exerce forte resistência.

A título de exemplo toma-se a audiência pública e sua evolução para destacar a aproximação da sociedade e do Judiciário. Prevista na legislação brasileira a partir de 1999 pelas Leis n. 9.868 e 9.882. A primeira se refere ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (por ação e omissão) e da ação declaratória de constitucionalidade, e a outra, à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em ambas as Leis, a previsão da audiência pública se manifesta timidamente sem pormenorização alguma, apenas com a previsão como prerrogativa do Relator de convocar audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria com a finalidade de buscar o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou ainda, no caso de notória insuficiência das informações existentes nos autos.

Embora essa previsão tenha ocorrido em 1999, a

primeira audiência pública foi realizada apenas em 2007, durante esse longo intervalo entre sua previsão legal e realização, o Supremo julgou⁹ 702.468 processos, dos quais 1.931 se referiram ao controle de constitucionalidade concentrado, até então o único passível de audiência pública.

Na primeira audiência pública não havia regimento próprio e o Ministro Ayres Britto adotou o regulamento da Câmara dos Deputados, na segunda e terceira – ainda sem qualquer regulamento – a Ministra Carmem Lúcia e o Ministro Marco Aurélio criaram regras específicas para sua realização, já por meio de Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a ER n. 29, publicada dia 20 de fevereiro de 2009, foi pormenorizada a audiência pública no Supremo Tribunal Federal atribuindo contornos ainda mais amplos do que as Leis o fizeram, facultando sua iniciativa não apenas ao Relator, mas também ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, além de possibilitar sua adoção não apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade (por ação e omissão), na ação declaratória de constitucionalidade, e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas também em qualquer outro processo no âmbito da Corte.

Conclui-se, portanto, que a audiência pública como um dos instrumentos de participação da sociedade na construção de decisões apareceu timidamente em 1999, sofrendo forte resistência em sua adoção, o que gerou quase oito anos de espera entre sua previsão e realização, mas após a realização da primeira audiência esse instrumento se revelou crescente e vem sendo construído de forma a assumir contornos maiores do que os inicialmente delineados.

Ainda adotando a audiência pública como exemplo, vale mencionar que na atividade jurisdicional comum brasileira, isto é, fora do âmbito constitucional, não há regulamento ou previsão dessas audiências. E embora haja este vácuo legislativo a respeito do uso da audiência pública na atividade jurisdicional, já se tornaram comuns as audiências públicas realizadas pelo Poder

Judiciário no exercício de suas funções atípicas, como é o caso das audiências públicas eleitorais, promovidas pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Tribunais Regionais Eleitorais a respeito da normatização das eleições. Neste caso, no exercício do poder normativo atribuído à Justiça Eleitoral, antes de deliberar e editar as resoluções que regularão os pormenores das eleições, é realizada audiência pública, na qual são convidadas todas lideranças partidárias, empresas de pesquisas de opinião, veículos de comunicação, entre outros, para participar. E ainda vale mencionar que seus participantes não têm seu papel limitado apenas a ouvir, pois participam ativamente da elaboração das regras que se submeterão opinando e debatendo pontos fundamentais para os Ministros considerarem ao exercer esse poder normativo. Para as eleições de 2010, foram realizadas oito audiências públicas no Tribunal Superior Eleitoral sendo a primeira realizada em 02 de dezembro de 2009 e a oitava em 15 de julho de 2010.

Outro exemplo da utilização da audiência pública no Judiciário, ainda em função atípica, são as audiências realizadas pelos Corregedores Gerais de Justiça, reunindo a população local para ouvir suas opiniões, sugestões e reclamações a respeito da prestação do serviço jurisdicional, dando atenção especial, aos comentários a respeito do exercício profissional dos operadores do Judiciário. Aqui também a audiência pública provém de atividade atípica do Judiciário, especificamente diante de sua atividade administrativa. Como a presidida pela Corregedora Nacional de Justiça Eliana Calmon no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, cujo discurso¹⁰ de abertura mencionou: “[...] Não viemos apurar se há justiça ou injustiça em decisões.

Vamos verificar questões administrativas, disciplinares e de gestão [...] É o momento do jurisdicionado, que é o destinatário da Justiça, dizer o que para ele não está correto no funcionamento do Judiciário [...] Precisamos lembrar que acima do Judiciário está o povo brasileiro”.

Mas na atividade jurisdicional, propriamente dita, vale mencionar a inovação que a Lei n. 9.868 de 1999 trouxe ao dar nova redação ao art. 482 do Código de Processo Civil incluindo três parágrafos. Este dispositivo trata do incidente de inconstitucionalidade. O parágrafo primeiro faculta manifestação ao Ministério Público e às pessoas jurídicas de direito público que editaram o ato questionado de acordo com os ditames do Regimento Interno de cada Tribunal. Embora haja essa faculdade cabe lembrar que por força do art. 82, III do Código de Processo Civil, sua participação é obrigatória nas causas de interesse público.¹¹No segundo parágrafo faculta a participação dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, entretanto, limita esta participação à apresentação de memoriais ou juntada de documentos. No último parágrafo incluído pela Lei n. 9.868/99 foi conferido ao Relator do incidente de inconstitucionalidade a possibilidade de admitir a manifestação de outros órgãos e entidades. Embora este parágrafo não mencione qual o meio de manifestação, isto é, por memoriais como fez o parágrafo primeiro, ou oralmente em audiência pública, a doutrina¹² quando se debruçou sobre o tema interpretou como a possibilidade de admissão de amici curiae neste incidente. Entretanto o parágrafo deixa em aberto o veículo para manifestação, o que, permite a conclusão que este parágrafo autoriza tanto a adoção de amici curiae como os participantes em audiência pública. Em que pese a ausência de diploma legislativo a respeito, existem exemplos da realização de audiência pública no exercício da jurisdição comum, em especial, nos autos de ação civil pública. Esses exemplos são – ao menos por enquanto – escassos, mas selecionamos dois casos que serão expostos a seguir. Dentre eles mencionamos a audiência pública realizada no município de Viseu¹³, localizado a cerca de 300 quilômetros de Belém no Pará.

10. Informação obtida no site última instância na rede mundial de computadores. Acessado em 10 de março de 2011: http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticia/AUDIENCIA+PUBLICA+E+INSTRUMENTO+DE+DEMOCRATIZACAO+DA+JUSTICA+DIZ+ELIANA+CALMON_72243.shtm

11. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade, p. 622.

12. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade, p. 623.

13. Informação obtida no site jusbrasil na rede mundial de computadores. Acessado em 10 de março de 2011: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2582324/justica-de-viseu-realizou-audiencia-publica-para-ouvir-municipes-sobre-servico-prestado-pela-celipa-s-a>

14. Texto citado por Walter Ceneviva em Afastamento entre o Judiciário e o Povo: uma reavaliação. In: O Judiciário e a Constituição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994.

Essa audiência foi realizada no dia 24 de fevereiro de 2011 e se desenvolveu por força de uma Ação Civil Pública promovida pela Defensoria Pública que requereu, entre outras medidas, que a empresa Centrais Elétricas do Pará S.A. (CELPA) seja obrigada a prestar o fornecimento de energia elétrica de forma continuada, que não seja cobrado da população o serviço não realizado e que à empresa seja aplicada multa diária no valor de R\$10 mil, por descumprimento da obrigação de fazer, entre outros pontos.

Na ocasião, por força de um agravo de instrumento face a liminar deferida, a Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento recomendou que o juiz de Direito realizasse a audiência pública para ouvir todos os interessados, antes de decidir sobre questão. Assim, o juiz Lauro Alexandrino Santos, titular da comarca fixou edital de convocação da audiência pública consignando que todas as manifestações seriam gravadas em áudio e subsidiarão na decisão do juiz.

A audiência pública foi realizada no dia 24 de fevereiro de 2011 no salão paroquial da Igreja Matriz de Viseu e mobilizou a população local, contando com a presença das autoridades municipais, advogados e representantes da empresa e órgãos reguladores de energia elétrica.

A primeira instância da Justiça Federal também realizou audiência pública em São Paulo no dia 13 de janeiro de 2010 nos autos da Ação Civil Pública n. 2009.61.00.007033-0 convocada e presidida pelo Juiz Douglas Camarinha Gonzales, da 7ª Vara Cível. O objetivo da audiência teve seu ponto central na obtenção de esclarecimentos técnicos sobre a resolução nº 330 de 2009 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) e portaria n. 253 de 2009 do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) que impõe às montadoras de automóveis a instalação de sistema de monitoramento e antifurto nos veículos a produzir.

Foram cinco horas de duração e estiveram presentes representantes do Ministério Público Federal, Departamento Nacional de Trânsito, Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL),

Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotivos (ANFAVEA), Associação Brasileira dos Fabricantes de Motocicletas, Ciclomotores, Motonetas, Bicicletas e Similares (ABRACICLO), Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), Associação Brasileira das Empresas de Gerenciamento de Riscos e Tecnologia de Rastreamento e Monitoramento (GRISTEC) e representantes de montadoras.

5. Conclusão.

Conclui-se então, que embora a audiência pública no Judiciário não tenha sido objeto de preocupação do legislador ou dos Tribunais diante do exercício de sua função atípica normativa, ela se popularizou por todo o Estado e por consequência atingiu todas suas funções e atividades, inclusive o Judiciário. O Judiciário, ainda que – de certa maneira – distante da audiência pública e da sociedade, passa a buscar alternativa para ouvir a população, além disso, o Supremo Tribunal Federal que, além de Tribunal Constitucional, é órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, se presta ao papel de paradigma para toda a Justiça brasileira, inspirando cada vez mais a adoção deste e outros instrumentos que possibilitam a participação da sociedade no processo decisório judicial.

Ultimamente a exposição do Judiciário brasileiro foi espantosa, sendo acompanhada de perto por grande parte da sociedade civil, não somente por força dos temas polêmicos em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir, mas também pela adoção de ferramentas de aproximação entre Judiciário e sociedade, como a TV Justiça criada em 2002 por transmissão paga e em 2007 por transmissão aberta, a Rádio Justiça criada em 2004, o site oficial com linguagem acessível e uma pluralidade de informações a respeito da Corte, a criação de um canal oficial em site de vídeos em outubro de 2009 e a adesão a um famoso microblog em dezembro de 2009.

Essa exposição aumenta a responsabilidade do Judiciário de forma generalizada transformando a

sociedade nos julgadores dos julgadores, apenas como exemplo de instrumento democrático e de aproximação abordou-se a audiência pública e foi possível constatar que seu uso começou timidamente, mas se expandiu de maneira extraordinária, ganhando simpatia da sociedade e ampliação do instituto pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e atualmente, encontra-se traços de seu alastramento por todo o Judiciário até em sua típica função julgadora.

Dessa maneira concluo que os instrumentos democráticos tendem a sofrer forte resistência para sua adoção, mas uma vez adotados se expandem e são necessários para que se remodele a Justiça brasileira dotando-a de transparência e mais responsabilidade perante sua "clientela", para que não vivamos uma situação em pleno século XXI semelhante àquela relatada em 1847 por Julius Hermann Von Kirchmann¹⁴ sobre a Justiça alemã: "a sacrossanta justiça segue sendo objeto de escárnio no povo, e mesmo as pessoas educadas, ainda quando tenham o direito a seu favor, temem cair em suas garras, tratando, em vão, de se orientar em meio às suas formalidades e aos seus procedimentos.

Que acúmulo de leis e, não obstante, quantas lacunas! Que exército de funcionários e, não obstante, quanta lentidão na administração da justiça! Que luxo de estudos e de erudição e, não obstante, quantas oscilações, quanta insegurança na doutrina e na prática!".

Referências Bibliográficas

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o Povo: uma reavaliação. In: O Judiciário e a Constituição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIAS, Roberto Baptista. Supremo na Redoma. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 12 de setembro de 2010.

LIJPHART, Arend. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. 3ª. Ed. 2ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REFLEXÕES INICIAIS SOBRE A (IR)RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM RAZÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

SUMÁRIO

- 1. Introdução;**
- 2. Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana no sistema penitenciário nacional;**
- 3. Argumentos favoráveis à responsabilidade civil do Estado;**
 - 3.1. Teoria do núcleo mínimo essencial;**
 - 3.2. Princípio da máxima efetividade da norma constitucional;**
- 4. Argumentos contrários à responsabilidade civil do Estado:**
 - 4.1. Teoria da reserva do possível;**
 - 4.2. O Estado não é "Segurador Universal";**
- 5. Conclusão.**

FABRÍCIO BOLZAN - Consultor Jurídico nas áreas de Direito Público e Direito do Consumidor. Ex-Procurador efetivo do Município de Mauá-SP. Professor de Direito Administrativo e de Direito do Consumidor na Rede de Ensino Telepresencial Luiz Flávio Gomes-LFG. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e em Direito do Consumidor pela Escola Superior de Advocacia - OAB/SP.

1. Introdução

A responsabilidade extracontratual do Estado, decorrente de uma ação ou omissão, lícita ou ilícita, nem sempre foi disciplinada pela ordem jurídica da forma como está hodiernamente, conforme já observamos em outras oportunidades.¹

Em apertada síntese, podemos transitar pela história estabelecendo como ponto de partida da nossa viagem pelo tempo a irresponsabilidade do Estado Absolutista.

Nessa época, o Rei era considerado a personificação humana de Deus e, se cremos na idéia de um Deus justo, insuscetível de erro, assim também o seria seu representante na Terra. Dessa forma, a atuação estatal ainda que causadora de prejuízos aos súditos, não era passível de ensejar a sua responsabilização à época.

Num segundo momento, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, porém apenas em razão dos atos que não fossem considerados de império, isto é, somente quando o Poder Público não atuasse se valendo da supremacia do interesse público sobre o privado.

Mesmo nessas hipóteses, a responsabilização dependia ainda da identificação do agente público causador do dano e que este tivesse agido com dolo ou com culpa. Portanto, o nascedouro da responsabilidade estatal estava pautado na Teoria Civilista clássica inspiradora da modalidade subjetiva.

No entanto, a dificuldade em constatar-se no caso concreto quando a Administração atuou com seu poder de império, somada à própria evolução da doutrina que mitigou o instituto como forma de evitar arbitrariedades por parte do Poder Público, fez da modalidade subjetiva a regra para a responsabilização do Estado, qualquer que fosse a natureza de seus atos – de império ou não.

Contudo, a experiência comprovou que determinados danos ocorriam independentemente

da atuação de um agente público específico. Simplesmente, o serviço não funcionou, funcionou mal ou com atraso e, em razão desse contexto, um prejuízo era gerado. Trata-se da culpa anônima do serviço público, conhecida na doutrina francesa como “faute du service” que traz, como consequência, a desnecessidade de se apontar o agente causador do dano, presumindo-se que este decorreu de um serviço prestado abaixo dos padrões aceitáveis de eficiência.

Atualmente, vivemos o momento histórico em que a demonstração de dolo ou de culpa pouco importa para configurar a responsabilidade extracontratual estatal. O fundamento da denominada responsabilidade objetiva do Estado traduz-se na Teoria do Risco Administrativo – que admite causas excludentes de responsabilidade – inspirada no princípio da igualdade e na maior proteção dos administrados.

Realmente, não teria sentido a ausência de isonomia no tratamento dado a um administrado lesado por ato do Poder Público caso tivesse de arcar sozinho com o ônus do prejuízo sofrido. Nada mais justo, até para preservar o princípio da igualdade, que todos contribuam de alguma forma para a reparação dos seus danos, nos termos da responsabilidade estatal objetiva.

Com efeito, o fundamento constitucional pátrio da responsabilidade objetiva está previsto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição da República que estabelece esta modalidade de responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público, em qualquer de suas atividades causadoras de danos a terceiros, bem como e, nos mesmos termos, às pessoas jurídicas de direito privado, quando prestadoras de serviços públicos.

Desse modo, constata-se, de início, a preocupação do legislador constituinte em levar a “comodidade” da responsabilidade objetiva como um direito a ser invocado pelos lesados em razão da prestação de um serviço público, ainda que executado por empresas com personalidade jurídica de direito privado. De fato, o cuidado com o tema decorreu da patente comprovação de que o Estado estava se afastando cada vez mais de suas atividades

consideradas não "essenciais" e outorgando sua execução inicialmente às entidades da Administração Indireta e, em seguida, delegando à própria iniciativa privada. Quando isto ocorre, ou seja, a partir do momento em que há a opção pela prestação de um serviço tão relevante para a coletividade de forma indireta, toda cautela é pouca para se evitar a causação de lesões incalculáveis aos usuários do serviço público.

Contextualizada a evolução histórica sobre a responsabilidade estatal, cumpre destacar que o tema nuclear a ser desenvolvido nesse trabalho envolve saber se o Estado responde pelos danos causados aos detentos em razão das falhas existentes e evidentes no sistema penitenciário nacional. E, se responde, definir a modalidade desta responsabilidade: (i) subjetiva – pautada no *faute du service* e em razão do dever jurídico de impedir o dano; (ii) objetiva – com fulcro na teoria do risco administrativo, ou; (iii) fundada no princípio constitucional da proporcionalidade que "determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo inoperante, na consecução dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º)." ²

2. DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Conforme é cediço, o serviço desenvolvido no sistema carcerário no país deixa a desejar. Problemas de superlotação carcerária, falta de higiene, chegando ao extremo de transmissões de doenças, fazem parte do cotidiano dos detentos da grande maioria dos estados membros brasileiros, numa afronta escancarada da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.

Sobre o tema, destacam-se alguns dispositivos positivados em nosso direito: Primeiro na Constituição Federal: (i) o art. 1º, inciso III, estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana; (ii) o art. 3º, inciso IV, prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; (iii) o art. 5º considera direito fundamental a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III), que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V), que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X), que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); Também na Lei de Execução Penal:

(i) o art. 1º estabelece que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado; (ii) o art. 40 prevê que se impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Ante essa visão resumida do ordenamento que dispõe sobre a necessidade de se dar um tratamento digno também às pessoas custodiadas pelo Estado, importante transitarmos na órbita dos Direitos Humanos, em especial tecermos alguns comentários sobre a dignidade da pessoa humana.

As dificuldades conceituais da dignidade da pessoa humana decorrem basicamente do fato de se tratar de um princípio. Assim, como bem fundamenta o Prof. André Ramos Tavares "em boa medida as dificuldades são aquelas próprias dos princípios, normas que, como já se verificou, são extremamente abstratas, permitindo diversas considerações, definições e enfoques dos mais variados." ³ Mas, as dificuldades em delimitar o conceito de dignidade da pessoa humana não obstam a possibilidade de enxergarmos sua violação em diversas oportunidades no caso concreto. Exemplo de tal contexto é o degradante sistema penitenciário nacional.

Outrossim, imprescindível ressaltar que o aludido princípio, em que pese sua importância, não pode ser considerado absoluto e oponível erga omnes. Tal assertiva busca amparo no fato de inexistirem direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico, por mais relevantes que sejam. Outra falha constante ao tratar da dignidade da pessoa humana é considerá-la a base dos direitos fundamentais. Abordando estas controvérsias com a propriedade de costume, ensina André Ramos Tavares:

“Embora inúmeros direitos fundamentais encontram-se preenchidos, em diversos graus, pelo respeito à dignidade da pessoa humana como o direito à vida, à liberdade, a um salário capaz de atender às necessidades vitais básicas, e outros, não seria admissível utilizar-se unicamente do método lógico indutivo para afirmar, intransigentemente, que todo e qualquer direito fundamental ou princípio possui em sua essência uma lasca da dignidade da pessoa humana. Não se pode transformar o princípio em referência em axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta: em outras palavras, em um mito.”⁴

Desta forma, sentimo-nos à vontade para enfrentar a polêmica questão referente à responsabilidade ou não do Estado pelos danos decorrentes das falhas no sistema penitenciário nacional.

3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

De fato, se existe um dano decorrente de um comportamento estatal, comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, sem a existência de qualquer causa excludente de responsabilidade, configurados estão os elementos necessários para a reparação dos prejuízos causados às vítimas. Entretanto, quando este assunto está afeto ao tratamento dispensado aos detentos a questão deixa de ser tão simples e a polêmica passa a assumir a dianteira nas discussões acadêmicas e jurisprudências. Assim, iniciaremos este ponto do trabalho analisando os principais argumentos da

doutrina que defende a responsabilidade do Estado, quais sejam: teoria do núcleo mínimo essencial do direito fundamental e princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

3.1. Teoria do núcleo mínimo essencial do direito fundamental

Adotando a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, os Direitos Fundamentais são:

“todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).”⁵

Com efeito, além das liberdades clássicas (os direitos individuais), “o Estado Social e Democrático de Direito acolhe, ainda, outros direitos fundamentais que se qualificam como deveres de ação por parte do Poder Público – ou, pela perspectiva do administrado, verdadeiros direitos a prestações.”⁶

Nesse contexto, os seguidores da teoria do núcleo essencial do direito fundamental exigem do Estado a realização do mínimo necessário para que cada um do povo possa viver com dignidade. E, esse mínimo não se resume à mera subsistência, envolvendo, ainda, a salvaguarda da saúde que é determinada como direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), da educação (art. 205), cultura (art. 215), meio ambiente (art. 225), criança e adolescente (art. 227) e, inclusive, da manutenção de um mínimo de dignidade às pessoas custodiadas pelo Poder Público.

De fato, uma das finalidades da execução penal é a ressocialização, a reinserção do condenado ao convívio social.

Como exigir do detento uma postura escoreta após conseguir a tão sonhada liberdade se o Estado, encarregado de prepará-lo para essa "nova vida" longe da criminalidade, não está apto a bem conduzi-lo ao retorno? Muito pelo contrário, o Poder Público não ressocializa e contribui, com sua inércia, para o surgimento de um sentimento de revolta diante de situações teratológicas como a superlotação, a falta de higiene etc. Um sistema penitenciário nas condições que encontramos hoje coloca o detento em estado de completa degradação, gerando-lhes danos – materiais e morais – passíveis de serem indenizados pelo Poder Público.

Em última análise, "a sujeição do condenado a condições degradantes ou ofensa à sua integridade física ou psíquica, situações não previstas na lei de execução penal, acarretam a responsabilidade do Estado." ⁷

Seguindo a mesma linha de raciocínio já entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela responsabilidade do Estado ao julgar o Recurso Especial nº 873.039, de relatoria do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

10. Inequivoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escoreta a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ). (...)

12. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um

cidadão para o exercício de sua dignidade se a forma de execução da pena imposta revela-se tão injusta quanto ao crime cometido ensejador da reprimenda estatal?

13. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'.

Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004)."⁸

3.2. Princípio da máxima efetividade da norma constitucional

O princípio em análise cuida de reforçar a idéia de auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, de se extrair o máximo da norma constitucional no momento de sua realização no caso concreto. Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho:

"a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um "princípio operativo" de todas normas constitucionais, e invocado sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais: no caso de dúvida deve-se dar maior eficácia aos direitos fundamentais."⁹

Nesse diapasão, o aludido princípio deve ser concretizado na administração das penitenciárias do país, com o atendimento mínimo às disposições

constitucionais, em especial as insertas no art. 1º, inciso III, que estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e no art. 5º que em seu inciso III considera como direito fundamental vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, além do seu inciso XLIX que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Conforme exposto anteriormente, a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo sistema penitenciário nacional está longe de ser um tema pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias. Ante essa observação, passemos à análise dos principais argumentos da corrente que não vislumbra, neste caso, a responsabilidade civil estatal, fundamentada na reserva do possível, bem como na alegação de que o Estado não pode ser considerado um "Segurador Universal".

4.1. Teoria da reserva do possível

A teoria da reserva do possível vem sendo comumente utilizada pela Administração Pública para justificar suas omissões, principalmente no tocante à implementação das políticas públicas e das normas programáticas. Nessa esteira, o uso excessivo desse argumento acabou tornando a teoria inócua nas defesas judiciais, pois a simples alegação da impossibilidade de a Administração implementar todas as medidas necessárias para uma vida minimamente decente em sociedade, sem qualquer respaldo probatório, não surte o efeito desejado perante o Poder Judiciário.

De fato, a má e excessiva utilização da teoria da reserva do possível macula os seus verdadeiros fundamentos que são muito relevantes quando devidamente comprovados. Assim, essa teoria subdivide-se em dois aspectos, segundo ensina o Prof. Luis Manuel Fonseca Pires: os fáticos e os jurídicos. "Sob os aspectos fáticos, diz-se que não há como o Judiciário exigir a implementação de

políticas públicas porque há limites materiais aos recursos do Estado – falta de dinheiro, carência de número suficiente de profissionais nos quadros da Administração Pública, ausência de equipamentos são realidades notórias que não devem ser desprezadas." ¹⁰

Um pouco mais adiante, o citado doutrinador compreende por aspectos jurídicos: (i) os gastos públicos que dependem de dotação orçamentária; (ii) teoria da separação dos poderes, e; (iii) o fato dos Poderes Executivo e Legislativo serem compostos de representantes do povo, diferentemente do Poder Judiciário. ¹¹

Contextualizado o tema, cumpre destacar que o argumento da reserva do possível também é utilizado para "justificar" as falhas estatais na administração das penitenciárias pelo país. No entanto, tal fundamentação foi prontamente refutada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, decisão que ensejou o mencionado Recurso Especial de nº 873.039, in verbis:

"(...) Por se tratar de resguardo de um padrão básico de vida, não haveria de se cogitar de sobrecarga orçamentária, devendo a competência reservada ao legislativo quanto à escolha do momento e dos meios necessários ao adimplemento dessas normas ceder espaço à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, III, da CF). (...)

"Levando em consideração a preservação do bem maior do ser humano (a vida digna), há afastar toda e qualquer postura tendente a negar a consecução desses direitos, seja sob a sustentação de que se encontram hospedados em normas de eficácia limitada seja sob a fundamentação de que se deve ater a observância de prévia dotação orçamentária, a fim de assegurar o mínimo existencial, erigido como um dos princípios fundamentais da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, III, da CF). "Dessa forma, considerando que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada

desde que assegure o mínimo existencial, somando-se ao fato de que o tratamento adequado aos encarcerados, como atendimento às necessidades de higiene e saúde, é de vital importância para assegurar o mínimo de existência, já que não há como conjugar vida digna, mesmo para aqueles que tiveram a sua liberdade restringida, sem observância da dignidade da pessoa humana, padece de amparo a assertiva apresentada pelo apelante, quanto à teoria da reserva do possível.(...)”¹²

4.2. O Estado não é “Segurador Universal”

O Ministro Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça foi relator do Recurso Especial nº 962.934, cuja tese vencedora por ele esposada entendeu não ser possível a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul para reparar os danos decorrentes das falhas no seu sistema prisional. Em seu voto o Ministro ressaltou que não se trata de acolher o prevalecimento da tese da reserva do possível, mas que o Estado não é um segurador universal, pois caso contrário, se estaria a admitir o papel absurdo do Poder Público no sentido de “sempre que algum serviço público essencial do Estado for falho – e isso é uma realidade nacional, não apenas ‘privilégio’ do Estado recorrente –, em vez de uma solução global e racional, com medidas planejadas estrategicamente a médio e longo prazo, buscar-se-á uma saída ‘meia-sola’ (de preferência financeira), sem a menor repercussão na melhoria do sistema como um todo.”¹³

Ademais, destacou o Min. Herman que a situação do sistema prisional é grave e merece uma solução global, não apenas pontual, trazendo como fundamento de sua observação a orientação no mesmo sentido do Conselho Nacional de Justiça, emanada no Procedimento de Controle Administrativo – PCA nº 20081000002397:

“(…) III - O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes, sob pena de

usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de administração penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2.º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF 45).”¹⁴

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, entendemos que o fato da responsabilidade civil extracontratual do Estado estar disciplinada também na ordem constitucional, exige do Supremo Tribunal Federal, intérprete final e guardião da Constituição, uma análise mais detida sobre a viabilidade ou não da reparação dos danos oriundos das inúmeras falhas no sistema carcerário nacional e, em caso afirmativo, sob qual modalidade: responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Por ora, os precedentes existentes e afetos ao tema aplicam a responsabilidade estatal objetiva em razão da morte de detentos no interior de carceragem.¹⁵

Concluimos esse trabalho com o nosso alerta no sentido de que o sistema penitenciário nacional precisa passar por uma profunda e radical reforma.

Para tanto, necessita do apoio e da conscientização de toda a sociedade que, em última análise, é também vítima dessa falta de estrutura no aparelhamento prisional, na medida em que o detento quando obtiver sua liberdade não estará, com certeza, ressocializado.

Se o êxito desse intento decorrerá das inúmeras condenações em ações de reparação de danos impostas ao Estado pelo Poder Judiciário (resolução individualizada do problema) ou de um trabalho conjunto envolvendo os três Poderes e a sociedade (resolução sistêmica), pouco importa.

O relevante é deixarmos de aceitar passivamente a violação da dignidade dos detentos em nosso país como se ratificássemos a Lei de Talião. Por fim, entendemos que não é aceitável, razoável, nem proporcional a atual postura estatal de completa inércia diante da gravíssima situação em que vivem os custodiados pelo Estado nas mais diversas regiões do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SITES

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

1. BOLZAN, Fabrício. Aproximações e distinções entre as noções de consumidor e usuário na responsabilidade civil do Estado na prestação de serviços. In PIRES, Luis Manuel Fonseca (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 666.

2. FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado, a Omissão Inconstitucional e o Princípio da Proporcionalidade. In PIRES, Luis Manuel Fonseca (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 226.

3. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 578.

4. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 588.

5. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 91.

6. PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, págs. 295/296.

7. CAVALHEIRO, Ruy Alberto Leme. Responsabilidade Civil do por Abusos e excessos na Persecução Penal. In PIRES, Luis Manuel Fonseca (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 1311.

8. STJ: Recurso Especial nº 873.039, acessado em 31-05-2011. Disponível no link: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=873039&b=ACOR

9. CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 1224.

10. PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pág. 288.

11. *Ibidem*, págs. 288/291.

12. STJ: Recurso Especial nº 873.039, acessado em 31-05-2011. Disponível no link: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3615647&sReg=200601675185&sData=20080512&sTipo=91&formato=PDF

13. STJ: Recurso Especial nº 962.934, acessado em 31-05-2011. Disponível no link: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8779290&sReg=200701453286&sData=20110504&sTipo=51&formato=PDF, pág. 6.

14. *Ibidem*, pág. 11.

15. STF: Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 603.865, acessado em 31-05-2011. Disponível no link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=574451>

P RINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SOBERANIA POPULAR: UMA RELEITURA EM TEMPOS DE CRISE DA REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

SUMÁRIO

1. Introdução;

2. Princípio fundamental da soberania popular;

2.1 Análise constitucional do plebiscito e do referendo como instrumentos de democracia direta: possibilidades ao Estado Democrático de Direito;

2.2 “Síndrome da inefetividade de normas constitucionais” pela ausência de representatividade política: os direitos sociais em perigo;

2.3 Competência Reformadora: a inoperância da democracia representativa e a questão das maiorias eventuais; Conclusão; Referências.

Palavras-chave: democracia – democracia direta e indireta - soberania popular – Estado Democrático de Direito – plebiscito – referendo – representatividade política – direitos sociais

FABRÍCIO MURARO NOVAIS - Bacharel em Direito pela USP – Largo São Francisco, Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Atuou como Assessor Processual do Presidente do Supremo Tribunal Federal (2010-2011)
Professor Universitário,
Advogado.

1. Introdução

Apesar de o julgamento não ter recebido o enfoque midiático pertinente e fomentado a análise política merecida, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal protagonizou, no ano de 2010, um dos mais relevantes debates acerca de sua abertura aos fatos políticos experimentados pela comunidade e de seus limites institucionais, determinados precipuamente pelo princípio da separação dos poderes, para neles imiscuir-se.

Na ação direta de inconstitucionalidade interventiva n. 5179/DF, o Procurador-Geral da República formulou pedido de intervenção federal, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea "a", da Constituição da República, em razão das conclusões da operação Caixa de Pandora deflagrada pela Polícia Federal no sentido da ocorrência de ilícitos consubstanciados em "fraude a procedimentos licitatórios, formação de quadrilha e desvio de verbas públicas – supostamente cometidos pelo então Governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, e por parlamentares da base aliada do governo".

No julgamento plenário daquela ação, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e Relator do feito, Ministro Cezar Peluso, expôs, em seu voto, certa fragilidade do sistema de democracia representativa e concluiu que o instituto da intervenção federal não era meio idôneo para, isoladamente aplicado, combater a crise atual do processo democrático brasileiro. In verbis:

"A rigor, a Procuradoria-Geral da República, no bojo da representação, manifesta, agora, certo inconformismo – que, frise-se, não seria exclusivamente seu – contra uma espécie de 'crise de representatividade' generalizada que impregna o panorama político brasileiro e que é tema constante nas discussões em torno da reforma do sistema político.(...).

Se ainda há, efetivamente, alguma 'omissão' do Poder Legislativo distrital na apuração dos fatos ilícitos narrados, como faz crer a Procuradoria-

Geral da República, trata-se de subalterna questão de deficiência que não transpõe os contornos do atual estágio da própria democracia representativa no País, e já não, um problema singularmente anômalo ou atípico, capaz de ser apenas solucionado mediante intervenção na autonomia do Distrito Federal".

Não obstante as várias implicações que o caso concreto e o julgamento suscitarão, o que merece agora destaque – a partir de excerto do decisum invocado - é a pragmática valorização jurídica conferida pelo Ministro Peluso ao princípio da soberania popular, como antídoto à "crise de representatividade" e à "metástase da corrupção" que se alastra incontinenti pelo organismo estatal. Nesse sentido, assim ponderou:

"E é de toda a oportunidade e atualidade não esquecer que, já não digo, a cura radical, mas o controle democrático dessa praga que grassa no mundo político não é produto da prática de nenhum excepcional ato cirúrgico alheio, que alcance as entranhas da estrutura dos Poderes contaminados, mas é obra do aprimoramento da cultura cívica e da ação consciente e específica do próprio povo, no exercício da gravíssima responsabilidade última de, pelo voto, como autor de sua história, desfazer amanhã as más escolhas de ontem. É um aprendizado custoso, mas não há caminhos mágicos no regime democrático representativo".

Com efeito, não há negar-se que as discussões em torno da reforma do sistema político brasileiro devem percorrer inexoravelmente as questões de efetividade e aprimoramento dos instrumentos de exercício "direto" do poder popular, uma vez que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento o princípio de que todo o poder emana do povo.

É certo que não há consenso quanto aos fins desejáveis dessa complexa reforma política, contudo, não é menos evidente que a morosidade inerente à maturação do debate político provoca

um deslocamento de eixo, ou seja, as discussões acerca de temas centrais da reforma migram indevidamente do âmbito do Poder Legislativo ao do Poder Judiciário. Quanto à questão:

"Estima-se que mais de 300 proposições sobre reforma política circularam no Congresso nos últimos 20 anos. No entanto, estudo do cientista político Vitor Marchetti mostra que as principais alterações na estrutura da disputa eleitoral não vieram das mãos de deputados e senadores, mas do Judiciário./As mudanças aprovadas pelos congressistas foram sempre pontuais. Alterações mais profundas e impactantes vieram do TSE [Tribunal Superior Eleitoral] e do STF [Supremo Tribunal Federal], afirma Marchetti./Ele lista entre as principais mudanças a fidelidade partidária e a verticalização, que valeu em 2002 e 2006 e segundo a qual as alianças dos partidos deveriam seguir os mesmos critérios nos planos nacional e estaduais./Outra regra importante, a Lei da Ficha Limpa nasceu pela iniciativa popular e sua aplicação, em 2010, foi decidida nos tribunais./Quando o Congresso de fato produziu uma alteração importante, o STF a considerou inconstitucional. Trata-se da cláusula de barreira, que definia um desempenho eleitoral mínimo para que partidos tivessem acesso a recursos do Fundo Partidário e tempo de TV".¹

E quais seriam as consequências desse indevido deslocamento de eixo acima referido? A não superação dos estágios iniciais do processo de consolidação da democracia brasileira e o ativismo judicial. Em relação a esta problemática, esclarece Elival da Silva Ramos:

"Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes".²

Mutatis mutandis, ainda assim, o princípio fundamental da soberania popular comportaria uma interpretação democratizante capaz de conferir aos instrumentos de participação "direta" do povo nos negócios do Estado, a efetividade e a relevância necessárias à consolidação de um real processo democrático brasileiro.

2. Princípio fundamental da soberania popular

A democracia é o "Regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões políticas, sempre à procura da realização de valores de convivência humana como a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas".³

Em seu parágrafo único do art. 1.º, a Constituição de 1988 deu guarida ao princípio da soberania popular. Ao enunciar que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", a Carta da República idealizou uma ordem estatal consubstanciada nas expectativas e anseios populares revelados por meio de instrumentos de democracia semidireta. A rigor, estabeleceu um sistema de produção de normas a ser alimentado pelas decisões dos representantes legitimamente eleitos bem como - nos assuntos de maior relevância - pela participação-decisão direta do povo. Assim:

"...pelo vetor representativo, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, mediante eleições livres e periódicas. Todo poder emana do povo, no sentido de que o regime democrático e o respeito às liberdades públicas constituem a pedra de toque da República Federativa do Brasil, algo que as autoridades públicas devem observar. Democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo e em benefício dele. Assim, a emanção do poder advém do povo, porque o povo não pode apresentar-se na função de governo. Os seus escolhidos o representam, governando e tomando decisões em seu nome, como se estivessem em seu próprio lugar, exteriorizando a vontade geral. (...)".⁴

Antes de qualquer outra consideração acerca do tema, é mister tecer alguma sorte de crítica à redação conferida ao supracitado dispositivo constitucional. Será que a Constituição vigente, ao se utilizar de uma conjunção alternativa para afirmar que o povo vai exercer o seu poder por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos por ela propostos, pretendeu relegar a um “segundo plano” os instrumentos de democracia direta, conferindo ao sistema representativo predominância no sistema formal democrático? A resposta tem que ser obrigatoriamente negativa.

É verdade que o melhor para o Texto Constitucional seria o emprego da conjunção aditiva “E” no lugar da alternativa “OU”, haja vista que num sistema de democracia semidireta existe simultaneidade ou convívio entre os instrumentos de participação popular direta e indireta nos negócios do Estado ou na condução da coisa pública. Força é convir, então, que a mera interpretação literal do dispositivo em tela deve ser afastada sob pena de amesquinamento do próprio princípio da soberania popular e ofensa ao postulado da hermenêutica constitucional que propugna uma interpretação total- sistemática.

Com efeito, se estiver correta a tese de que o sistema constitucional vigente optou por uma abertura máxima às exigências sociais, uma vez que a Constituição de 1988 adotou o paradigma - conduzido sob a forma de princípio constitucional - do Estado Democrático de Direito, depreende-se que essa nova legitimidade do sistema jurídico deve realizar-se a partir da máxima efetividade daquelas normas (válvulas de abertura) que hospedam os instrumentos que conferem maior inserção da Constituição (sistema) no tecido social (ecossistema), que são justamente aquelas disposições que estruturam o processo de democracia direta-participativa.

Isto não quer dizer que os vícios ou mazelas do processo de democracia indireta-representativa não devam ser também sanados por reforma política. O que não mais se admite é que na dinâmica da política dos órgãos Executivo e Legislativo verifique-se a prática perversa de formação de indesejáveis maiorias eventuais a tutelar os interesses de poucos em detrimento da representação do interesse geral. Neste particular, é evidente o fechamento democrático abrupto do sistema constitucional pela arbitrariedade dos órgãos “representativos”.

Dalmo de Abreu Dallari, ao apresentar os pressupostos fundamentais do Estado Democrático possível (eliminação da rigidez formal, supremacia da vontade do povo, preservação da liberdade e da igualdade), conclui que “Dotando-se o Estado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa”⁵.

Ou, como propugna Canotilho:

[...]. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático⁶.

É preciso vislumbrar, então, no princípio do Estado Democrático de Direito, uma instituição idônea à conformação do sistema constitucional para o controle do poder estatal. No entender de Loewenstein:

1. “Reforma política tem 300 propostas engavetadas: estudo mostra que alterações eleitorais vieram principalmente do Judiciário”, in Folha de S. Paulo, Caderno Poder, domingo, 6 de março de 2011, A4.
 2. RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial e parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 116-117.
 3. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Verbete: Democracia, in Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional, Coord. Geral: Dimitri Dimoulis, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.
 4. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418.
 5. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, p. 259.
 6. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 96.

[...]. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que ha sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si a legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. [...].⁷

Em continuidade, passa-se ao estudo de alguns instrumentos disciplinados na Constituição brasileira de 1988 que conferem sustentação ao princípio da soberania popular e que viabilizam, por consequência, a consolidação do Estado Democrático de Direito.

2.1 Análise constitucional do plebiscito e do referendo como instrumentos de democracia direta: possibilidades ao Estado Democrático de Direito

Como acentuado alhures, a Carta da República estabelece, já no parágrafo único do art. 1o, que o poder de que é titular o povo será também exercido diretamente, nos termos constitucionais. Mais à frente, especificamente no seu art. 14, prescreve que uma das formas de exercício “direto” do poder popular é a realização de consultas populares, por meio de plebiscito e referendo. Maria Helena Diniz sintetiza: “Consulta popular é a manifestação da vontade do eleitorado, por meio do voto, em plebiscito ou referendo”.⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou o plebiscito e o referendo para prescrever que estas duas formas de participação popular divergem em razão do momento da realização da consulta.

Alexandre de Moraes, interpretando, respectivamente, os parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da supracitada Lei, afirma que “Enquanto o plebiscito é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada

matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva)”.⁹ Ainda no sentido de distinguir os dois institutos, verifica-se que o “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”¹⁰.

Fato interessante, todavia, é que compete ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito, nos termos do art. 49 da Constituição Brasileira de 1988, exceto quando o próprio Texto Maior expressamente determinar em sentido contrário.

Quanto ao tema: *“A primeira Constituição a mencionar o plebiscito foi a de 1937, que lhe fez dez referências, estabelecendo, inclusive, que ela mesma a ele deveria ser submetida, o que jamais aconteceu. A Constituição de 1946 também previa o plebiscito, para os casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de estados, anexação ou formação de novos estados, mas foi a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, instituindo o parlamentarismo, que, em seu artº 25, cogitou sobre a realização de um plebiscito que decidisse pela manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial. A consulta que deveria ocorrer em 1965 foi antecipada pela Lei Complementar nº 2, de 16 de setembro de 1962, para 6 de janeiro de 1963, chamando-a de referendo – único na história do país. Já a Constituição de 1967, se não utilizou expressamente o plebiscito, previu a “consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios” (art. 14). A atual Constituição prevê a realização de plebiscito e, em 21 de abril de 1993, realizou-se plebiscito para definição da forma e sistema de governo da República, quando, de um universo de 90.256.629 eleitores, compareceram 67.010.241, e o resultado foi a aprovação da República como forma de governo, com 44.266.433 votos, e do presidencialismo como sistema de governo, com 37.156.841 votos.*

REFERENDO DE 1993 – (FORMA E SISTEMA DE GOVERNO)

FORMA DE GOVERNO

República:44.266.433
 Monarquia:6.843.159
 Votos em branco:7.030.852
 Votos nulos:8.869.797

SISTEMA DE GOVERNO

Presidencialismo:37.156.841
 Parlamentarismo:16.517.862
 Votos em branco:3.467.204
 Votos nulos:9.868.334

Eleitorado:90.256.629
 Comparecimento:67.010.241”¹¹

Então, a partir de uma leitura mais apressada do Texto constitucional, poderia advir o seguinte questionamento: o Poder Constituinte atrelou a manifestação popular direta do povo nos negócios do Estado “à boa vontade ou à conveniência política” dos seus representantes eleitos?

Parece evidente que essa não deve ser a dinâmica do nosso sistema. Não é razoável raciocinar em termos de Estado Democrático de Direito forjado sobre uma hierarquia entre os instrumentos de democracia direta e indireta. Como defendido logo acima, todas as formas de participação popular no destino do Estado estão numa relação de harmonia ou de convívio, não se relacionam excludentemente.

Noutros termos, tudo leva a concluir que realmente não há uma hierarquia ou pelo menos predominância dos instrumentos de democracia representativa sobre os da democracia direta ou participativa.

Parece mais correto pensar que existem campos diferentes de atuação. Enquanto as questões cotidianas e rotineiras devem ser resolvidas pelos mandatários no exercício de seus misteres, as que forem mais relevantes e que imputam ao sistema grandes alterações sócio-econômico-jurídico-políticas, o povo as reserva para si¹². Alguns poderiam argumentar que o povo é “acéfalo”, não dispondo de condições reais de tomar decisões acertadas. Nesse particular pontua Dalmo Dallari:

[...]. O argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação preferida pelo povo é boa ou não. Assim sendo, a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgando. Basta atentar-se para o fato de que, qualquer que seja a decisão popular, sempre haverá grupos altamente intelectualizados e politizados que irão considerá-la acertada, como haverá grupos opostos, também altamente qualificados, que a julgarão errada¹³.

Ao ensejo, quanto às escolhas do povo, são pertinentes as reflexões de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

"Não é raro ouvir, pelo País afora, manifestações do gênero 'o brasileiro não sabe votar'. Ou 'democracia é para país desenvolvido'. Ou, de modo mais sofisticado (e à esquerda), 'o empobrecimento da população levou-a a votar equivocadamente'. Essas frases, e outras mil que as equivalem, são muitas vezes a expressão do inconformismo com o resultado das urnas. Mas nem por isso deixam de veicular algo bem presente no inconsciente coletivo, ou seja, de que a participação política sofre o condicionamento de um nível, ou de um tipo, de experiência e informação sobre os fenômenos políticos. Em termos mais científicos: do tipo ou nível de cultura política.

Assim, cultura política é o conjunto de 'valores, atitudes, orientações, mitos e crenças que o povo tem acerca da política e do governo e particularmente a respeito da legitimidade do governo e de sua relação com o governo'. Já participação política é a 'natureza e o escopo das atividades do povo relativamente às decisões de governo' (governmental decision-making).

7. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Ariel, p. 149.

8. CONSULTA popular. In: DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 816.

9. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 238.

10. BRASIL. Lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação complementar. 7. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2006. Art. 2, p. 399.

11. PLEBISCITO. In: PORTO, Walter Costa. Dicionário do voto. Brasília: UnB, 2000. p. 310-314.

12. Como, por exemplo, reformas tributária, política, previdenciária, reconhecimento de união homoafetiva, legalização do aborto etc.

Em grande parte, como toda cultura, essa cultura política deriva de tradições e de experiências, mais do que de um processo formativo intencional. Ela globalmente condiciona a atitude em face do Poder, a aceitação deste, a disposição de atuar sobre ele ou de participar dele. Embora se possa generalizar a respeito da cultura política de uma nação, ou de uma região, registrando os elementos nela freqüentes ou preponderantes, é preciso ter presente que, em todas, há diferenças centradas em determinados grupos. Com efeito, os indivíduos, portanto os diversos grupos sociais, não têm todos, embora vivendo na mesma sociedade global, igual tipo ou nível de compreensão e de participação. Na verdade, esses tipos ou níveis dependem de outros inúmeros fatores sociais (religião, caráter nacional) e econômicos (classe social, riqueza) e se combinam de modo variado com elementos de ordem pessoal, como o temperamento, ou grupal, como a formação sistemática recebida¹⁴.

Então, pode-se afirmar que a delegação do poder popular aos seus mandatários é parcial ou parcelar, subsistindo, na realidade, uma verdadeira repartição de competências¹⁵ entre os mandatários e o próprio povo. É nessa medida que se sustenta aqui que os instrumentos de participação popular na condução da coisa pública convivem.

À luz da Constituição de 1988, ninguém poderia afirmar com absoluta convicção que o Estado brasileiro é Democrático e de Direito enquanto tais instrumentos de participação direta do povo contemplados no Texto não forem efetivados na prática política. Como lembra Moraes:

“Da Democracia meramente representativa evolui-se para a Democracia participativa, na qual, ao lado dos tradicionais partidos políticos, encontra-se a própria sociedade civil tentando concretizar a vontade soberana do povo nas manifestações do Estado¹⁶”.

13. DALLARI, Op. cit., p. 258. Nas eleições de 2002 à presidência da república do Brasil, o Presidente eleito foi “acusado”, por opositores, de não ter a formação acadêmica necessária para conduzir o destino do país, enquanto, outros, saíram à sua defesa argumentando justamente o contrário. Fato é que, em eleições diretas, o povo soberanamente depositou o seu voto em Luiz Inácio Lula da Silva para exercer seu mandato de chefe de governo e de Estado. Como esclareceu Dallari, a opção popular poderá ser considerada boa ou má, adequada ou inadequada, dependendo das preferências e interesses daquele que estiver julgando.

14. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 89-90.
15. Esclareça-se que essa pressuposta repartição de competência fora desenhada pelo próprio povo quando da manifestação do poder constituinte originário e a elaboração da Constituição. Ressalta-se, ainda, que, como todo o poder emana do povo, tal repartição poderá ser reformulada à qualquer momento desde que seja conveniente aos anseios populares e por meio de novo pacto social.

16. MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 42-3.

Em dissertação acerca do tema, ressalta Marcos Antônio Striquer Soares que:

“Em que pese a quase ausência do plebiscito e do referendo em nossa prática institucional, uma análise exaustiva sobre eles tem por objetivo mostrar a viabilidade de seu uso, a dimensão que possuem no direito positivo, a importância de que desfrutam, em face das limitações da representação popular, e o papel que assume na dinâmica da democracia. Atualmente, a prática institucional se restringe quase que às limitações da representação popular, onde somente uma elite participa do jogo político, e o povo, titular do poder, é mantido distante. Contudo, a Constituição deve ter um grau maior de eficácia, do que se verifica. A participação da sociedade já pode ser notada com o pluralismo político e a influência de grupos organizados no processo político, o que é um grande avanço; o povo, no entanto, ainda continua como mero destinatário da lei e não como seu autor; aquele que exerce o poder não assume a dignidade que o direito lhe dá, e ao povo não é dado o respeito que merece”¹⁷.

Em relação ao tema, comporta uma análise crítica os termos do julgamento da ADI 466, assim ementada: “Proposta de emenda à CF – Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária – Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional. Inexistência de controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro.” (Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-1991, Plenário, DJ de 10-5-1991).

In casu, não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a inexistência de controle preventivo abstrato no direito brasileiro para não processar a ação, a Corte Suprema posicionou-se no sentido de que não seria possível qualquer discussão de uma proposta de emenda à Constituição tendente a inserir a pena de morte¹⁸ no Brasil, mesmo que precedida de consulta popular por meio de plebiscito. Entendeu o Egrégio Tribunal que não estaria autorizado o Congresso Nacional a convocar plebiscito com o escopo de abolir cláusula pétrea. *Concessa venia*, seria possível sustentar que essa interpretação adotada pelo STF afrontou o princípio democrático albergado no Texto constitucional, na medida em que não conferiu a envergadura necessária ao brocardo que todo o poder emana do povo para afastar as limitações materiais impostas pelo art. 60, CR/88.

2.2 “Síndrome da inefetividade de normas constitucionais” pela ausência de representatividade política: os direitos sociais em perigo

Para Karl Loewenstein¹⁹, uma Constituição pode ser considerada normativa quando seus comandos impõem-se, têm imperatividade, ou seja, quando os poderes constituídos desempenham aquelas funções que lhe foram conferidas pelo legislador constituinte originário nos exatos limites normativos. A Constituição normativa, em suma, é aquela que agrega em torno de si todos aqueles elementos indispensáveis à estrutura e à dinâmica de determinada sociedade, de modo que a plena correspondência entre o dever ser e o ser faz com que ela seja considerada “uma roupa feita sob medida para determinada sociedade”. Diante de uma Constituição com essa proeminência não há falar-se em conveniências políticas capazes de amesquinhá-la, ao contrário, conduzem o penhor de eficazmente reproduzirem todos aqueles interesses emergentes numa determinada sociedade complexa e organizada.

Compulsando a Constituição de 1988, depreende-se a abundância de normas com eficácia diferida de princípio programático²⁰. Tais normas, como cedo, demandam a intermediação dos poderes públicos no sentido de inovar o ordenamento jurídico por meio de elaboração de dispositivos infraconstitucionais que confirmam a elas grau máximo de eficácia jurídica. Note-se que não se trata de mera solicitação de providências, mas de comandos constitucionais impondo a atuação positiva dos órgãos constituídos para o fortalecimento daquelas normas carecedoras de outros elementos imprescindíveis à produção de eficácia jurídica integral.

No caso brasileiro, os poderes constituídos - momento o legislativo - quedam-se inertes por ausência de consenso político e não se desincumbem do mister de regular o Texto constitucional para dotá-lo de higidez e “potência” para atender às demandas sociais. Com efeito, essa funesta inconstitucionalidade por omissão acarreta o que se denomina de síndrome de inefetividade das normas constitucionais (de eficácia limitada), o que aqui se convencionou denominar de síndrome da inoperância sistêmica tendo em vista o caráter de sistema da Constituição.

Ora, partindo-se da premissa de que o Estado Democrático de Direito²¹ é aquele que se compraz com uma ordem jurídica justa, qual seja, aquela sedimentada na máxima efetividade dos direitos fundamentais hospedados no Texto Constitucional, cumulada com o fortalecimento do sistema democrático a partir da constatação da real aplicabilidade daqueles instrumentos que a modelam, pode-se concluir que as inconstitucionalidades por omissão defenestram toda e qualquer sorte de se atingir esses objetivos.

É que as normas programáticas são idôneas para veicularem os chamados direitos fundamentais de 2ª dimensão (os direitos sociais²²), de modo que aquele Estado providência desenhado na Constituição brasileira só se realizará com o seu fortalecimento, o que significa dizer que é imprescindível a implementação de políticas públicas de caráter social. Nesse sentido, disserta André Ramos Tavares:

*“Na ponderação de Alexy, utilizando-se da expressão de Bökenforde, deve-se falar de um conjunto de direitos sem os quais as liberdades públicas consubstanciam meras ‘fórmulas vazias’. Consoante Lorenz Von Stein: ‘A liberdade é apenas real quando se possuem as condições da mesma, os bens materiais e espirituais para tanto pressupostos da autodeterminação’. Mas, sob as condições da moderna sociedade industrial, esses direitos ‘dependem essencialmente de atividades estatais’”.*²³

Noutras palavras de pouco ou nenhum tom acadêmico, só com a boa vontade dos poderes constituídos - que, a propósito, têm o dever constitucional e não poder discricionário de dotar a Lei Maior de magnitude ímpar no sistema jurídico - é que, neste particular, o Estado brasileiro poderá ser tomado como Democrático e de Direito.

17. SOARES, Marcos Antônio Striquer. O plebiscito, o referendo e o exercício do poder. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 13-14.

18. Esse caso foi apresentado somente para demonstrar alguns problemas que envolvem o princípio da soberania popular, não para polemizar ou defender a institucionalização da pena de morte no Brasil.

19. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Ariel.

20. Segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto à sua eficácia jurídica, podem ser de eficácia plena, contida ou limitada. Em síntese, o que se vislumbra é que entre as normas constitucionais existe uma variação de grau de eficácia, ou seja, há normas que desde o momento de sua edição produzem ou podem produzir todos os efeitos desejados pelo legislador constituinte originário, porque possuem os elementos necessários para tanto - são as chamadas normas constitucionais de eficácia plena e contida. De outro lado, existem aquelas que, à míngua do legislador infraconstitucional, são dotadas de baixo grau de eficácia jurídica, logo não são auto-aplicáveis, demandando a interposição de normatividade inferior para que alcancem os auspícios de sua aplicabilidade total.

21. Quanto ao tema cfr. DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Taurus, 2010.

22. Conceituando: “A categoria dos direitos de status positivus, também chamados de direitos ‘sociais’ ou a prestações, engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativus. O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição (E deve interferir na esfera I),(,...)” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67). Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

23. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 827.

24. Cfr. A teoria das Constituições rígidas. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

2.3 Competência Reformadora: a inoperância da democracia representativa e a questão das maiorias eventuais

Inicialmente, faz-se mister salientar que as Constituições podem ser classificadas, quanto ao processo de sua modificação, em rígidas, flexíveis ou semi-flexíveis (semi-rígidas).

A Constituição rígida é aquela que exige para a sua alteração um "processo" mais complexo e dificultoso do que o exigido para a elaboração das leis ordinárias. As Constituições do tipo rígida podem, ainda, contemplar um núcleo material intangível e imodificável. Entre nós, a Constituição brasileira de 1988 possui um núcleo super-rígido que é integrado pelas denominadas "cláusulas pétreas", expressão que sofre críticas pelo fato de denotar a sua inalterabilidade absoluta, ou seja, sua imunidade frente ao Poder Constituinte Originário.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁴, ao defender a rigidez constitucional, ressalva que a Constituição, por não ser perfeita, não deve ser encarada como algo imutável. Isto porque ela não contempla somente a limitação do poder e a forma de seu exercício, mas hospeda o próprio viver, a dinâmica das relações sociais. Assim, assevera que a sua reforma, - justamente para atender aos reclamos da sociedade -, deve ser feita ou procedida com prudência, necessitando de um sistema reformador mais aprimorado, cauteloso, complexo e difícil, haja vista a sempre presente sombra do Estado autoritário. Esclarece, porém, que tais processos de mudança não devem ser apertados demais ao ponto de dificultar pretendida reforma.

Traçando um paralelo com o pensamento de Santi Romano e analisando historicamente o contexto do aparecimento das Constituições escritas e rígidas, pode-se compreender a preocupação do preclaro Bandeira de Mello. É que as Constituições, no sentido moderno de sua compreensão, aparecem como um documento de normas capaz de limitar o poder do soberano, através, inclusive, da previsão de direitos e garantias individuais (direitos de 1ª geração ou "liberdades públicas").

Importante consignar que essa ideia de Constituição escrita, como sendo o documento de normas

limitadoras do poder do Estado e de direitos e garantias fundamentais, alastrou-se por todo o globo, sendo certo ainda que as Constituições modernas apresentam em sua estrutura normas com essas finalidades (limitar o poder e realizar o ser humano, que é o fim do Estado e não meio para satisfação de interesses, sobretudo, de ordem econômica). Todavia, não bastava isso. Fazia-se necessário que essas normas fossem dotadas de uma "rigidez", de uma solidificação, de uma certa "dose de imunidade" contra eventuais ataques governamentais, sobretudo, do próprio parlamento. Em outras palavras, o exercício da competência legislativa ordinária não seria suficiente para modificar esse núcleo de extrema relevância na estrutura constitucional. Mister, então, um processo mais complexo e prudente para a alteração das Constituições escritas. Surge o conceito de rigidez constitucional. Segundo Karl Loewenstein, os elementos fundamentais ou o mínimo irredutível de uma autêntica Constituição são:

I) A divisão das diversas tarefas estatais e sua concessão a diferentes órgãos estatais ou detentores do poder como forma de se evitar a concentração do poder nas mãos de um único e autocrático detentor.

II) Um mecanismo planejado que estabeleça a cooperação dos diversos detentores do poder. Os dispositivos e as instituições em forma de freios e contrapesos – os *checks and balances*, familiares à teoria constitucional americana e francesa -, significam simultaneamente uma distribuição e, portanto, uma limitação do exercício do poder político.

III) Um mecanismo planejado igualmente com anterioridade, para evitar os bloqueios respectivos entre os diferentes detentores do poder, com a finalidade de evitar que eles, caso de não se produzir a cooperação exigida pela Constituição, resolva o impasse por seus próprios meios, isto é, submetendo o processo do poder a uma direção autocrática. Quando, finalmente, sob o impacto da ideologia democrática da soberania popular do povo, o constitucionalismo alcançou o ponto no qual o arbítrio supremo nos conflitos entre os detentores do poder estabelecidos ficou encarnado no eleitorado soberano, a ideia originária do constitucionalismo liberal restou completa na noção de constitucionalismo democrático.

IV) Um método, também estabelecido de antemão, para a adaptação pacífica da ordem fundamental às mutantes condições sociais e políticas – o método racional da reforma constitucional – para evitar o recurso à ilegalidade, à força ou à revolução.

V) Finalmente, a lei fundamental deveria conter um reconhecimento expresso de certas esferas de autodeterminação individual – os direitos individuais e liberdades fundamentais - e sua proteção frente à intervenção de um ou de todos os detentores do poder. Que este ponto fosse reconhecido em uma primeira época do desenvolvimento do constitucionalismo é um “sinal” de seu específico telos liberal. Junto ao princípio da distribuição e, portanto, limitação do poder, estas esferas absolutamente inacessíveis ao poder se têm convertido no núcleo da constituição material.

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição - como faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seu artigo 60, § 4.º, incisos I, II, III e IV, ao indicar as limitações materiais - podem prever um núcleo material super-rígido, de “cláusulas pétreas”.²⁵ Isto vai significar que o Poder Constituinte Derivado Reformador ou, nas lições de Michel Temer, a Competência Reformadora está proibida de alterar a forma federativa de Estado, o voto direto secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Excepcionado o caso das cláusulas pétreas, toda e qualquer modificação do texto constitucional brasileiro em vigor demanda a estrita observância dos chamados limites procedimentais, circunstanciais, materiais e implícitos decorrentes do já mencionado art. 60, § 4.º.

Em especial, o § 2º do art. 60 determina que a proposta de emenda à Constituição deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Como se depreende, está-se aqui a considerar a manifestação da competência reformadora exercida pelas duas Casas Legislativas.

25. Expressão que se sujeita às críticas de José Afonso da Silva.

26. Como esclarecimento complementar, essa questão foi apresentada e discutida em curso de pós-graduação stricto sensu da PUC-SP.

27. Ressalte-se, novamente, que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento que não pode o Congresso Nacional convocar plebiscito que objetive alterar “cláusula pétrea”.

28. Marcelo Figueiredo sintetiza as características gerais da teoria representativa:

“1. o governo representativo caracteriza-se pela representação dos cidadãos, que não exercem diretamente os seus direitos políticos, mas por meio de delegados;

2. o governo representativo realiza ou deveria realizar e manter uma harmonia constante entre as forças sociais;

3. funda-se na distinção jurídica dos poderes e na adaptação desses poderes a órgãos previamente determinados;

Em relação à rigidez constitucional acima referida, teria um expoente da política brasileira afirmado em palestra proferida em São Paulo sobre a reforma da Constituição que “nosso grau de maturidade política já possibilita que possamos começar a pensar em um quorum especialíssimo – talvez de 4/5 – que nos permitisse alterar as cláusulas pétreas”.²⁶ Considerando as bases da Teoria do Poder Constituinte, somente o Poder Constituinte Originário - entendido como aquele capaz de criar e impor uma nova Constituição - poderia alterar a estrutura normativa do art. 60, redefinindo as limitações procedimentais e materiais às quais se sujeita a Competência Reformadora, já que, por postulado teórico, a Constituição de 1988 não lhe impõe quaisquer limites, sejam materiais ou formais.

Com efeito, é certo que todo o poder emana do povo, - pelo menos é o que postula a Carta Magna -, que o exerce diretamente ou através de seus representantes. Desse modo, a alteração das “cláusulas pétreas”, - pensando-se na importância delas no controle do poder e considerando ainda a “prudência” a que se refere Bandeira de Mello -, só poderia ocorrer, em tese, por uma manifestação popular direta, talvez por intermédio de um plebiscito²⁷, após um amplo debate nacional. Esse procedimento conferiria a legitimidade necessária às modificações da Constituição e plena efetividade ao princípio da soberania popular. Ademais, a realização de consultas populares como condição de se realizar algumas alterações do Texto promoveria a entronização da normatividade constitucional na mente da coletividade, como indica Loewenstein ao referir-se às Constituições normativas.

Admitindo-se, - por uma ou outra forma -, que o art. 60 da Constituição de 1988 fosse alterado para prever um quorum de 4/5, idôneo a aprovar emendas ao núcleo antes imutável da Lei Maior, haveria efetivo controle do poder e necessária segurança jurídica? (O que teria pretendido o representante da classe política ao sustentar que o nosso estágio atual de maturidade política já permite tal sistema de reforma constitucional?) A resposta à primeira questão é clara e taxativamente negativa. É que um quorum de 4/5, especialíssimo, portanto, ainda não seria capaz de conferir segurança aos cidadãos, haja vista a precariedade do atual sistema democrático representativo²⁸ maculado pela formação de maiorias eventuais e efêmeras. Nesse sentido, são as reflexões de Campilongo:

4. deve exercer com preocupação democrática suas funções, de modo o quanto possível igualitário;

5. os atos representados devem ser públicos e submetidos a controle da opinião pública”. (FIGUEIREDO, Marcelo. Teoria Geral do Estado. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pp. 126-7).

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2003, p.43.

"Essa transformação político-social acabou por gerar duas complexas questões: o Parlamento não mais, necessariamente, reflete a vontade popular, e os grupos mais organizados e economicamente mais fortes passaram a atuar de forma cada vez mais decisiva na condução dos negócios políticos do Estado, em detrimento dos interesses do restante da sociedade, que não encontra na Democracia representativa mecanismos para defesa de seus direitos fundamentais básicos".²⁹

Nesse sentido, asseverou o saudoso Celso Bastos: "O cidadão pode ter as suas prerrogativas esmagadas tanto por ato de um soberano absolutista como pela vontade esmagadora da maioria".³⁰

Por essas razões, não é possível concordar com a afirmação de que haja maturidade política a possibilitar a existência de um quorum de 4/5 para alterar as limitações procedimentais impostas pelo Poder Constituinte Originário ao Derivado Reformador. Na verdade, o que se vislumbra hoje na sociedade brasileira é uma fase de incipiente formação político-cultural que vem resistindo à empreitada daqueles que não desejam um amplo debate político. É incontestável que a proposta apresentada é sedutora e parece a ideal, todavia, para ser implementada alhures, em outra realidade social e institucional. Parece evidente que a premissa "maturidade política", - sem que ainda o sistema favoreça o debate nacional e o pluralismo político -, seja equivocada ou quiçá demagógica, com a máxima venia.

Sobre a questão, ainda, da presença do povo na expressão do Poder Constituinte, Jorge Reinaldo Vanossi afirma que "O mais importante na doutrina democrática é resgatar a presença do povo na manifestação do Poder Constituinte"³¹. No desenvolvimento de seu pensamento, estabelece a relevante distinção entre assentimento e consentimento. Vanossi afirma que a questão da titularidade do Poder Constituinte só pode ser respondida nos termos de crença, que são os termos da legitimidade. Assim, haverá tantas variações de respostas quantas posturas filosófico-políticas possam ser vislumbradas.

Pela concepção democrática, - que é a que nos interessa nesse momento -, o povo é o titular do Poder Constituinte, entendendo-se por povo o conjunto do eleitorado ou a cidadania que se expressa de forma direta ou representativa pelo sufrágio universal. A concepção democrática baseia-se na ideia de que o Poder Constituinte reside na soberania popular que se expressa em eleições regidas por um princípio majoritário³², ou seja, tem-se que o "produto" da manifestação desse poder é apontado pela metade mais um dos votos do eleitorado.³³

Nesse sentido é que se pode afirmar que a democracia, - ainda na esteira do pensamento de Vanossi -, requer uma aferição objetiva, "real", concreta e matemática do consenso (conformidade, acordo ou concordância de ideias, de opiniões) que só se realiza através de eleições livres. Em outros termos, o Poder Constituinte é titularizado pelo povo quando o resultado de sua manifestação, - a Constituição -, fora construído com o consentimento popular, não importando, em última análise, o procedimento de exercício daquele poder.

É que ao lado da concepção democrática existem as tendências autocráticas que fundam a titularidade do Poder Constituinte no princípio minoritário (por uma minoria de raças, de religião, de classe social etc.). Estas referem-se ao assentimento e não ao consentimento popular, isto é, invocam a presença do povo, - que tolera, que aceita resignadamente a Constituição elaborada por dada minoria -, mas não indicam o seu consenso. Por fim, o que importa consignar então é que no exercício do Poder Constituinte tem que haver no mínimo uma manifestação concreta do povo para que se fale em democracia, pois se é negado ao povo esse direito básico e fundamental à auto-regulação constitucional não faz sentido reconhecer-lhes outros de caráter secundário. Por isso é que, ad cautela e seguindo a melhor lição de Bandeira de Mello, seria mais conveniente considerar a prudência na modificação da Constituição.

32. "Além disso, palavra maioria associa-se a outras expressões afins. É o caso do termo que a complementa: minoria. Ou do vocábulo que dela se aproxima: unanimidade. Pierre Favre elaborou uma sugestiva tabela de significados da palavra maioria (ver tabela n. 1). Segundo ele, os enfoques mais globalizantes valem-se das expressões 'princípio da maioria', 'regra da maioria' ou 'lei da maioria'. Norberto Bobbio, por exemplo, usa tanto 'regra da maioria' quanto 'regra de maioria'. Jean-Jacques Chevallier, Charles Eisenmann e Elaine Spitz também optam pela 'regra da maioria'. Hans Kelsen, Claude Lèclez, Elias Berg e Edoardo Ruffini preferem 'princípio da maioria' ou 'princípio majoritário'. Outros autores usam indistintamente 'regra' ou 'princípio da maioria': George Burdeau e Giovanni Sartori". (CAMPILONGO, Op. cit., p. 31).

33. Ou o primeiro número inteiro acima da metade, caso o número considerado seja ímpar.

29. MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

30. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

31. VANOSSO, Jorge Reinaldo. Uma Visão Atualizada do Poder Constituinte. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

É verdade que ela não pode permanecer imutável, pois necessita de ajustes ao longo do tempo já que almeja os auspícios da eternidade.

Insista-se, seria o caso de dar-se máxima efetividade à norma contida no parágrafo único do art. 1º, da Constituição de 1988, possibilitando ao povo o exercício do poder através de instrumentos idôneos como o plebiscito e referendo populares.

É que: *"As mudanças sociais, diferentemente do que se pensa, não seriam institucionalizadas pelos instrumentos de tomada de decisão coletiva. A regra da maioria é, nessa perspectiva, uma técnica de construção legal da realidade social: regra modulada pela interação entre as pressões sociais mais fortes e as exigências da lógica do desenvolvimento das próprias estruturas legais, técnica de comunicação entre os sistemas legais simultaneamente abertos e fechados".*³⁴

Não é desejável, assim, que o Congresso Nacional inviabilize as consultas populares diretas por apegar-se demasiadamente a questões eminentemente formais, nem sob a alegação do alto custo desse processo, porque o que todos almejam é viver uma efetiva democracia e, para isso, o preço é módico.

Ademais, a adoção de um método de interpretação que confira ao Texto Constitucional uma abertura máxima, valorizando, sobretudo, a característica irradiadora dos princípios constitucionais, possibilita sua constante renovação/atualização, demandando reformas esporádicas e excepcionais.³⁵

Conclusão

Como se observou, a Constituição de 1988 ao enunciar que *"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"*, idealizou uma ordem estatal consubstanciada nas expectativas e anseios populares revelados por meio de instrumentos de democracia semidireta.

A rigor, estabeleceu um sistema de produção de normas a ser alimentado pelas decisões dos representantes legitimamente eleitos bem como - nos

assuntos de maior relevância - pela participação-decisão direta do povo, por meio de plebiscito e de referendo.

Plebiscito e referendo nada mais são do que duas formas de consulta (participação efetiva) popular nos assuntos-negócios do Estado, divergindo um do outro em razão do momento em que a consulta é realizada.

Enquanto o plebiscito é uma consulta prévia-anterior que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos sobre determinada matéria a ser, posteriormente, debatida pelo Congresso Nacional, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato estatal para confirmá-lo ou rejeitá-lo.

Fato interessante, todavia, é que compete ao próprio Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito, ou seja, nesses casos, depende da vontade política de deputados federais e senadores "ouvir" diretamente ou não o povo sobre questão que trará importantes consequências ao seu próprio futuro.

Não é razoável raciocinar em termos de Estado Democrático de Direito pressupondo uma hierarquia entre os instrumentos de democracia direta (o povo decidindo) e indireta (os legisladores decidindo em nome do povo).

Parece mais sensato e lógico sustentar que existem campos diferentes de atuação para esses instrumentos. Enquanto aquelas questões cotidianas e rotineiras (menos importantes) são resolvidas pelos mandatários (legisladores e administradores) no exercício de suas atribuições, as que são mais relevantes à Nação e que implicam grandes modificações na realidade social, o povo as reserva para si. Podem surgir vozes argumentando que *"o povo não tem cérebro"*, não dispondo de condições reais, consciência, maturidade política de tomar decisões acertadas, quando consultado diretamente.

34. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67.

35. Cfr. TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

Nesse particular lembra o jurista Dalmo Dallari que:

"O argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação preferida pelo povo é boa ou não. Assim sendo, a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgando. Basta atentar-se para o fato de que, qualquer que seja a decisão popular, sempre haverá grupos altamente intelectualizados e politizados que irão considerá-la acertada, como haverá grupos opostos, também altamente qualificados, que a julgarão errada".

O plebiscito convocado pelo art. 2º, do ADCT-CR/88, o referendo da Lei que proíbe a comercialização de armas de fogo no país e a aprovação do projeto de Lei do Ficha Limpa, a partir de iniciativa popular, são experiências positivas de exercício de cidadania e prática democrática. Infelizmente, os exemplos são raros e isolados, considerando esses mais de 20 anos da promulgação da Constituição cidadã.

Já é tempo de se pensar em formas mais modernas de reforma política e de aplicação racional e útil dos instrumentos de participação direta nos assuntos do Estado. O que causa ainda mais indignação é que, num cenário de escassez de consultas populares para assuntos relevantes, aprova-se plebiscito para criação de novo Estado da Federação para atender ao patrimonialismo brasileiro. Nesse sentido:

Dois exemplos ilustram o que seria uma agenda de reforma política para o futuro. Um é a participação dos cidadãos nos partidos. É fundamental criar incentivos institucionais que abram as agremiações à sociedade. Essa é a única forma de acabar com as oligarquias partidárias e termos legendas mais representativas. É também a maneira mais adequada para trazer os mais jovens à política, hoje dominada por uma elite muito envelhecida, inclusive de ideais.

Os cidadãos também querem – e vão querer cada vez mais – aumentar seu controle cotidiano sobre as políticas públicas e a provisão dos serviços públicos.

Desse modo, novas formas de consulta e participação deliberativa devem ser criadas, não apenas para votar em alguém ou numa proposta partidária, mas para avaliar e interferir positivamente nos rumos das ações governamentais. Precisamos de uma 'política mais on-line', e não só de quatro em quatro anos.

De todos os exemplos, o cúmulo da miopia provinciana foi a aprovação de um plebiscito que pode criar mais um Estado, o de Carajás, que sairia do Pará.

Aliás, os paraenses poderão se dividir ainda mais, criando depois o Estado de Tapajós. Quem defende esse divisionismo diz que os habitantes locais terão mais atenção governamental. Conversa fiada.

Os que defendem isso querem que o país pague para ter mais Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários, ao gosto dos Barbalhos e Sarneys de sempre. É o patrimonialismo secular brasileiro.

Para o século XXI, precisamos de mais arenas públicas, e não de mais cargos e outras benesses para os políticos".³⁶

Não obstante a observação desses fatos que sempre abalam a crença na democracia, não se pode abdicar da responsabilidade do engajamento político por transformações positivas e do voto consciente.

Mas não é só. É urgente e de suma importância realizar uma reflexão séria acerca do papel das consultas populares na dinâmica e desenvolvimento do sistema democrático brasileiro.

São nesses momentos que o povo se apresenta verdadeiramente soberano - autor de seu próprio destino -, atirando pela janela todo jogo sórdido que porventura seja praticado no tabuleiro da política.

36. In Revista ÉPOCA, "A miopia das decisões recentes do Congresso", Fernando Abrucio, 23 de maio de 2011, n. 679.

Referências

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Verbete: Democracia*, in *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, Coord. Geral: Dimitri Dimoulis, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.138.
- BRASIL. Lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998. In: BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 7. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2006. Art. 2, p. 399.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 96.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, p. 259.
- DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67).
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 816.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 89-90.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. , São Paulo: Atlas, 2001, pp. 126-7).
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, p. 149.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 238.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 42-3.
- PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: UnB, 2000. p. 310-314.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial e parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 116-117.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O plebiscito, o referendo e o exercício do poder*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 13-14.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 827.
- _____. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Uma Visão Atualizada do Poder Constituinte*. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- *Revista ÉPOCA*, "A miopia das decisões recentes do Congresso", Fernando Abrucio, 23 de maio de 2011, n. 679.
- *Folha de S. Paulo*, *Caderno Poder*, domingo, 6 de março de 2011, A4. 2006.

FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DAS POLÍCIAS MILITARES E CIVIS.

COMPETÊNCIAS DE ATRIBUIÇÕES E LEGISLATIVA DISCRIMINADAS PELA LEI SUPREMA. INCONSTITUCIONALIDADE DA INVASÃO DAS COMPETÊNCIAS PRÓPRIAS DA POLÍCIA CIVIL DETERMINADA POR RESOLUÇÃO DE SECRETARIA ESTADUAL – OPINIÃO LEGAL.

SUMÁRIO

1. Consulta
2. Gabinete do Secretário
3. Constituição do Estado de São Paulo
4. Resposta

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS - Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.

Consulta

Formula-me, o presidente do SINDICATO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDPESP, Dr. George Henrique Melão Monteiro, a seguinte consulta:

“O SINDICATO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDPESP, em razão de RESOLUÇÃO editada pelo senhor Secretário dos Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo, a qual possui conteúdo que afeta atribuições da Polícia Civil e da Polícia Militar, e, aparenta ter sido editada sem observação aos preceitos constitucionais e legais; Diante de tais dúvidas, vimos pelo presente, solicitar de Vossa Senhoria consulta com parecer sobre os aspectos constitucionais da RESOLUÇÃO 35 SSP/SP de 23 de março de 2011, a qual segue abaixo:

2. Gabinete Do Secretário

Resolução da SSP nº 35, de 23-3-2011

Estabelece rotina para o registro do Boletim de Ocorrência pela Polícia Militar no Estado de São Paulo. O Secretário da Segurança Pública:

Considerando o objetivo permanente do Governo do Estado, por intermédio das Instituições Policiais, de buscar continuamente a excelência na prestação de serviços de segurança pública à população; Considerando a preocupação constante em propiciar maior celeridade no atendimento à população quando do registro de ocorrências policiais, facilitando o acesso à população carente; Considerando a preocupação em reduzir a sub-notificação de ocorrências e a necessidade da Polícia do Estado em conhecer com profundidade a criminalidade atuante e, com isso, planejar com eficiência o emprego de seus meios; Considerando a presença diuturna e ostensiva da Polícia Militar em todos os municípios do Estado, bem como o grande número de instalações policial-militares distribuídas estrategicamente com o intuito de aumentar a percepção de segurança da Sociedade Paulista; Considerando que algumas regiões do Estado, por se localizarem em pontos periféricos e carentes de recursos, apresentam dificuldades em relação ao acesso a serviços públicos da rede informatizada; Considerando que o § 3º do art. 5º

do Código de Processo Penal estabelece que qualquer do povo poderá, por escrito ou verbalmente, comunicar à autoridade policial a ocorrência de infração penal de ação pública, cabendo a essa autoridade, uma vez confirmados os fatos, instaurar o competente inquérito policial; Considerando que no período de 15 de fevereiro a 22 de março de 2011 foi realizado teste na área do 62º Distrito Policial da 7ª Delegacia Seccional de Polícia coincidente com a 4ª Companhia do 2º Batalhão de Polícia Militar do Comando de Policiamento de Área Metropolitana – 4, Zona Leste da Capital, com pleno êxito, resolve:

Artigo 1º - As ocorrências policiais de furto de veículos, desaparecimento de pessoas, furto e perda de documentos, furto e perda de celulares, furto e perda de placas de veículos e encontro de pessoas desaparecidas, poderão ser registradas em boletim diretamente por policiais militares.

Parágrafo único – A critério do Comandante Geral da Polícia Militar e do Delegado Geral da Polícia Civil, em decisão conjunta e a bem do interesse público, o rol de ocorrências poderá ser ampliado ou reduzido.

Artigo 2º - O Boletim de Ocorrência será lavrado com a presença do solicitante, e após ser conferido e assinado, será entregue uma cópia ao interessado.

Artigo 3º - As informações constantes no Boletim de Ocorrência serão digitadas e/ou transmitidas eletronicamente para os sistemas informatizados das Polícias Militar e Civil para, respectivamente, serem utilizadas no planejamento operacional e darem prosseguimento às ações de polícia judiciária, sendo disponibilizadas no Sistema de Informações Criminais – INFOCRIM.

Artigo 4º - As Polícias Militar e Civil, no seu âmbito e havendo necessidade, baixarão normas complementares a fim de disciplinar a fiel execução do contido na presente resolução.

Artigo 5º - Fica estabelecido o prazo de 180 dias para implantação da nova sistemática em todo o Estado.

Artigo 6º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação. Entende a entidade consulente ser inconstitucional o referido ato administrativo pelos motivos que passa a expor: A Constituição Federal determina a subordinação da polícia estadual ao Governador do Estado e não ao Secretário de Segurança Pública, senão vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (omissis...)

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (grifo nosso) No mesmo sentido, preceitua a Constituição do Estado de São Paulo:

Artigo 139 - A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio.

§ 1º - O Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua polícia, subordinada ao Governador do Estado.

Ressalte-se ainda que a Constituição do Estado de São Paulo, no que se refere aos atos administrativos normativos dirigidos à Polícia Civil e à Polícia Militar dos Estados, que somente podem ser emanados por seus Governadores, e na forma de Decretos, os quais podem sofrer controle de constitucionalidade preventivo e repressivo. Não podendo, assim, um agente político cuja função é de auxílio ao governo, editar a resolução que ora se ataca, mesmo porque, conforme se depreende do caput do artigo 47 da CE, a competência é privativa do Governador, ou seja, a função normativa, neste caso, é indelegável: Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: Ademais, o conteúdo da Resolução SSP 35 de 23 de março de 2.011 contraria os parágrafos 4º e 5º do artigo 144 da Constituição Federal.

Art. 144 (...) CF

§ 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária

e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

A "RESOLUÇÃO" do Secretário de Segurança Pública, contrariando o ordenamento jurídico constitucional, fere os princípios da LEGALIDADE e da EFICIÊNCIA contidos no artigo 37 da Constituição Federal e reproduzido no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo com efeitos ampliados: CF - Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: CE - Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Esclareço ainda que, no tocante ao princípio da eficiência, o próprio Governo reconhece na RESOLUÇÃO ao querer transferir atribuições da Polícia Civil para a Polícia Militar, ao passo que, seria mais EFICIENTE e porque não, muito menos oneroso, investir no órgão que possui a competência constitucional e legal para exercer a função de Polícia Judiciária.

Ressalte-se ainda que, na parte final da redação do artigo 141 da CE, resta claro que somente a LEI, em sentido estrito, pode atribuir encargo ou competência para a Polícia Militar:

3. Constituição do Estado de São Paulo

Artigo 141 - À Polícia Militar, órgão permanente, incumbem, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Na mesma esteira da inconstitucionalidade, conforme já fartamente demonstrado, a RESOLUÇÃO menciona expressamente o parágrafo 3º do artigo 5º do Código de Processo Penal, fato que, por si só, indica ser o Boletim de Ocorrência peça vinculada a procedimentos de Polícia Judiciária, ou seja, é matéria processual penal, que, nos termos do artigo 22, I da Constituição Federal, compete à UNIÃO, privativamente, legislar sobre o tema:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;" Pergunta, pois, se sua exegese dos textos atrás transcritos é correta".

Resposta

Em forma de simples opinião legal e não de parecer, em face da urgência requerida, passo a responder a consulta formulada pelo eminente presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, Dr. George Henrique Melão. Considero correta a interpretação ofertada na consulta pela entidade de classe dos Delegados de São Paulo. Fere, a meu ver, a Resolução, a competência de atribuições delimitada pela Constituição Federal, assim como a competência legislativa, com invasão de funções e atividades pertencentes exclusivamente ao Legislativo.¹ Por ser o direito constitucional meu campo de reflexão permanente, ater-me-ei, na resposta, exclusivamente, aos princípios, normas e regras da Lei Suprema, a meu ver tisonados pela referida Resolução, que me dispense de transcrever, por transcrita já estar na consulta. O Título V da Constituição Federal é dedicado à defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estando seu campo normativo conformado nos artigos 136 a 144 da Carta Máxima.

Aricê Amaral dos Santos definia tal título como o do "Regime Constitucional das Crises", pois dedicado a - profilática ou terapêuticamente - proteger o regime democrático de toda a patologia ideológica ou de inadaptação ao sistema vigente, que a sociedade venha apresentar.² Por ser, um título dedicado a preservar e/ou restabelecer a ordem e a lei, houve por bem o constituinte delimitar o título em duas ordens de regimes

1. Escrevi ao comentar o artigo 21 da CF que: "Os próximos quatro artigos são dedicados à esfera de atuação da União. O art. 21 cuida de sua competência exclusiva em atuar em determinadas áreas e conformar a orientação sobre questões que lhe pertinem, ofertando o perfil da Federação brasileira, a partir de suas atribuições. Determina, pois, a competência de atribuições. O art. 22 já se limita à competência privativa da União em legislar, estando o art. 23 voltado à competência comum de atuação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e o 24 à competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar, estando os Municípios fora dela, embora, de rigor, terminem por exercê-la, à luz do que dispõe o art. 30, II, da Constituição Federal, assim redigido: "Compete aos Municípios: ... II — suplementar a legislação federal e a estadual no que couber". Deve-se observar que a competência de agir implica, repetidas vezes, aquela de legislar, razão pela qual há matérias que se repetem, como, por exemplo, a do inc. VII (emitir moeda) e a do inc. VI do art. 22 (legislar sobre o sistema monetário). Houve por bem o constituinte, como já o fizera o constituinte anterior, cuidar da competência legislativa separada daquela concernente às atribuições" (grifos não constantes do texto) (Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo I, Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2001, São Paulo, p. 115/116).

jurídicos, ou seja, o dos instrumentos legais para assegurar a governabilidade e estabilidade do sistema (estado de defesa e de sítio) e o dos agentes destinados a atuar, ou seja, as forças armadas, polícias militares e civis.³

Assim é que os artigos 136 a 141 são dedicados aos dois instrumentos de intervenção do Estado, um deles mais regionalizado (estado de defesa) e outro mais abrangente (estado de sítio) e os arts. 142 a 144 a definição das corporações atuantes na proteção ao Estado Democrático de Direito. Às Forças Armadas foi atribuído proteger a integridade da nação, da lei e da ordem (142), assim como intervir na segurança pública, se necessário, por imposição constitucional. Cabe, por outro lado, às polícias militar e civil, a específica função de garantir a ordem interna, sendo atribuída às polícias militares a função ostensiva de assegurar a ordem e à polícia civil, aquela investigativa, própria da polícia judiciária e de apuração das infrações penais⁴.

Em relação a estas últimas, o artigo 144 delimita claramente suas atividades e funções, estando seus § § 4º e 5º assim redigidos:

"§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil."

2. José Afonso da Silva ensina: "Os princípios informadores do sistema constitucional das crises e, pois, dos estados de exceção, foram bem lembrados por Aricê Moacyr Amaral Santos, e são o princípio fundante da necessidade e o princípio da temporariedade, cuja incidência nos sistemas de legalidade especial determina: a) a declaração é condicionada à ocorrência de pressuposto fático; h) os meios de resposta têm sua executoriedade restrita e vinculada a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de execução é de competência do Legislativo; d) o controle judicial 'a tempore' e 'a posteriori' é do Judiciário" (Curso de direito constitucional positivo, 5. ed., Revista dos Tribunais, 1989, 634).

3. Pinto Ferreira lembra que: "O Estado democrático e constitucional deve assegurar os meios necessários à sua preservação, garantindo o direito de necessidade estatal. A liberdade e a democracia não devem permitir o seu aniquilamento. A liberdade não se autodestrói.

Daí advêm determinados enunciados linguísticos prescrevendo a manutenção do regime, com a utilização de várias expressões, tais como segurança do Estado, defesa da República, razão de Estado, suspensão de garantias constitucionais, salvação pública, empregadas frequentemente.

É um direito de exceção e de necessidade, que leva à pré-compreensão de uma delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas nas situações emergentes de anormalidade, consagrando um direito de necessidade constitucional" (Comentários à Constituição brasileira, Saraiva, 1992, v. 5, p. 187).

Claramente, a lei maior outorga funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, exceção feita às de caráter militar, às polícias civis⁵. A exceção se compreende, na medida em que a legislação militar -de maior rigidez que a civil para a determinação das obrigações de seus integrantes- prevê inclusive foro próprio para que tais infrações sejam julgadas, que é a Justiça Militar⁶.

Ocorre, por outro lado, que toda a disciplina jurídica militar lastreia-se, como determina o artigo 142 "caput" - que vale, neste ponto, também para as polícias militares -, na hierarquia e na disciplina, estando assim redigido: "*Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem*"⁷.

Em outras palavras, as polícias civis e militares, fundamentais para manutenção da segurança pública, têm funções nitidamente delimitadas na legislação superior, ou seja, nos dois respectivos parágrafos⁸.

Não se pode esquecer que o "caput" do artigo 144 torna a segurança dever do Estado, sendo direito de todos os cidadãos de recebê-la e colaborar com as autoridades no exercício da cidadania, estando assim redigido o dispositivo: "*Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

- I - polícia federal;*
- II - polícia rodoviária federal;*
- III - polícia ferroviária federal;*
- IV - polícias civis;*
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*⁹

4. Cheguei a defender, na 1ª. edição dos Comentários à Constituição do Brasil (1997) a maior relevância da polícia civil sobre as militares: "As polícias militares e os corpos de bombeiros são os últimos destacamentos elencados no art. 144 como necessários à segurança pública. Pertencem, as polícias militares aos Estados e os corpos de bombeiros, tanto aos Estados quanto aos Municípios. São forças auxiliares da polícia civil, muito embora seus componentes assim não se considerem. É que às polícias civis cabe, fundamentalmente, ofertar segurança pública, e às polícias militares, o suporte à luta contra o crime organizado, assim como garantir às autoridades estaduais os serviços e os bens públicos. Por essa razão, vêm, no elenco, as polícias civis em primeiro lugar e, em segundo, as polícias militares e os corpos de bombeiros. Algumas polícias militares são tão importantes que seu contingente é quase tão grande quanto o do Exército instalado naquela unidade da Federação, quando não superior. De rigor, a soma dos contingentes das polícias militares, civis e corpos de bombeiros deve ser superior ao das Forças Armadas, cujo papel primordial é a defesa externa, enquanto aqueles devem manter a segurança interna, diariamente. O inimigo externo é eventual, enquanto o inimigo interno da sociedade é permanente, crescendo o número de fâcnoras e marginais na medida em que crescem a pobreza, os desníveis sociais, o uso de drogas, a perda de valores, o subemprego e o desemprego, a superpopulação das cidades e a deletéria mídia que mais deforma que forma a população" (Comentários à Constituição do Brasil, 5º volume, Ed. Saraiva, 1997, São Paulo, p. 216/218).

Do exposto brevemente até o presente, decorre que a segurança pública, dever do Estado e direito dos cidadãos, será exercida pelos órgãos discriminados no dispositivo, entre os quais, **COM COMPETÊNCIAS EXPLÍCITAS E DELIMITADAS**, as polícias militares e civis.

Ora, a referida Resolução atropela a Constituição e embaralha as funções, atribuindo as funções de polícia civil à polícia militar, inclusive as de polícia judiciária, tornando esta corporação até mais relevante que a polícia civil, como polícia judiciária. Tal ocorre não só por enunciação sempre à frente da polícia civil, como pelo amesquinamento das funções da polícia civil, que deverá, como polícia judiciária¹⁰, decidir, em conjunto com a polícia militar, o encaminhamento do processo investigatório, que tem início com o boletim de ocorrência, como se depreende dos seguintes trechos: "*Artigo 1º - As ocorrências policiais de furto de veículos, desaparecimento de pessoas, furto e perda de documentos, furto e perda de celulares, furto e perda de placas de veículos e encontro de pessoas desaparecidas, poderão ser registradas em boletim diretamente por policiais militares. Parágrafo único – A critério do Comandante Geral da Polícia Militar e do Delegado Geral da Polícia Civil, em decisão conjunta e a bem do interesse público, o rol de ocorrências poderá ser ampliado ou reduzido.*

Artigo 2º -

Artigo 3º - As informações constantes no Boletim de Ocorrência serão digitadas e/ou transmitidas eletronicamente para os sistemas informatizados das Polícias Militar e Civil para, respectivamente, serem utilizadas no planejamento operacional e darem prosseguimento às ações de polícia judiciária, sendo disponibilizadas no Sistema de Informações Criminais – INFOCRIM.

5. Na mesma linha, claramente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho interpreta ao dizer:

"Polícias Civis. O texto tem o mesmo objetivo do constante dos § 2º e

3º acima — garantir a existência de uma Polícia Civil (estadual, pois a Polícia Civil Federal é a Polícia Federal já garantida) —, prevendo que sua direção, portanto a sua estrutura básica, caberá a delegados de polícia de carreira. Ou seja, com isso fica determinado que somente ocupante da carreira de delegado de polícia poderá chefiar delegacia de polícia (e nunca oficial da Polícia Militar, como às vezes sucedia), e delegado, acrescente-se, de carreira" (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, p. 92).

6. O § 4º do artigo 125 da CF tem a seguinte dicação:

"§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

"Artigo 4º - As Polícias Militar e Civil, no seu âmbito e havendo necessidade, baixarão normas complementares a fim de disciplinar a fiel execução do contido na presente resolução".

Ora, não só a resolução invadiu claramente as funções da polícia civil definida pela Lei Suprema, como tornou mais relevante a Polícia Militar que a Civil nestas funções capturadas da Polícia Civil, pois, a partir do mencionado ato administrativo, todos os encaminhamentos para sua aplicação terão que ser conjuntos¹¹!

É de se lembrar que na função ostensiva de preservação da ordem pública, à evidência, a abertura dos inquéritos será, em sua maioria, por atuação da polícia militar, com o que a função da polícia civil será praticamente reduzida às visitas espontâneas dos cidadãos às Delegacias, para denunciar ou pedir a abertura de processos investigatórios¹².

Não consigo vislumbrar no § 5º do art. 144 da C.F. as funções pretendidas pelo ilustre Secretário que assinou a Resolução, pois lá se determina, apenas, que as polícias militares farão "policiamento ostensivo" e "preservação da ordem pública", podendo a lei determinar-lhes outras atribuições, desde que não sejam aquelas evidentemente já definidas também pela Lei Suprema, como de competência das polícias civis, ou seja, a de "polícia judiciária" e "apuração de infrações penais"¹³.

O próprio artigo 141 da Constituição do Estado, não é senão um artigo reprodutivo daquele da Carta Magna, estando assim redigido:

"Artigo 141 - À Polícia Militar, órgão permanente, incumbem, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. § 1º - O Comandante Geral da Polícia Militar será nomeado pelo Governador do Estado dentre oficiais da ativa, ocupantes do último posto do Quadro de Oficiais Policiais Militares, conforme dispuser a lei, devendo fazer declaração pública de bens no ato da posse e de sua exoneração.

7. Dispositivo semelhante encontra-se na Constituição Hondurenha (art. 272) assim redigido: "Art. 272. Las Fuerzas Armadas de Honduras, son una Institución Nacional de carácter permanente, esencialmente profesional, apolítica, obediente y no deliberante. Se constituyen para defender la integridad territorial y la soberanía de la República, mantener la paz, el orden público y el imperio de la Constitución, los principios de libre sufragio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República". Por esta razão, os militares agiram, na deposição do presidente Zelaya, provocados pelos outros poderes, baseados nos artigos 239 e 242 assim versados: "ARTICULO 239.- El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.

§ 2º - Lei Orgânica e Estatuto disciplinarão a organização, o funcionamento, direitos, deveres, vantagens e regime de trabalho da Polícia Militar e de seus integrantes, servidores militares estaduais, respeitadas as leis federais concernentes. § 3º - A criação e manutenção da Casa Militar e Assessorias Militares somente poderão ser efetivadas nos termos em que a lei estabelecer. § 4º - O Chefe da Casa Militar será escolhido pelo Governador do Estado entre oficiais da ativa, ocupantes do último posto do Quadro de Oficiais Policiais Militares", com o que não há qualquer conflito entre as disposições da Lei Suprema e as da Constituição do Estado, o que seria impossível em face de o artigo 25 da Carta Suprema declarar:

"Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição."¹⁴

Não discutirei questões de legislação infraconstitucional no presente parecer, embora seja de se lembrar que o § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal assim redigido:

"§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito." declara ser o boletim de ocorrência peça fundamental para os procedimentos da polícia judiciária, o que por si só afasta a possibilidade de invasão nas atribuições da polícia civil pela polícia militar¹⁵.

8. José Afonso da Silva esclarece: "Polícia Civil. É dirigida por delegado de carreira em cada Estado, incumbindo-lhe as funções de polícia judiciária, nos termos já definidos antes, e a apuração de infrações penais, exceto: (a) as de competência da Polícia Federal no âmbito restrito já assinalado; (b) as militares. Isso quer dizer que nenhuma outra organização estatal tem competência para exercer funções de polícia judicial, tal como instauração de inquéritos policiais ou militares, nem o poder investigatório de infrações penais. Afronta radicalmente a Constituição qualquer tentativa no sentido de imitar o sistema italiano, ou o português ou o francês, seja com juizado de instrução, seja com polícia judiciária dirigida por membros de Ministério Público, seja através de investigação criminal feita por promotores de justiça" (grifos meus) (Comentário contextual à Constituição, 7ª. ed., Malheiros Editores, 2010, p. 652).

9. José Cretella Jr. preleciona: "Segurança pública. O problema da segurança, quer do Estado, quer do indivíduo, inscreve-se como um dos temas fundamentais do Direito. Quanto ao Estado, segurança quer dizer "paz", "estabilidade das estruturas das instituições"; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer "tranquilidade física e psíquica", condições garantidoras de circunstâncias que possibilitam o trabalho, afastada a vis inquietativa. Daí, o poder afirmar-se que a segurança do Estado, das pessoas e dos bens é elemento básico das condições universais, fator indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. A paz, derivada da segurança, proclamada inviolável pelo Direito, não ficará, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual do cidadão, ou os órgãos vitais do Estado. Tais ameaças externas, que se erigem em perigo dirigido ao homem e ao Estado, são contrabalançadas por forças contrárias, do indivíduo, que lança contra elas o próprio impulso particular; em seguida, a força organizada do meio social é facilmente compreendida, pela razão muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, constitui ameaça indireta a toda a coletividade e, que por isso, necessita ser colvida de imediato (cf. Lorenzo Stein, La scienza dell'amministrazione, ed. It. De Stilio Brunialti, 1897, p. 47 e nosso Tratado de direito administrativo, Rio de Janeiro, Forense, vol. V, p. 14)" (Comentários à Constituição 1988, vol. VI, Forense Universitária, 1992, p. 3410).

Entendo, inclusive, que, se a Resolução for aplicada, no prazo de 180 dias, poderão, os advogados de indiciados, arguir em juízo a nulidade de processo investigatório, por incompetência da autoridade que lhe deu início. Neste ponto, portanto, parece-me de manifesta inconstitucionalidade a Resolução mencionada na consulta.

Fere, também, por outro lado, a competência legislativa, já que não existe delegação válida para que o Executivo "legisla" sobre essa matéria de reserva absoluta do Poder Legislativo. Atribui-se à nítida separação de Poderes, um dos elementos de maior estabilidade do Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988.

Com efeito, o artigo 2º da Lei Suprema, assim redigido; "*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*¹⁶", com exceção das regras expressas no próprio título de delegação constitucional legislativa (arts. 62 e 68), permite a preservação das competências de cada poder, podendo, inclusive, o legislativo federal intervir em outros Poderes que tenham invadido a sua, como se lê no art. 49, inciso XI, assim redigido:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;¹⁷

.....".

A grande diferença entre a nossa Constituição e a de países como Venezuela, Bolívia e Equador, é exatamente esta nítida separação, o que não ocorre nos textos maiores desses e de outros países, onde o Poder Executivo não só prevalece sobre os demais, podendo inclusive dissolver o Legislativo (Equador) e governar sem o congresso (Venezuela) e obrigar magistrados da Suprema Corte a concorrerem a eleições, como qualquer candidato parlamentar (Bolívia).¹⁸

9. José Cretella Jr. preleciona: "Segurança pública. O problema da segurança, quer do Estado, quer do indivíduo, inscreve-se como um dos temas fundamentais do Direito. Quanto ao Estado, segurança quer dizer "paz", "estabilidade das estruturas das instituições"; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer "tranquilidade física e psíquica", condições garantidoras de circunstâncias que possibilitam o trabalho, afastada a vis inquietativa. Daí, o poder afirmar-se que a segurança do Estado, das pessoas e dos bens é elemento básico das condições universais, fator indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. A paz, derivada da segurança, proclamada inviolável pelo Direito, não ficará, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual do cidadão, ou os órgãos vitais do Estado. Tais ameaças externas, que se erigem em perigo dirigido ao homem e ao Estado, são contrabalançadas por forças contrárias, do indivíduo, que lança contra elas o próprio impulso particular; em seguida, a força organizada do meio social é facilmente compreendida, pela razão muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, constitui ameaça indireta a toda a coletividade e, que por isso, necessita ser coibida de imediato (cf. Lorenzo Stein, *La scienza dell'amministrazione*, ed. Ital. De Stillo Brunialti, 1897, p. 47 e nosso Tratado de direito administrativo, Rio de Janeiro, Forense, vol. V, p. 14)" (Comentários à Constituição 1988, vol. VI, Forense Universitária, 1992, p. 3410).

Ora, a referida Resolução não é lastreada nem em lei, nem na Constituição. O eminente secretário da Segurança, na busca de soluções para o nível de criminalidade elevada do Estado, baixou "motu próprio", sem respeito a lei maior, sem lei que o autorizasse, ato administrativo que invade a competência das polícias civis e, de certa forma, pretende subordiná-las às polícias militares, quando estão elas apenas subordinadas ao Poder Judiciário, enquanto polícias judiciárias. Vale dizer, em matéria penal, são elas que dão início ao processo investigatório, que poderá ou não levar à denúncia e à ação penal.

Ora, a inconstitucionalidade da resolução é evidente, embora indireta. É que, antes de ser inconstitucional, é ilegal, vale dizer, fere diretamente a lei e indiretamente a Constituição, pois a lei penal ou a que rege as polícias militares não autoriza tal invasão de funções e competência.

Muitos constitucionalistas têm entendido, por força da possibilidade de ações diretas de inconstitucionalidade contra atos normativos do Executivo (art. 102, inciso I, letra 'a'), que, sempre que não houver lei e o ato normativo ferir a Constituição, este ferimento será direto, e não indireto, o que poderia, evidentemente, configurar o direito a levar a questão ao Judiciário, por via de controle concentrado¹⁹.

Embora considere aplicável ao caso tal exegese, pois a Resolução carece de diploma legislativo, prefiro uma inteligência mais conservadora, ou seja, que fere a lei das competências legislativas do Estado, pois o artigo 144, § 4º, da C.F. fez menção clara a funções de polícia judiciária, assim como a Lei 8069/90, art. 173, § único, 176, 179, 193, Lei 11.340/66, art. 10, 11 e 12, § 2º, onde há referências às funções exclusivas da polícia civil.²⁰

10. Embora o STF tenha reconhecido o poder regulatório das Secretarias na ADIN 1854/PI, a questão lá colocada NÃO DIZIA RESPEITO A INVASÃO DE COMPETÊNCIAS, MAS PROBLEMAS INERENTES À PRÓPRIA POLÍCIA CIVIL: "Autorizando o Secretário de Segurança Pública a baixar resoluções para aprimorar o seu funcionamento, pela ausência de violação do art. 144, § 42 da CF, que prevê a direção da polícia civil por delegados de polícia civil, que integra a estrutura da administração direta e que o Secretário de Estado tem poder normativo secundário de acordo com o art. 87, II, da CF — que atribui ao Ministro de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos" (STF — Pleno — Adin nº 1.854/PI — Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 14-6-2000. Informativo STF, nº 193)" (Constituição do Brasil interpretada, 8ª. ed., Editora Atlas, 2011, São Paulo, 3p. 1670).

11. É de se lembrar que se a ADIN 1854/PI, havia lei (4817/95) a autorizar a edição de Resolução, o que não há na Resolução paulista: "Proseguindo no julgamento de mérito da ação direta acima mencionada, o Tribunal declarou a constitucionalidade dos artigos 12 e 42 da Lei 4.817/95" (Constituição do Brasil interpretada, 8ª. ed., ob. cit. p. 1670).

Em outras palavras, embora de forma não específica, mas genérica, as leis mencionam as atividades de polícia judiciária como próprias das polícias civis, o que vale dizer: são estes dispositivos diretamente atingidos pela Resolução invasora das competências da polícia civil.²¹

É de se lembrar, finalmente, que diversos dispositivos administrativos mostram ser o boletim de ocorrência o início de procedimento investigatório, como mencionam as Portarias Federais nºs. 5123/04, 2521/88, a P.Fed. 18/05, 11/09, F. 55/08, P. 682/05 – 1274/09, PF 387/06, PF 358/09, PF 10/10, IN 187/08, Decr. Federal 5123/2004 – SINARM – ARMA DE FOGO, Decr. Fed. 2521/1998 – TRANSPORTES RODOVIÁRIOS, Portaria Federal 18/2005 – Departamento de Logística – Explosivos, Port. Fed. 11/2009 – IBAMA, Port. 55/2008 – INEP- ENEN, Ministério da Defesa – Portaria 686/2005 – sobre arma de fogo, Ministério da Justiça, Portaria 1274/2003 – produtos químicos, Portaria Polícia Federal 387/2006 – Segurança Privada, Portaria Polícia Fed. 358/2009 – Seg. Privada, Portaria Federal 10/2010 – SECEX SECRET. DE COM. EXTERIOR, Portaria Fed. 131/2009 – Secretaria de Inspeção do Trabalho, Circular Susep, Instrução Normativa 187/2008 – IBAMA e Resolução CO BACEN Instituições Financeiras – Suspensão do atendimento.

Assim, muito embora defensável a tese de que a Resolução nº 90135 de 23/03/2011, por ser um ato deslastreado de legislação autorizativa, estaria ferindo diretamente a Constituição Federal, por invadir competência de instituições com funções delimitadas na lei suprema, prefiro entender que há direta ilegalidade, por não cumprir o que determina a legislação penal e aspectos das legislações federal e estadual, e indireta inconstitucionalidade, por ferir a lei suprema.²²

Portanto, embora não exclua o controle concentrado, prefiro o controle difuso, através de mandado de segurança, para atalhar a aplicação da referida

Resolução, que pretende retirar dos delegados de polícia suas atribuições exclusivas, claramente definidas na Lei Suprema.

Lembro, finalmente, que, embora se trate de matéria de prova, poderá haver na referida resolução o ferimento do princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Lei Suprema, assim transcrito:

"Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)".

Ora, se a função da polícia militar é a de policiamento ostensivo, no momento em que invade funções atribuídas à polícia civil, está desviando sua atenção da questão maior que lhe cumpre, que é garantir a segurança.

Em outras palavras, para atender funções pertinentes à polícia civil, a corporação deverá destacar policiais para desempenhá-las reduzindo, em consequência os efetivos voltados ao desempenho de suas atribuições constitucionais que consistem no policiamento ostensivo.

Ora, em tese, destacar policiais militares para desempenhar funções próprias de delegados civis é, à evidência, reduzir o contingente para policiamento ostensivo, o que poderia macular o princípio da eficiência, principalmente num Estado em que a violência continua a se manter em índices elevados.²³

Ao concluir, pois, esta breve opinião legal, salvo melhor juízo, entendo ser absolutamente correta a exegese apresentada pelo ilustre presidente do Sindicato consulente.

A Resolução nº SSP 35/11 é diretamente ilegal e indiretamente inconstitucional, por criar competências não constantes de qualquer legislação sobre as funções de polícias judiciárias e por transbordar da competência que lhe é constitucionalmente atribuída, invadindo competências claramente destinadas às polícias civis, com exclusividade.

S.M.J.

São Paulo, 08 de Abril de 2011.

IGSM/mos P2011-004 SIND DOS DELEG DE POL DO EST DE SP

12. Leia-se a esclarecedora decisão do STF:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Polícia Civil. Carreira de Delegado. Ascensão funcional.

- Se a Constituição Federal, no § 4º do art. 144, estabelece que as polícias civis dos Estados serão dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, não será possível, inclusive para as Constituições Estaduais, estabelecer uma carreira única nas polícias civis, dentro da qual se incluam os delegados, ainda que escalonados em categorias ascendentes. O que a Constituição exige é a existência de carreira específica de Delegado de Polícia para que membro seu dirija a Polícia Civil, tendo em vista, evidentemente, a formação necessária para o desempenho dos cargos dessa carreira.

- A ascensão funcional não mais é admitida pelo inciso II do art. 37 da atual Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucional o § 1º do art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro” (STF. ADIn 245/RJ. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Decisão: 05/08/92, RTJ, v. 143-02, p. 391. Em. de Jurisp., v. 1.684-01, p. 27. DJ 1 de 13/11/92, p. 20.848.)” (A Constituição na visão dos Tribunais – Interpretação e julgados artigo por artigo, 1997, volume 2, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 976).

13. Wolgran Junqueira esclarece:

“As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, que deverão ser bacharéis em Ciências Jurídicas, têm a finalidade de proceder à apuração das infrações penais, exercendo os poderes de polícia judiciária.

Ressalvada, é claro, a competência da polícia federal” “Tem ela dupla função: a administrativa e a judiciária. Com a primeira ela garante a ordem pública e impede, ou tenta impedir, a prática de crimes. a atuação preventiva. E a segunda que é repressiva, atua após o crime, colhendo elementos que o elucidam e evita que desapareçam, para que mais tarde possa haver lugar a ação penal” (Comentários à Constituição de 1988, volume 2, 1ª. ed., Julex Livros, Campinas, 1989, p. 840).

14. Comentei-o:

“O certo é que, ao determinar o constituinte que as leis ordinárias e a Constituição Estadual subordinam-se aos princípios da Constituição Federal, declara-os subordinados a todos os princípios, inclusive àqueles em que a União interfere na ação dos Estados, por determinação da Lei Maior.

E o princípio de que a norma federal sobre a mesma matéria prevalece sobre a estadual, à evidência, cria de fato níveis de importância, que formalmente inexistiriam, se a teoria das esferas autônomas e não interpenetradas prevalecesse.

Têm, pois, os Estados e o Distrito Federal, uma autonomia legislativa relativa que não pode alterar os princípios constitucionais ou a lei complementar explicitadora subordinando-se a seus ditames” (Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo II, ob. cit. p. 90).

15. Maria Helena Diniz explicita:

“BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL. Direito processual penal. Termo da oitiva do indiciado que deve ser feito por autoridade policial assim que esta tome conhecimento da prática da infração penal e assinado por duas testemunhas que tenham ouvido sua leitura” (Dicionário Jurídico, volume 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 426).

16. Celso Bastos ensina:

“Assim, “independente” significa não subordinado, não sujeito. Significa ainda que se trata de órgão que tem condições de conduzir os seus objetivos de forma autônoma.

De outra parte, a harmonia se impõe pela necessidade de evitar que esses órgãos se desgarem, uma vez que a atividade última que perseguem, que é o bem público, só pode ser atingida pela conjugação de suas atuações.

Assim, quando o Executivo cumpre uma lei do Legislativo, ele não está a quebrar o princípio da separação de Poderes, mas simplesmente cumprindo a sua parte no mecanismo de funcionamento do Estado.” (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 484).

17. Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta-o:

“Zelar pela preservação de sua competência – Nada havia a este respeito no direito anterior. Todavia, era óbvio que todo titular de competência pode, e deve, zelar pela preservação de sua competência.

O texto em estudo tem o caráter de uma recomendação ao próprio Congresso Nacional, para que não tolere que outros Poderes, no fundo o Poder Executivo, usurpem a sua competência legislativa, de modo aberto ou disfarçado. Tem relação, portanto, com o previsto no inc. V deste mesmo artigo” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, p. 314).

18. O artigo 148 da Constituição Equatoriana está assim redigido:

“La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna” e o artigo 236 da Constituição Venezuelana:

“Art. 236 Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

.....
8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos com fuerza de ley.
9. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinárias.

.....
21. Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución.

.....”
e a Constituição da Bolívia, em seus artigos 182 e 183:

“Artículo 182 - I. La Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

.....
III. Los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos;

Art. 183. I. Las Magistradas y los Magistrados, no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Su periodo de mandato será de seis años.

II. Las Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y demás causales previstas en la ley”.

19. O artigo 102, inciso I, letra ‘a’ tem a seguinte dicção:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993);” (grifos meus).

20. Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8069/90 - Da Apuração de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente:

“Art. 173. Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts.

106, parágrafo único e 107, deverá:

I—(omissis...)

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

Art. 175. Em caso de não-liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Art. 176. Sendo o adolescente liberado, a autoridade policial encaminhará imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Art. 194. O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.

(omissis...)

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

LEI MARIA DA PENHA — VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI 11.340/2006 - CAPÍTULO III - DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

- ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
§ (omissis...)

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.
.....” (grifos meus).

21. No livro que escrevi com Gilmar Ferreira Mendes (Controle Concentrado de constitucionalidade, Ed. Saraiva, 3ª. ed., São Paulo, 2009) tal distinção entre constitucionalidade direta e indireta foi bem desenvolvida.

22. Gilmar Ferreira Mendes lembra que:

“6) Os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais, podem ser objeto do controle abstrato de normas, se configurado o seu caráter autônomo, não meramente ancilar” (grifos meus) (Controle Concentrado de Constitucionalidade, Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ob. cit. p. 190).

23. Hugo de Brito Machado ensina:

“A expressão constitucional do princípio da eficiência era objeto de divergências na doutrina e na jurisprudência, e talvez por isto a Emenda 19, de 1988, incluiu esse princípio no rol daqueles aos quais a Administração Pública deve obediência. Sobre o assunto registra Alexandre Moraes: “A EC 19/1988 acrescentou expressamente aos princípios constitucionais da Administração Pública o princípio da eficiência, findando com as discussões doutrinárias e com as jurisprudenciais sobre sua existência implícita na Constituição Federal e aplicabilidade integral”.

Não temos dúvida de que o princípio da eficiência estava implícito na Constituição, posto que o Estado é mantido pelos cidadãos como instrumento capaz de propiciar segurança e justiça, permitindo-lhes boa qualidade de vida. Na realização dos valores da sociedade, entre os quais se destacam a segurança e a justiça, o direito é o instrumento fundamental, e o Estado tem, portanto, o dever de preservá-lo, para o que se faz imprescindível a eficiência da Administração” (Pesquisas Tributárias – Nova Série 12, Princípio da eficiência em matéria tributária, coordenação de Ives Gandra Martins, Ed. Centro de Extensão Universitária/Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 52).

AS INCONSTITUCIONALIDADES DA NOVA LEI DO SALÁRIO MÍNIMO

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Supressão do debate político democrático acerca da valorização do salário mínimo

2.1. Fixação da política de valorização de longo prazo

2.2. Estimativa de índices de atualização pelo Poder Executivo

3. Instituição do salário mínimo por decreto executivo

4. Disciplina de matéria estranha ao seu objeto

5. Conclusões

6. Referências bibliográficas

Palavras-chave: direitos sociais; salário-mínimo; democracia; separação dos poderes; inconstitucionalidade.

MARINA FARACO SIQUEIRA E SILVA - Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre e doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Assessora Especial da Reitoria da PUC/SP. Professora de Direito Constitucional em cursos preparatórios e de pós-graduação lato sensu.

1. Introdução

São flagrantes as inconstitucionalidades da nova lei do salário mínimo, Lei Federal n.º 12.382, de 26 de fevereiro de 2011, cujos vícios vão muito além do arguido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.568/DF¹.

O cerne da demanda reside no seu Artigo 3º, caput e Parágrafo único, dispositivo que, com efeito, padece de absoluta incongruência com o vigente regime constitucional, na medida em que delega ao Poder Executivo a competência para, mediante decreto, estabelecer, a cada ano, o novo valor do salário mínimo, observados os índices fixados no seu Artigo 2º.

Mas não é só. Ao predeterminar, no referido Artigo 2º, a política de reajuste do salário mínimo a vigorar pelos próximos quatro anos – cuja implementação se dará por decreto executivo –, a Lei subtrai do Poder Legislativo o debate político em torno da valorização desse importante direito social, competência que lhe fora outorgada pelo Artigo 7º, IV, da Constituição Federal.

De igual forma, o §2º, in fine, do Artigo 2º da Lei, que outorga ao Poder Executivo a possibilidade de estimar os índices de reajuste a serem aplicados quando estes não forem divulgados pelos órgãos competentes, culmina em inconstitucional transferência de competências, maculando o postulado da separação dos poderes.

A norma ainda viola preceitos da Lei Complementar n.º 95/98 ao dispor, em seu Artigo 6º, sobre assunto estranho ao seu objeto central, revelando-se, nesse ponto, igualmente viciada. E sobre tais questões é que pretendemos nos debruçar no presente artigo.

2. Supressão do debate político democrático acerca da valorização do salário mínimo

O Artigo 2º da Lei² estabelece a política de valorização do salário mínimo a vigorar nos anos de 2012 a 2015, indicando como aplicáveis, em seus §§1º e 4º, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), para a preservação do seu poder aquisitivo, e a taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto (PIB), a título de

aumento real Embora constitua matéria estranha às nossas especialidades – mas não imune às nossas preocupações –, não podemos deixar inicialmente de mencionar a possibilidade de tais índices, fixados como vinculantes à atualização do salário mínimo, apresentarem-se, nos quatro anos em que vigente a Lei, economicamente inviáveis – para mais ou para menos.

O que estamos a questionar é o eventual abalamento da segurança econômica que a prefixação de tais índices pelos próximos quatro anos poderá acarretar diante de uma variação excessivamente alta ou baixa do INPC e da taxa de crescimento real do PIB.

Tais circunstâncias poderão ensejar a apuração de valores impraticáveis, para mais ou para menos, face à conjuntura econômica do país no ano em que aplicáveis, a qual não se pode antever com exatidão.

Sem falar na possibilidade de, na falta de divulgação do INPC pelo órgão competente, restar a cargo do Poder Executivo a estimativa dos índices aplicáveis, com eventual compensação, no ano seguinte, dos resíduos apurados, como preceituam os §§2º e 3º do Artigo 2º. Deixemos de lado, porém, tais questionamentos de ordem econômica, a melhor cargo de especialistas no assunto, para nos cingir às questões jurídicas que o dispositivo encerra.

1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de junho de 2011.

2. Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

§ 3º Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

§ 4º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I - em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

II - em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

III - em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV - em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real."

3. "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;"

4. Cf. Norberto Bobbio, Dicionário de Política, p. 326.

O problema de ordem constitucional que o referido Artigo 2º apresenta é, essencialmente, o de subtrair do Poder Legislativo a competência que lhe fora outorgada pela Constituição para discutir a política de valorização do salário mínimo.

E ele o faz em dois momentos: ao predeterminar as diretrizes de reajuste aplicáveis pelos próximos quatro anos – limitando a atuação do Legislativo no debate democrático que a matéria demanda – e ao remeter ao Executivo a estimativa dos índices aplicáveis para a preservação do poder aquisitivo, caso o INPC não seja divulgado em tempo hábil ao cálculo do reajuste anual.

2.1. Fixação da política de valorização de longo prazo

Ao preestabelecer a política de reajuste do salário mínimo a ser observada nos anos de 2012 a 2015, pelo Poder Executivo, a Lei implica a retirada da discussão da matéria da seara do Poder Legislativo, fórum adequado para tanto.

Isso significa não apenas a violação da regra inserta no Artigo 7º, IV, da Constituição Federal³, que atribui à lei a instituição desse direito social, como também do próprio princípio democrático, assim entendido como o “conjunto de regras de procedimento (...) para a formação das decisões políticas (ou seja, das decisões que abrangem a toda a comunidade).”⁴

E tais regras, ao impor que a decisão sobre o valor do salário mínimo seja veiculada em lei, exigem, via reflexa, que a sua definição seja precedida do debate democrático inerente ao processo legislativo que a Constituição requer.

Com isso, a Lei cerceia a atuação do Poder Legislativo em matéria que lhe fora originariamente outorgada pela Carta Constitucional, suprimindo, no período de 2012 a 2015, a discussão legislativa necessária à fixação do salário mínimo, processo sabidamente custoso do ponto de vista político, mas essencial ao cumprimento das finalidades constitucionais.

5. Cf. estabelece o Artigo 60, §4º, III, combinado com o Artigo 2º, ambos da Constituição Federal.

6. “Art. 3º Os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O decreto do Poder Executivo a que se refere o caput divulgará a cada ano os valores mensal, diário e horário do salário mínimo decorrentes do disposto neste artigo, correspondendo o valor diário a um trinta avos e o valor horário a um duzentos e vinte avos do valor mensal.”

7. Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 82.

8. Ibidem, p. 74.

2.2. Estimativa de índices de atualização pelo Poder Executivo

A remessa ao Poder Executivo da possibilidade de estimar os índices correspondentes ao INPC dos meses não divulgados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE igualmente subtrai da instância competente a discussão do assunto.

É que, sendo o Legislativo o Poder incumbido da definição do valor do salário mínimo e de seus reajustes, na ausência dos índices eleitos para a sua atualização, deve a questão ser deliberada pelo Congresso Nacional, tal como exige a Constituição, e não pelo Poder Executivo, unilateralmente.

Ora, reajustar o salário mínimo não é outra coisa senão definir, novamente, o seu valor, para o quê a Constituição exige a atividade legiferante do Estado, a cargo precípua do Poder Legislativo.

Claro está que o dispositivo em referência, ao perpetrar inconstitucional transferência de competências delineadas na Carta Constitucional, macula o princípio pétreo⁵ da separação dos poderes sob o qual está fundado o Estado Democrático Brasileiro.

3. Instituição do salário mínimo por decreto executivo

Preceitua o Artigo 3º, caput e Parágrafo único da Lei⁶ que os reajustes do salário mínimo serão estabelecidos em decreto do Poder Executivo, que definirá, a cada ano, seus valores mensal, diário e horário. Conquanto condicione a atualização anual dos valores aos índices e regramentos previstos no Artigo 2º, o dispositivo em referência apresenta-se claramente incompatível com o comando emergente do citado Artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que exige, como visto, que a fixação do salário mínimo se dê em lei.

Tal dispositivo constitucional veicula norma programática de eficácia limitada, na tradicional classificação de José Afonso da Silva⁷, que requer a elaboração de lei regulamentar para que possa produzir efeitos. Tendo, portanto, aplicabilidade dependente da edição de lei ordinária⁸, a norma

constitucional em referência determina que a política pública⁹ de valorização do salário mínimo seja implementada pelo Poder Legislativo, e não por decreto executivo.

Aliás, em se tratando da instituição de um direito social, somente a lei poderá fazê-lo, por constituir-se no único veículo apto à criação originária de direitos e obrigações¹⁰.

E o fato de a Lei contemplar em seu Artigo 2º os parâmetros para atualização do salário mínimo via decreto executivo não afasta a patente violação ao comando constitucional em questão, que só se satisfaz com a edição de uma lei.

É que, como afirmado, a atualização do salário mínimo implica a fixação de seu novo valor, atividade que a Constituição delegou à lei com exclusividade.

Tendo sido requerida pela própria Carta Fundamental para estabelecer o salário mínimo e a sua política de valorização, não pode a lei delegar tal atribuição a outra espécie normativa, quiçá a decreto executivo, cujo escopo é o de explicitar matéria já disciplinada em lei sem, com isso, trazer-lhe inovações.

Ao fazê-lo, a norma em questão padece do vício de incompetência material negativa a que alude Riccardo Guastini¹¹, na medida em que disciplina de forma incompleta matéria que lhe fora reservada pela Constituição, reenviando à fonte subordinada a sua regulamentação. Com efeito, ao incumbir a disciplina de tal direito social à lei, a Constituição excluiu, por conseguinte, a competência de qualquer outra fonte normativa para fazê-lo, como explica o jurista italiano¹².

7. Aplicabilidade das normas constitucionais, p. 82.

8. *Ibidem*, p. 74.

9. Segundo os ensinamentos de Fábio Konder Comparato (Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *passim*) e de Marcelo Figueiredo (O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral, *passim*), as políticas públicas constituem um conjunto heterogêneo de medidas, decisões, normas, atividades e atos voltados ao atendimento de um fim constitucionalmente determinado, incumbindo ao Poder Legislativo, precipua e originariamente, a sua formação. Ao Poder Executivo caberá, nesse processo, a adoção das atividades necessárias ao alcance dos objetivos delineados na norma posta pelo Legislativo e, ao Judiciário, fiscalizar a adequação da política pública implementada em face dos fins previstos na Constituição.

10. Conforme estabelece o Artigo 5º, II, da Constituição Federal: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

11. "La violación, por parte de la propia ley, de una norma que le reserva la regulación de una determinada materia provoca, en ella, un vicio que podemos denominar 'incompetencia material negativa'. Se recordará que una reserva de ley puede ser violada no sólo por una fuente distinta de la ley (especialmente un reglamento del ejecutivo) que pretenda regular la materia reservada a aquella, sino también por la ley misma. Esto sucede cada vez que la ley regula de forma incompleta la materia que le está reservada, delegando expresamente la regulación ulterior de la materia a una fuente distinta y subordinada, o em todo caso reenviando a una fuente distinta y subordinada." (Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, p. 336).

Ademais, o decreto executivo tem por função específica regulamentar a lei, sendo-lhe defeso introduzir inovações primárias no ordenamento jurídico, faculdade que é conferida exclusivamente à lei.

É exatamente o que se depreende do Artigo 84, IV, in fine, da Carta Constitucional, que atribui ao Presidente da República a competência para "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução."

Nem mesmo o denominado decreto autônomo – por meio do qual o Presidente pode dispor sobre certas matérias diretamente a partir do texto constitucional – figura como medida adequada para tanto, na medida em que o salário mínimo não se encontra incluído no rol taxativo do Artigo 84, VI, 'a' e 'b' da Constituição Federal.

Vê-se, portanto, que o dispositivo apresenta-se incompatível com o comando emergente do inciso IV do Artigo 7º da Carta de 1988, que requer a instituição do salário mínimo e de seus reajustes periódicos em lei.

4. Disciplina de matéria estranha ao seu objeto

A Lei Federal n.º 12.382/11 contempla, ainda, outro vício ao regulamentar em seu Artigo 6º¹³ matéria absolutamente dissociada de seu objeto central e a ele em nada relacionada.

Referido dispositivo acrescenta os §§ 1º a 5º ao Artigo 83 da Lei Federal n.º 9.430/96, que disciplina a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária, assunto

12. "En ambos casos, la ley tiene el efecto de atribuir competencia normativa a una fuente distinta de la ley (un reglamento del ejecutivo) en una materia que la constitución quiere que sea regulada sólo por la ley, y, en consecuencia, excluye de la competencia normativa a toda fuente que no sea la ley." (*Ibidem*, p. 336).

13. "Art. 6º O art. 83 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º:

'Art. 83.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.' (NR)"

14. Vide, a respeito, André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, p. 1281 a 1282.

completamente alheio à disciplina do salário mínimo, em patente oposição ao que preceitua a Lei Complementar n.º 95/98, in litteris:

“Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II – a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;”

Ao dispor sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, a Lei Complementar n.º 95/98 veicula regras procedimentais vinculantes à atividade legislativa e complementares às disposições constitucionais, nos termos do Parágrafo único do Artigo 59 da Constituição Federal.

De forma que o seu descumprimento enseja a caracterização de vício formal, maculando, também nesse ponto, a norma em análise, posto que antinômica em relação à referida Lei Complementar.

Embora controversa, na doutrina, a questão da hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária¹⁴, de se vislumbrar, no presente caso, a sua ocorrência.

Isso porque a Lei Complementar em referência disciplina a própria elaboração das leis – incluídas, aí, também as leis complementares – completando o regramento constitucional do processo legislativo.

Nessa medida, reclama obrigatória observância do legislador.

Eventual violação de suas regras, portanto, caracterizará a existência de autêntico vício de forma, tornando inválida a norma editada em sua inobservância.

É exatamente o que se dá, como visto, com a nova lei do salário mínimo, que incluiu em seu Artigo 6º disciplina estranha e em nada vinculada ao seu objeto.

5. Conclusões

A nova lei do salário mínimo contempla inconstitucionalidades por todo o seu texto, seja no que diz respeito à ilegítima transferência, ao Poder Executivo, da capacidade para estabelecer o seu valor, seja no que concerne à supressão de instâncias democráticas de discussão requeridas pela Constituição.

E o fato de o decreto executivo a que alude o seu Artigo 3º estar vinculado aos regramentos da própria Lei não afasta, em absoluto, a inconstitucional delegação de competências por ela perpetrada em desprestígio ao postulado da separação dos poderes.

Com efeito, a veiculação do novo valor do salário mínimo importa inovação jurídica primária que só a lei pode realizar.

Ademais, a Constituição exige que a fixação da política pública de valorização do salário mínimo se dê por meio de lei, desautorizando qualquer outra espécie normativa nesse mister.

Igualmente viciada no que concerne à regulamentação de matéria completamente alheia ao seu objeto, a nova lei do salário mínimo mostra-se inválida também do ponto de vista formal.

Tudo a justificar o julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.568/DF, depositando-se uma vez mais no Supremo Tribunal Federal a esperança em ver preservados os preceitos da Carta Constitucional brasileira.

6. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco.

Dicionário de Política. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *Revista de Informação Legislativa*, número 138, 1998, p. 39 a 48.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral.

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP, vol. 1, 2008

(Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/736/509>>)

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

O JUDICIÁRIO ENQUANTO ARENA DA OPOSIÇÃO POLÍTICA: A RELAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E A POLÍTICA, A PARTIR DE TATE E VALLINDER

SUMÁRIO

1. Apresentação do problema e contextualização do ensaio;
2. Judicialização da política: o duplo significado de Vallinder e Tate;
3. Um conceito de "Judicialização da Política", apesar dos problemas existentes em Tate e Vallinder;
4. Exemplos de "Judicialização da Política" no STF;
5. Referência Bibliográfica

Palavras-chave: Direito Constitucional; Judicialização da Política; Legitimidade Democrática

PEDRO BUCK - Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP; Doutorando em Direito do Estado pela USP. Coordenador da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC; Professor da Fundação Getulio Vargas – SP - GVLAW, nos módulos de Direito e Conjuntura e Jurisprudência Constitucional; Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC/SP; Professor de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado na American College of Brazilian Studies – AMBRA

1. Apresentação do problema e contextualização do ensaio

O exercício da atividade de revisão judicial (entre nós, controle de constitucionalidade¹) de atos normativos suscita, desde a sua inserção na realidade jurídica pela decisão *Marbury vs. Madison*, de 1803², uma diuturna tensão entre o Poder Judiciário e aqueles que se submetem à fiscalização que tal atividade proporciona, a saber, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, e que pode ser traduzida em uma tensão entre limites constitucionais e a regra da maioria.

A prerrogativa inicial desta função, qual seja, a de extirpar do ordenamento jurídico norma posta pelo Legislativo, apartou-se, desde sua gênese, da tradicional atividade desempenhada pelo judiciário. A execução da Lei, a cargo da magistratura, a um caso concreto, passou a compreender, sob a revisão judicial, a não-execução da Lei, uma vez constatada a sua desconformidade com a Constituição. A suposta natureza “não-judicial” da atividade em comento é bem representada na popular síntese de Kelsen de que o exercício do controle de constitucionalidade traduz uma função legislativa negativa (2003: 152).

No esteio destas considerações, pode-se afirmar que o controle judicial de constitucionalidade assumiu, desde seu nascimento, uma forte conotação política, entendida aqui como a prerrogativa de o órgão jurisdicional se imiscuir nas decisões dos denominados Poderes Políticos (Poder Executivo e Legislativo, que, dada a sua representatividade eleitoral, são responsáveis por delinear as regras que norteiam e nortearão a vida da Polis), na medida em que se tornou capaz de rejeitá-las, como se editasse uma lei com “o mesmo caráter de generalidade”, embora “com sinal negativo” (Kelsen, 2003: 152).

Não é, porém, esta a noção que se apõe, atualmente, ao controle judicial de constitucionalidade, quando se pretende atribuir ao Poder Judiciário a alcunha de órgão político. Tampouco é a referência acima expressada a que se tem em mente, quando há a menção a um denominado “processo de politização” desta seara dos Poderes ou Funções do Estado.

A referência – usualmente negativa (?) – à politização do Judiciário ultrapassa a mera menção ao já corriqueiro e aceito exercício do controle do poder político pelo Judiciário (cf. Hübner Mendes, 2008:22)³. Apresenta, portanto, algo conceitualmente novo e diverso do singelo controle judicial do poder político, em face da Constituição (idem, *ibidem*).

Qual, porém, seria o novo e mais preciso significado presente na afirmação de que há um processo de “politização do judiciário”? A resposta a esta pergunta é obscurecida pela abundância terminológica existente. A título ilustrativo, pode-se arrolar, aqui, as seguintes expressões, de maior frequência no léxico constitucional brasileiro: i) “judicialização da política”⁴; (ii) “politização do judiciário”; e (iii) “ativismo judicial”⁵.

A “riqueza” terminológica em questão se restringe, importa ressaltar, a um aspecto meramente quantitativo, eis que o descaso com uma maior precisão e diferenciação conceitual dos e entre os termos acaba por simplificar as múltiplas facetas da atuação jurisdicional no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, reunindo-as em um mesmo e singelo “composto homogêneo”, no qual se torna impossível, por exemplo, divisar a natureza da atuação jurisdicional em concreto⁶ ou diferenciar a boa atuação jurisdicional da má atuação jurisdicional.

Em termos mais extremos, a banalização dessa expressão ou expressões finda, inclusive, por tornar impossível até mesmo a diferenciação entre aqueles que defendem “esse tipo” de atuação (se é que estamos falando de um tipo de atuação) daqueles que lhe são contrários.

1. Para fins de cumprimento de um necessário rigor terminológico, empregarei, doravante, a expressão controle judicial de constitucionalidade, mais adequado ao léxico jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, mais preciso do que o termo controle de constitucionalidade.

2. Quanto a este ponto, talvez seja mais adequado fazer menção a uma “popularização” do controle judicial de constitucionalidade de atos estatais, dado que há indícios de sua operacionalização previamente ao caso em apreço. Para uma visão centrada na realidade estadunidense, pré-Convencção de Filadélfia, recomenda-se a leitura de “The Case of the Prisoners and The Origins of Judicial Review”, da lavra de William Michael Treanor, publicado no *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, 1994-1995.

3. As qualificações presentes nesta frase não estão presentes no autor citado.

4. Terminologia popularizada por obra Luiz Werneck Vianna, em sua obra coletiva *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*, e também empregada por Hübner Mendes (2008: 22).

5. Expressão que compõem o título da tese de livre docência, publicada posteriormente, de Elival da Silva Ramos. Este autor, importa ressaltar, emprega a expressão de forma abrangente (2010: 104-137).

6. Se “típica” do Poder Judiciário ou, ao contrário, supostamente ilegítima. Em outras palavras, se jurídica ou política.

O presente ensaio parte deste problema, refletido na seguinte pergunta, de tom mais genérico: quais os possíveis conceitos por detrás da expressão politização do Judiciário? Visa, porém, explorar as implicações práticas de uma expressão em especial, a saber, “judicialização da política”, a partir de significação proposta por Torbjörn Vallinder e C. Neal Tate.

2. Judicialização da política: o duplo significado de Vallinder e Tate

Em obra considerada clássica⁷, Torbjörn Vallinder, em seu “When the Courts Go Marching”, atribuiu dois significados à expressão “judicialização da política”: a) a transferência do processo de tomada de decisão da arena legislativa ou executiva⁸ para a arena judicial (1995: 13) e; (b) a ampliação dos métodos de decisão judicial e de sua dinâmica processual (noção de devido processo legal) para além da província judicial⁹. Para os restritos fins deste ensaio, voltado à atuação do Judiciário, enquanto Poder formal¹⁰, interessa-me a primeira significação atribuída, lastreada na transferência da deliberação política para a arena judicial.

Tem-se, então, sob a classificação em questão, que, em um primeiro passo conceitual, a judicialização da política significa a transferência, por parte do Executivo e do Legislativo, da deliberação política para as Cortes. Cumpre indagar, contudo, se esta transferência se refere a uma forma específica de transposição, eis que a deliberação política pode ser deslocada para o Judiciário em momentos distintos¹¹ e por atores diversos¹². Sem esta delimitação, a simples menção à transferência ao judiciário em nada contribuirá para o propósito de definir um significado mais rigoroso para o conceito de “judicialização da política”.

Frise-se que a conceituação acima mencionada, nada obstante a popularidade obtida, tampouco representou um importante avanço conceitual, ao menos não nas mãos de Vallinder, o qual empregou o conceito tepidamente. Exemplificativamente, mencione-se aqui sua abordagem à evolução do Judiciário na Suécia, na qual retrata a judicialização da política como o mero exercício de um controle judicial sobre os atos do Executivo e do Legislativo (1995: 21).

Esta mesma lassidão é percebida de maneira mais intensa em sua sucinta descrição acerca da atuação do Judiciário nos EUA (Lochner Era e Warren Court, 1995: 22)¹³. Coube a C. Neal Tate a tarefa de apresentar, complementarmente, elementos mais precisos para a definição de “judicialização da política”¹⁴, na medida em que buscou definir as principais condições que promoveriam um ambiente propício para o florescimento da “judicialização da política”, assim sintetizadas: (i) regime democrático¹⁵; (ii) arranjo político que preveja a separação de poderes; (iii) uma política de [proteção a] direitos¹⁶; (iv) a utilização das Cortes por grupos de interesse; (v) a utilização das Cortes pela oposição [Política]; (vi) existência de instituições majoritárias fracas; (vii) maior deferência – moral – ao judiciário em relação aos demais Poderes e; (viii) delegação (consciente), por parte das instituições majoritárias, da capacidade de decisão política.

Ademais destas condições, o autor colacionou outras duas, centradas na própria atitude do Judiciário, em face das oito premissas acima aventadas: (a) a decisão de o Juiz em participar do processo de elaboração de políticas e; (b) a substituição pelo julgador da solução política escolhida pelos demais poderes por outra que considera a mais adequada (1995:33)¹⁷. O autor denomina este comportamento positivo, por parte do Judiciário, como uma conduta de “ativismo judicial”, enquanto a sua negação como de “restrição judicial”.

7. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

8. O autor emprega outra expressão, voltada à sua realidade institucional: Gabinete. Torbjörn Vallinder é Professor-Associado da Cadeira de Ciência Política da Universidade de Lund, na Suécia.

9. Por exemplo, o estabelecimento de “Tribunais” dentro da estrutura da Administração Pública ou do Poder Legislativo (CPI), havendo sua vinculação aos métodos e premissas norteadoras do processo judicial. O autor ilustra esta hipótese, também denominada como “judicialization from within”, com a Lei de Processo Administrativo dos EUA (APA).

Regionalmente, podemos citar como exemplos desse processo, mas com origem judicial, (i) a sujeição do Tribunal de Contas ao Devido Processo Legal, refletida no texto da Súmula Vinculante n. 3; (ii) bem como a vinculação do processo de julgamento de impeachment às diretrizes do Due Process of Law (vide, nesse sentido, MS n. 21.623-9/DF, Min. rel. Carlos Velloso, j. em 17/12/1992, referente ao processo de impeachment de Fernando Collor de Mello).

10. Em outras palavras, à atuação daqueles órgãos reconhecidos pelo Direito – no caso brasileiro, pelo art. 92, da CB – como integrantes do Poder Judiciário, e não àqueles órgãos que exercem função materialmente jurisdicional ou para-judicial.

11. Para ilustrar, poder-se-ia tentar dividir a transferência para o judiciário de meras proposições normativas ou de questões que ainda não foram resolvidas, em deliberação política, e, por conseguinte, formalizadas em texto legal daquela transferência que compreende o controle de questões já formalizadas em texto normativo e que já teriam passado pela arena política.

12. Em outras palavras, se o transferência decorre da atuação de indivíduos afetados por determinadas políticas implementadas pelo Governo ou da impugnação realizada por atores políticos que restaram vencidos – ou restarão vencidos - na arena política.

13. Aqui, o autor faz referência a dois momentos distintos, um mais conservador (Corte sob a denominada era Lochner), e outro mais liberal (Warren Court), da história judicial norte-americana, sem, contudo, diferenciá-las. Não há qualquer qualificação que vise a classificar um momento como mais “politicamente judicializado” do que o outro, embora reconheça o autor que a Warren Court tenha “aumentado” a reputação da Corte e do controle judicial de constitucionalidade nos EUA.

Em outras palavras, o conceito empregado, em termos gerais, por Vallinder não parece ter como referência uma dada natureza da atuação judicial (se mais “social” ou “liberal”), mas apenas a existência ou ausência de um controle judicial (um aspecto formal).

Nessa ordem de considerações, concluirá Tate que a judicialização da política ocorrerá quando, presentes algumas das oito condições conjunturais acima e as duas comportamentais por último referidas, uma dada opção política, adotada pelos atores políticos, for substituída por aquela preferida pelo próprio julgador (1995: 34-35).

3. Um conceito de "Judicialização da Política", apesar dos problemas existentes em Tate e Vallinder

A leitura de ambos os trabalhos revela alguns problemas terminológicos importantes. Enquanto Vallinder emprega conceito tépido, que equipara o simples controle judicial de constitucionalidade à "judicialização da política", Tate, em sua tarefa pormenorizadora, finda por vincular a judicialização da política a um resultado predeterminado, qual seja, a substituição de uma política definida pelo Executivo ou Legislativo por uma política da preferência do próprio julgador.

Em síntese, mesmo em contextos em que tenha havido a utilização da Corte, pela oposição política, com vistas a dificultar a efetivação de uma dada política defendida pelo partido contrário, ou a delegação, por parte dos atores políticos, do ônus decisório ao Judiciário, e que estas situações tenham sido acompanhadas pelo aceite deste em participar do processo de tomada de decisão, ainda assim não será possível

afirmar que dado sistema submete-se a um processo de "judicialização da política", uma vez que o Judiciário não "substituiu" uma política por outra.

Em defesa dos autores, tem-se que o próprio Tate reconhece que suas conclusões propostas encerram uma super-simplificação (1995: 36). Nesse sentido, pode-se dizer que o grande êxito que os autores lograram alcançar reside na apresentação de critérios mínimos que possam auxiliar na identificação de um processo de

judicialização da política, os quais, aliás, podem ser empregados para construir um significado mais definido para a expressão em apreço. É o que segue. Conforme visto, Vallinder apresenta como um dos significados possíveis da judicialização da política a transferência do processo de tomada de decisão da arena legislativa ou executiva para a arena judicial (1995: 13).

Tate, por sua vez, ao fixar as condições para tal transição, apresenta como premissas centrais¹⁸ as seguintes: (iii) uma política de [proteção a] direitos; (iv) a utilização das Cortes por grupos de interesse; (v) a utilização das Cortes pela oposição [Política]; (vi) existência de instituições majoritárias fracas e; (viii) delegação (consciente), por parte das instituições majoritárias, da capacidade de decisão.

Destas condições, podemos "extirpar" os itens (iii), (iv) e (vi) como fatores responsáveis por ensejar o fenômeno da judicialização da política. Em relação ao tópico (iii), nada obstante o fato de Tate atribuir especial ênfase à política de proteção de direitos (1995: 29-30), tal incide na mesma circunstância que flexibilizou a relevância das condições referentes ao regime democrático, organizado de acordo com uma estrutura de separação de poderes¹⁹. Dificilmente haverá Estado constitucional sem uma Política de Direitos, ainda que careça de uma carta normativa que a formalize, como o próprio autor reconhece (1995: 28).

Este vício afetar, igualmente, o critério da utilização da Corte por grupos de interesse, os quais camuflariam seus interesses particulares como direitos.²⁰ Já no que se refere à existência de instituições majoritárias fracas, tal, na verdade, representa uma superlativização da utilização da Corte pela oposição política, uma vez que, em um contexto de "ultrapresidencialismo"²¹, há um número maior de partidos oposicionistas. Em outras palavras, o item (v) pode absorver plenamente o item (vi), que se torna irrelevante.

19. Vide nota supra.

14. "Why the Expansion of Judicial Power?". In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

15. Enquanto regime pautado na regra da maioria e na responsabilização popular (1995)

16. Que podem estar formalizados em uma Carta de Direitos, embora tal fator – a formalização – não seja elementar.

17. O autor deixa implícito que a opção pela substituição ou não da política, pelo julgador, dependerá de seu posicionamento ideológico e a adequação daquela a este (1995: 33-36).

18. Releva o regime democrático e a separação de poderes, uma vez que, embora reconheça a importância de ambos, sustenta que os mesmos não são uma condição suficiente para ensejar a judicialização da política (1995:28). Acrescento uma crítica óbvia: a democracia e a separação de poderes são tão importantes quanto a própria existência de seres racionais, de um Estado organizado e de uma noção de Direito. Similarmente, poderíamos equiparar a adoção dessas duas condições a um manual de sucesso profissional que arrola como condição para o êxito profissional a necessidade de o leitor estar vivo. Ora, na ausência de democracia, não há nem mesmo Judiciário independente. Sem esta, aliás, não há que se falar em contraposição entre Judiciário e os demais Poderes.

Como conclusão, teríamos como fatores a serem analisados (v) a utilização da Corte pelos partidos da oposição e (viii) a delegação (consciente), por parte das instituições majoritárias, da capacidade de decisão. Ambos os casos envolvem (a) a presença de agentes políticos e; (b) a opção por abandonar a arena política, em prol da judicial.

Nesse sentido, a judicialização da política implicaria a opção de agentes políticos por empregar, naturalmente, a arena judicial para resolver situações que poderiam ser, de outra maneira, resolvidas na própria arena política. Traduz, portanto, um processo consciente de abandono da arena política e dos ônus dela decorrentes pela arena judicial, que envolve a transferência, igualmente, da responsabilidade pela própria decisão política a ser tomada.

Ademais, ter-se-ia como elemento integrante do conceito de judicialização da política a manifestação positiva, por parte do Judiciário, em tornar-se parte do processo de definição de políticas.

Sinteticamente, tem-se que a judicialização da política afigura-se como um ato complexo, que depende de duas condições: (1) a manifestação da vontade positiva do órgão político em transferir o processo de tomada de decisão da arena legislativa ou executiva para a arena judicial e; (2) a manifestação positiva do ente jurisdicional em participar do processo de tomada de decisão política.

Pode-se conceituar, assim, a judicialização da política como o fenômeno que compreende a delegação consciente, por parte dos agentes políticos, do processo de tomada de decisão política ao Poder Judiciário, que finda por aceitar a delegação e passa a integrar, de maneira ativa, o processo político de tomada de decisão.

4. Exemplos de "Judicialização da Política" no STF

Ilustrativamente, é possível identificar alguns julgados que traduzem o fenômeno de judicialização da política, nos termos acima esboçados. Empregarei apenas dois casos: o MS n. 26.603-1/DF e o MS n. 27.931/DF, ambos relatados pelo Min. Celso de Mello.

20. É difícil estabelecer uma separação pura entre Direito e Interesse, uma vez que quase todo Direito finda por encampar, de certa maneira, o interesse de um certo grupo. A insularização da liberdade de expressão na Constituição dos EUA, por exemplo, adveio do interesse dos protestantes não serem, eventualmente, perseguidos por católicos (vide, nesse sentido, BUCK, 2007: 229).

O primeiro envolveu o julgamento de Mandado de Segurança proposto por Partido Político integrante do Congresso Nacional contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que havia rejeitado pedido administrativo deste mesmo Partido pela declaração da vacância dos mandatos dos parlamentares transfuguistas.²²

O segundo, por sua vez, compreende²³ Mandado de Segurança impetrado igualmente contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, que havia acatado interpretação sugerida, perante o Plenário, ao art. 62, §6º, segundo a qual o sobrestamento do regime de urgência em processo de conversão de medida provisória em lei se aplicaria apenas a projetos de lei ordinária.

Ambos os casos têm em comum o fato de (i) o impetrante ser Partido Político (ou membro deste) que se situa na oposição ao Governo (DEM ou PSDB)²⁴; (ii) o ato questionado ainda estar sujeito ao jogo político²⁵ e; (iii) haver manifestação explícita do STF pelo cabimento da ação²⁶.

Para além destes pontos em comum, pode-se citar que as decisões proferidas nos dois casos suscitaram polêmica pela sua natureza "criativa"²⁷.

21. O modelo ultrapresidencialista se caracteriza pela alta concentração de poder de governo nas mãos do executivo e, ao mesmo tempo, pela presença de uma alta dispersão política, decorrente da impossibilidade, no sistema brasileiro, da formação de bancadas unipartidárias no legislativo (cf. Régis de Castro Andrade, 1991: 9-12).

22. Em síntese, os parlamentares que haviam trocado a legenda do impetrante por outra.

23. Tempo verbal adequado, uma vez que não há decisão judicial final.

24. O MS n. 27.931-1/DF foi impetrado pelos líderes do DEM, Ronaldo Caiado, e do PSDB, José Aníbal. O MS n. 26.603-1/DF foi impetrado pelo PSDB.

25. A questão que figurava como pano de fundo do MS n. 26.603-1/DF, referente à perda de mandato por infidelidade partidária, poderia ter sido resolvido por meio da apresentação de PEC nesse sentido ou, ainda, pela inclusão de dispositivo no Regimento Interno da Câmara dos Deputados que proscrisse, claramente, o transfuguismo, sancionando-o com a perda do mandato. Já o MS n. 27.931-1/DF envolvia decisão administrativa interna da Câmara dos Deputados.

26. Ambos os casos lidaram com antiga tese jurídica de que questões políticas (nos casos, atos interna corporis) não estão sujeitas à sindicabilidade judicial. Nesse sentido, podemos verificar o julgamento proferido no MS-MC n. 27.931-1/DF: "Tenho para mim, em juízo de sumária cognição, que a presente causa revela-se suscetível de conhecimento por esta Suprema Corte, em face da existência, na espécie, de litígio constitucional – instaurado entre os ora impetrantes, em sua condição de membros do Congresso Nacional, e o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados – referente à interpretação do §6º do art. 62 da Constituição Federal, acrescido pela EC n. 32/2001.

"Esse particular aspecto da controvérsia afasta o caráter "interna corporis" do procedimento em questão, legitimando-se, desse modo, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o exercício, por esta Suprema Corte, da jurisdição que lhe é inerente, em razão da natureza jurídico-constitucional do litígio em causa" (Min. Celso de Mello, j. em 27/03/2009).

Já no âmbito do MS n. 26.603-1/DF, a sindicabilidade da matéria foi assim afirmada: "Entendo, Senhora Presidente, que o postulado da reserva de estatuto – que objetiva preservar a autonomia partidária em face de indevidas interferências do aparelho estatal – não impede nem se qualifica como obstáculo ao exercício do direito à jurisdição, se e quando configurada situação de desrespeito, atual ou iminente, a direitos ou a situações jurídicas daqueles que os titularizaram." (Min. Celso de Mello, j. em 04/10/2007).

27. No MS n. 27.931-1/DF, a natureza "criativa" reside na interpretação do termo "todas"; constante do art. 62, §6º, da CB, de forma restrita, como se compreendesse apenas os projetos de lei ordinária. Já no MS n. 26.603-1/DF, a criação estaria presente na inserção de mais uma hipótese de perda de mandato ao art. 55, da CB.

Em outras palavras, houve manifestação positiva de agente político pela transferência do processo de tomada de decisão ao Poder Judiciário (seja sobre os efeitos da infidelidade partidária, seja sobre a legitimidade da interpretação atribuída ao regime de urgência em sede de conversão em lei de medida provisória), bem como a aquiescência deste último em participar da tomada de decisão política (seja quanto a um aspecto da tão propalada reforma política, seja quanto ao sensível tema das medidas provisórias, que envolve, via de regra, uma tensão entre Executivo e Legislativo), o que caracterizaria os casos como exemplos claros de "judicialização da política", nos termos conceituais apresentados acima.

Eventual análise empírica poderá comprovar que há, entre o Poder Judiciário e os Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), uma tendência clara pela "judicialização da política", em termos de delegação do processo político de tomada de decisão ao Judiciário pelos próprios Agentes Políticos.

Em termos finais, esta análise poderá revelar um maior ou menor grau, nas hipóteses de judicialização da política, de predisposição, por parte do Judiciário, em substituir decisões políticas tomadas pelos outros órgãos por decisões próprias.

Referência Bibliográfica:

ANDRADE, Régis de Castro. "Presidencialismo e Reforma Institucional no Brasil". In. Lua Nova, n. 24, Setembro de 1991, São Paulo: Marco Zero, bibliografia: pg. 5-26.

BUCK, Pedro. "Manifestação do pensamento (liberdade de)". In. DIMITRI DIMOULIS (coord. geral). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010.

TATE, C. Neal. "Why the Expansion of Judicial Power?". In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

TREANOR, William Michael. "The Case of the Prisoners and The Origins of Judicial Review". In. University of Pennsylvania Law Review, vol. 143, 1994-1995.

VALLINDER, Torbjörn. "When the Courts Go Marching In". In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power.

New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luís Werneck; et al. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

NÓS, OS LEGITIMADOS INDIRETOS, E A DENÚNCIA POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

SUMÁRIO

Introdução

1.PROBLEMATIZAÇÃO

2.NOTAS DISTINTIVAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

3.PODER DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

4.INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA

5.GARANTIA CONSTITUCIONAL INDIVIDUAL DA DENÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Referências bibliográficas

RENATO GUGLIANO HERANI - Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor assistente do Programa de Pós-graduação Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e docente integrante do Programa de Pós-graduação Lato Sensu da Escola Superior de Advocacia. Advogado.

Introdução

Um de nós, do povo, consternado com uma lei produzida pela Câmara Municipal de Colina, interior de São Paulo, decide reagir. Elabora um arrazoado endereçado ao Procurador-Geral da República, no qual relata, em linguagem popular, situações sociais negativas (fatos) que sinalizam, ao operador do direito, problemas de validade da referida lei, tudo a indicar violação a certo preceito fundamental; no final, pede providências, depois de desfechar com a afirmação: a Constituição Brasileira não permite a criação de uma lei com tal conteúdo. Intitula o documento como Denúncia Popular de Inconstitucionalidade, e o protocola na Procuradoria-Geral da República.

Esse ensaio pretende explorar, numa perspectiva dogmático-constitucional, o significado desse desprezioso, para alguns até surreal, ato isolado de um cidadão brasileiro.

O percurso de análise, é necessário dizê-lo, tem a finalidade de estabelecer e resolver a indagação: o ato do cidadão concretiza algum direito fundamental, por isso, é capaz de gerar efeitos jurídicos? Tendo como fio condutor essa indagação, o estudo que se segue está estruturado da seguinte forma: o item (1) é dedicado à contextualização jurídico-problemática do caso concreto; no item (2), serão trabalhadas as notas distintivas da Justiça Constitucional como condição prévia para a definição do status jurídico-constitucional do ato popular de denúncia de uma inconstitucionalidade legislativa; no item (3), trabalho a explicitação significativa do poder de controle de constitucionalidade das leis a partir da qual será possível analisar no item (4) o fundamento constitucional para um direito fundamental à jurisdição constitucional concentrada; o item (5) parte da conclusão do item anterior de negativa de um direito fundamental à jurisdição constitucional concentrada para identificar outro fundamento constitucional capaz de reconhecer a denúncia popular de inconstitucionalidade como um ato jurídico, logo, apto para gerar efeitos jurídicos. O objetivo final será alcançado com a resposta ao problema proposto que pretende ser um sentido constitucionalmente aceito.

1. Problematização

No fundo, a questão central a ser enfrentada nesse estudo é a denúncia popular (*notitia popularis*) de inconstitucionalidade legislativa como um instituto jurídico-constitucional. Como tal denomino o ato com que alguém do povo dá conhecimento a um dos legitimados diretos para ajuizamento de ação judicial em controle concentrado de constitucionalidade de um fato de produção de lei inconstitucional. Tem a finalidade específica de provocar a perseguição (*persecutione*) da inconstitucionalidade legislativa e, portanto, de ocasionar a instauração de procedimento administrativo investigativo para verificar a procedência da denúncia, em vista de eventual ajuizamento de ação direta, caso confirmada pelo legitimado direto a inconstitucionalidade denunciada.

O cerne do estudo está em refletir (a) se tal ato é juridicamente válido e, em sendo, (b) se está fundado num direito fundamental de livre acesso à Justiça Constitucional ou num autônomo direito de promover a cognição aos legitimados diretos de um caso de inconstitucionalidade legislativa.

De antemão, a resposta positiva ao fundamento de um direito fundamental ao acesso à Justiça Constitucional irrestritamente conduziria, em última consequência, ao reconhecimento a todo cidadão de um direito público-subjetivo de acionar a Justiça Constitucional pela via concentrada, para instá-la a proferir decisão de mérito sobre o conflito internormativo constitucional abstrato. A se confirmar isso, inevitavelmente, haveria que reconhecer a extensão dos legitimados para as ações em controle concentrado de constitucionalidade, para além do rol do artigo 103 da CF/88. E a denúncia não teria o menor efeito, já que qualquer do povo teria legitimidade para provocar a pronúncia judicial de mérito em controle concentrado, com o ajuizamento das respectivas ações. Isso porque nada mais seria do que o exercício de um direito fundamental de livre acesso à Justiça Constitucional pela via concentrada. Ou, se não pudesse interpor as ações, ao menos teria o direito de denunciar a inconstitucionalidade, e o legitimado direto não poderia se furtar ao ajuizamento da ação.

De pronto, intuo nada digerível tal linha de pensamento, de modo que a rejeição ao fundamento em suposto direito fundamental de acesso à jurisdição constitucional concentrada deixa em aberto o problema do fundamento jurídico-constitucional do ato popular de denúncia de inconstitucionalidade de uma lei. Seria um ato capaz de gerar efeitos jurídicos? Essa indagação coloca o problema em dois caminhos possíveis. Ou o particular não pode denunciar uma inconstitucionalidade, o que levaria à ausência de efeito ou eficácia a tal ato e não vincularia funcionalmente o Procurador-Geral da República, logo poderia, simplesmente, desconsiderar a denúncia ou sequer recebê-la. Ou há fundamento constitucional a amparar a denúncia popular de inconstitucionalidade das leis, o que pode determinar uma específica atuação funcional da autoridade ao recebê-la, e seria constitucionalmente inaceitável a desconsideração imotivada e injustificada, ainda que não se fale na obrigatoriedade de ajuizamento da respectiva ação.

O pano de fundo do debate proposto está em suscitar menos o ímpeto de defesa do direito ao livre acesso de qualquer do povo à jurisdição constitucional concentrada, e mais o de desvendar o fundamento jurídico do ato popular e assim questionar pela vinculação funcional dos legitimados diretos, aqui o Procurador-Geral da República, diante dos casos de denúncia popular de inconstitucionalidade, tudo a culminar na indagação sobre a condição do cidadão de um legitimado indireto no controle concentrado de constitucionalidade.

Não se inicia tal reflexão sem antes melhor definir os limites significativos da Justiça Constitucional.

2. Notas distintivas da Justiça Constitucional

Traçar notas gerais distintivas do que se entende por Justiça Constitucional é condição prévia para a definição do status jurídico-constitucional da denúncia popular de inconstitucionalidade. Justiça Constitucional é uma expressão sem uniformidade significativa na doutrina constitucional comparada. Ora o termo não tem uniformidade de significado, ora rivaliza com outros o mesmo significado, com mais frequência: "controle de constitucionalidade" ou "jurisdição constitucional" (Cf. TAVARES, 2005, p. 142; BELAUNDE, 1998, p. 7; CAPPELLETTI, 1999, p. 23).

Apesar disso, algo parece inquestionável e intui ser o ponto essencial da não-identidade dos termos: a Justiça Constitucional extrapola a idéia original de expressão sinônima de poder de controle judicial de constitucionalidade.

Pensar diferente implica uma visão estreita da Justiça Constitucional a passar ao largo de outros problemas a ela intrinsecamente inerentes. A Justiça Constitucional é referida a objeto mais amplo do que ao controle de constitucionalidade e à jurisdição constitucional. É um termo atrelado à fisiologia da estrutura e organização do poder tendente a garantir a supremacia da Constituição (TAVARES, 2005, p. 148). Amplo o suficiente para, nele, também abarcar, como um aspecto particular, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: expressão que já abrange o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional.

A designação da Justiça Constitucional pode sofrer uma ampliação ou restrição quando o debate estiver na exigência do monopólio e exclusividade de seu exercício a um único órgão central – o Tribunal Constitucional. Como tal, é autônomo dos demais poderes, inclusive do Judiciário, e tem a função de servir ao controle da constitucionalidade. Ou seja, se inexistente tal órgão, não se exercita a Justiça Constitucional. Em últimas palavras, só é dado como Tribunal Constitucional se, exclusiva e autonomamente, opera a Justiça Constitucional.

Perspectiva essa ainda enraizada na teoria de Hans Kelsen sobre "um órgão com exclusividade e monopólio no exercício do controle de constitucionalidade" (TAVARES, 2005, p. 158). A se seguir fielmente por tal clássico caminho, impõe-se a concepção restrita de Justiça Constitucional e de suas categorias (Tribunal, funções, jurisdição, processo decisório e etc.). Como isso, só estaria presente nos países dotados de um Tribunal Constitucional, desvinculado dos demais poderes, e de um controle constitucional autônomo, operado pelo processo constitucional objetivo (Cf. HERANI, 2010, p. 209-228). A visão restrita da Justiça Constitucional conduziria, inevitavelmente, à negativa de seu exercício pela Suprema Corte, por exemplo, a americana, na medida em que não é dotada de um critério modal (Cf. CAPPELLETTI, 1999, p. 101) de

autonomia e exclusividade para o controle da constitucionalidade. Como também tal negativa pesaria sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil, porque, apesar de ter o monopólio do critério modal autônomo, não tem a exclusividade no controle da constitucionalidade. No entanto, é inquestionável, ambos os tribunais exercitam a Justiça Constitucional (Cf. TAVARES, 2005, p. 157), a despeito de não serem genuinamente Tribunais Constitucionais.

Hoje, a afirmação de um Estado de Direito pressupõe uma Justiça estruturalmente especializada na defesa da supremacia constitucional, ainda que desprendida da idéia de um Tribunal autônomo e exclusivo:

[...] la "justicia constitucional" ha venido a incluir tanto los supuestos de ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces ordinarios, como aquellos casos en los que dicha función (algunas veces junto a otras dotadas de un alcance político-cultural similar) se ha confiado a jueces instituidos ad hoc, por regla general denominados "tribunal constitucional" (PIZZORUSSO, 2006, p. 237-260).

O Brasil – ainda que não dotado de um clássico Tribunal Constitucional – pratica a Justiça Constitucional, se admitida em seu sentido amplo, e o Supremo Tribunal Federal poderia ser visto como um Tribunal Constitucional sui generis (Cf HERANI, 2010, p. 209-228).

No entanto, não se pode admitir tamanha latitude a ponto de integrar à Justiça Constitucional todos os magistrados e tribunais que, em alguma medida, exercitam o controle de constitucionalidade (pela via difusa), sob pena de perder o grau de distinção entre a Justiça ordinária e a Justiça constitucional. Mesmo na amplitude, se o propósito é a delimitação teórica da Justiça Constitucional, o mínimo de restrição é desejável (Cf. TAVARES, 2005, p. 157).

Assim, a Justiça Constitucional tem uso identificado, neste estudo, para designar apenas a Justiça desenvolvida no Supremo Tribunal Federal e ainda assim restritivamente como realização do

exercício da competência de decidir as questões de controle jurisdicional amplo de constitucionalidade. O acesso a tal Justiça se dá pela via difusa ou concentrada.

O problema aqui está em definir se o acesso à Justiça (Constitucional pela via concentrada) é ou não um direito fundamental a validar o ato de denúncia popular da inconstitucionalidade.

3. Poder de controle da constitucionalidade das leis

Todos os aspectos próprios da Justiça Constitucional convergem, a reduzi-la a uma unidade pelo menos sob o aspecto funcional, na "função de tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional" (CAPPELLETTI, 1999, p. 25). O desempenho dessa indispensável função pressupõe instrumentos de garantia do cumprimento e efetividade das normas constitucionais. São instrumentos destinados à função nuclear da Justiça Constitucional: a forma jurídica com que são concebidos e operados não preconiza outro fim que não a garantia e defesa da Constituição. Por isso, num sentido amplo, a doutrina constitucional contemporânea abarca na expressão Justiça Constitucional todo esse complexo de meios, dentre instrumentos e atividades comprometidos com a concretização da supremacia constitucional.

Nesse contexto, está o controle de constitucionalidade, que, desde um ângulo rigorosamente jurídico, também pode ser observado sob um sentido (a) amplo e (b) restrito (Cf. FIX-ZAMUDIO, 1968, p. 13-4). Numa perspectiva ampla, o controle de constitucionalidade refere-se à garantia de estabilização da Constituição com o fim de perpetuar na condição de norma suprema com função de inicialidade fundante de dado ordenamento jurídico (Cf. VERGOTTINI, 2004, p. 187), de modo que este fixa a competência e o mecanismo de defesa da Constituição. A noção ampla apresenta o controle de constitucionalidade como meio de garantir que todos os atos estatais, dentre eles o produto legislativo, e os particulares se mantenham compatíveis com as prescrições constitucionais, ou seja, que se conservem em

relação de constitucionalidade. Esse sentido amplo traz a idéia de “todo el conjunto de medios que se utilizan para lograr, tanto el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como la imposición coactiva de los mandatos fundamentales” (FIX-ZAMUDIO, 1968, p. 14); em outras palavras, meios que atendam à exigência de “autoconservación de todo ordenamiento” (VERGOTTINI, 2004, p. 188), cuja invocação e efetivação concretizam o direito geral à constitucionalidade.

Em uma perspectiva restrita, o controle de constitucionalidade é visto como a garantia de defesa da Constituição em que há [...] el reconocimiento, a un órgano o a un sistema de órganos, de la competencia para verificar si los actos de los otros órganos están o no conformes a la Constitución, con la posibilidad de adoptar eventuales medidas que restablezcan la legalidad constitucional (VERGOTTINI, 2004, p. 194).

É uma forma particular de controle servido por instrumentos jurídico-processuais, porque desenvolvidos por um método jurídico-processual. A competência da atividade de controle é confiada a um único órgão – o Tribunal Constitucional – ou a um órgão integrante da estrutura judiciária em que realiza o papel desse último tribunal, aqui, o Supremo Tribunal Federal. Eis a aproximação do controle da Constituição à idéia tradicional de jurisdição, enquanto [...] a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva (CHIOVENDA, 1998, p. 8).

A jurisdição é, ao mesmo tempo, “poder, função e atividade” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1994, p. 127); tem-se em sua atividade “o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete” (Idem). Com efeito, a jurisdição constitucional – enquanto função soberana do Estado constitucional – conserva a idéia tradicional de atividade desenvolvida na forma de processo. Como tal, é estruturado por um rito judicial com vistas a uma decisão (constitucional) (Cf. TAVARES, 2005, p. 144).

Com efeito, a jurisdição constitucional implica aspecto ainda mais restrito da Justiça Constitucional, para localizar estritamente a função estatal de equacionar as questões (constitucionais) mais propriamente processuais em que preconiza, com vistas sempre na garantia Constitucional, a “idéia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional” (TAVARES, 2005, p. 146), e remonta à idéia clássica de fiscalização dos atos estatais, especialmente dos atos normativos.

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional atua no desempenho de uma função orgânica (Cf. CAPPELLETTI e FIX-ZAMUDIO). Constitui-se por atribuições e instrumentos processuais de controle judicial da constitucionalidade das leis que se desenvolvem especialmente na via concentrada de constitucionalidade. É na jurisdição orgânica que se resolve não só os problemas inerentes à produção de leis violadoras dos direitos fundamentais, como também o conflito entre diversos órgãos do poder e entes federativos. A finalidade primeira dessa jurisdição é a de garantir “o respeito do arquétipo jurídico em termos de hierarquia e competência” (TAVARES, 2005, p. 253). O que está em evidência, pois, não é o restabelecimento de um ou outro direito fundamental, mas a manutenção da estrutura do sistema jurídico-constitucional, ou seja, do postulado da unidade do sistema e assim do princípio da supremacia constitucional, sem o qual nenhum direito fundamental se realiza ou tem eficácia.

Os instrumentos que conformam esta categoria de jurisdição acham-se presentes no sistema jurídico-constitucional brasileiro e se apresentam como: ação direta de inconstitucionalidade, comissiva e omissiva (art. 103 da CF/88); arguição de descumprimento de preceito fundamental (§1º do art. 102 da CF/88); ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da CF/88) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (inciso III do art. 36 da CF/88).

Os legitimados diretos integram a Justiça Constitucional. O “constituente brasileiro de 1988 optou por um modelo de ampla legitimação para a deflagração do controle de constitucionalidade” (MARTINS; MENDES; 2009, p. 150), mas não o suficiente para incluir o particular individualmente considerado. Não se trata de um direito atribuído aos

legitimados elencados no artigo 103 da CB, antes envolve um dever funcional de promover a preservação da constitucionalidade com o exercício da prerrogativa de propositura das ações em controle concentrado diante da constatação de uma inconstitucionalidade legislativa.

Sendo essa a função essencial da jurisdição constitucional concentrada – a de preservação da supremacia e rigidez constitucionais –, será possível defender um direito fundamental à jurisdição constitucional concentrada?

4. Inexistência de direito fundamental à jurisdição constitucional concentrada

Falar em direito fundamental à jurisdição, por ser uma garantia constitucional individual, implica reconhecê-lo como instrumento assecuratório de eficácia do exercício e gozo de direitos individuais violados. Não encerra um fim em si mesmo, como ocorre com todas as “garantias constitucionais especiais” (SILVA, 2006, p. 188); mas é um instrumento para a tutela de um direito principal, como os direitos fundamentais. Esses “constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular” (Idem).

Com efeito, o direito à jurisdição ou de acesso à Justiça prescreve a prerrogativa subjetiva de a pessoa acessar ao Estado/Judiciário, acionando-o para compor uma situação social de conflito. Esse acesso tem em si o pressuposto de fazer valer, com a aplicação do direito positivo, o direito do particular frente a outro particular ou ao Estado, com o que se dá a solução do conflito social interpessoal. A prescrição desse direito está no inciso XXXV do art. 5º da CB: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Atua como uma garantia constitucional para a realização dos direitos fundamentais.

A seu turno, a jurisdição constitucional concentrada não serve, como visto, para garantir a composição de específico conflito interpessoal, mas destina-se à realização da “vontade constitucionalmente objetivada” (TAVARES, 2005, p. 400) ou do “interesse público objetivo de

preservação da compatibilidade constitucional da ordem normativa vigente” (BERNARDES, 2004, p. 287). Se não é possível estabelecer uma conexão direta da garantia de jurisdição constitucional concentrada com o direito fundamental particularmente violado (porque com aquela não é possível o restabelecimento desse), então não há como sustentar um direito público-subjetivo de acesso à jurisdição constitucional concentrada.

Isso não implica negar o direito geral à constitucionalidade, que designa um interesse ou benefício individual à atuação estatal em conformidade com a Constituição. O que se enfatiza é que a Constituição prescreve um sistema jurisdicional de proteção (controle concentrado) com o qual não confere, diretamente, a garantia de restabelecimento de um direito público-subjetivo individual imediatamente envolvido. Esse sistema destina-se à fruição da função de manutenção orgânica do sistema jurídico-constitucional. Por isso, o acesso à Justiça Constitucional (concentrada) não pressupõe a busca por uma prestação jurisdicional de restabelecimento ou consecução de direito público-subjetivo constitucionalmente garantido (direito fundamental) ao cidadão.

O direito geral à constitucionalidade dos atos estatais existe, e ainda que não seja assegurado com o direito de acesso à jurisdição concentrada, é individualmente garantido especialmente pela via difusa de acesso à Justiça Constitucional.

Com efeito, chega-se à primeira conclusão: definitivamente, não há que se falar em direito de acesso à jurisdição constitucional concentrada para fundamentar o ato de denúncia popular da inconstitucionalidade. Se esse não é o fundamento, então há algum outro? O tópico seguinte dedica-se a tal indagação.

5. Garantia constitucional individual de denúncia da inconstitucionalidade das leis

Somente num ambiente de constitucionalidade normativa há fruição dos direitos fundamentais. Até por isso, promover um ambiente social constitucionalmente adequado é, antes de um direito,

um dever fundamental imposto a todos os que convivem sob o fundamento de uma Constituição preconizadora do Estado Democrático de Direito. É uma decorrência do princípio da constitucionalidade e, em última instância, do princípio da supremacia constitucional.

Em consequência, a missão de guardar a Constituição não é tarefa apenas do STF ou mesmo de uma meia dúzia de legitimados diretos para o acesso à via concentrada de constitucionalidade, mas “é à sociedade que compete esta missão” (Cf. CRUZ, p. 251). Com isso, é um compromisso de todo cidadão. Se não o exercita com o ajuizamento das ações diretas, o que conduziria ao afogamento do STF pela carga monstruosa de ações diretas a somar com a escorchante demanda judicial em controle difuso, o cidadão pode exercitar a missão de defesa da Constituição com a promoção de denúncias de inconstitucionalidade das leis aos legitimados diretos. Isso, se levado a sério, o credencia à condição de um legitimado indireto – papel que merece ser, juridicamente, valorado.

A valoração está no reconhecimento desse ato como verdadeira manifestação de uma garantia constitucional individual. Para se chegar a tanto, não é possível explicitamente extrair da CF/88, muito menos da legislação infraconstitucional. Há outros critérios hermenêuticos que não apenas o literal para invocar. Isso, por si só, já indica a carência legislativa existente. Tal como há fundamento constitucional para regulamentar a denúncia popular da infração criminal (art. 5º inciso II e §3º do CPP), como da infração civil (art. 6º da Lei n. 7.347/85), também há para as denúncias populares de infrações constitucionais decorrentes da má-produção legislativa.

Se todo ato estatal está submetido à Constituição e, portanto, a ela deve obediência, há que existir instrumento para assegurar a iniciativa popular individual de prestar a cognição de atos estatais contrários às prescrições constitucionais, com vistas a eventual desencadeamento do controle concentrado de constitucionalidade. Se, de um lado, o cidadão deve cumprir as leis produzidas com base na Constituição, de outro, também lhe é garantido que atue contra o cumprimento das leis produzidas em

desacordo com os ditames constitucionais, por meio dos mecanismos jurídico-constitucionais garantidos, e, sem dúvida, a denúncia de inconstitucionalidade é um deles, ao lado de outros, também de cariz constitucional, como a ação popular (não voltada diretamente contra a lei inconstitucional, mas contra o ato ou fato público lesivo ao patrimônio público, que é, no fundo, inconstitucional).

O ato de denúncia da inconstitucionalidade nada mais é do que a manifestação concreta da garantia constitucional individual ao direito geral à constitucionalidade de todos os atos públicos prescrito no texto constitucional; garantia essa identificada como direito de petição, preconizado no art. 5º inciso XXXIV da CB: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Não se pode olvidar que a inconstitucionalidade é um vício nomogênico resultante, no fundo, do exercício abusivo do poder legislativo, por ser a lei produto da atividade legislativa contrária aos ditames constitucionais. Por isso, o direito de petição bem pode ser aplicado contra o “abuso de poder [legislativo]”.

Se, de um lado, qualquer pessoa do povo não é, individualmente, legitimado direto para o acesso à jurisdição constitucional concentrada; de outro lado, é, individualmente, legitimado direto para denunciar o fato da inconstitucionalidade. É indeclinável o direito de petição de todo cidadão, enquanto prerrogativa de dar notícia de produção de lei inconstitucional aos legitimados diretos para eventual ajuizamento das ações em controle concentrado.

Se a arquitetura constitucional impede o indivíduo de ser um legitimado direto para acessar à jurisdição constitucional concentrada, o faz, no entanto, um legitimado indireto, porque é legitimado direto do direito de denunciar o fato da inconstitucionalidade legislativa. Qualquer pessoa do povo, que tiver conhecimento da existência de uma lei produzida em desconformidade (formal ou material) com a Constituição, tem a prerrogativa de comunicar o fato aos legitimados diretos, dentre eles, o Procurador-Geral da República.

Cabe a essa autoridade verificar, com esmero, a procedência da denúncia (como o faria para investigar a ocorrência de um ilícito civil federal passível de ajuizamento de ação civil pública), para o que deve determinar a instauração de procedimento administrativo, que bem pode identificar um inquérito constitucional.

A Procuradoria-Geral da República não pode recusar o recebimento da denúncia, muito menos escusar-se de se pronunciar sobre; agir diferentemente contraria o direito constitucional de petição.

Não pode a autoridade a quem é dirigida escusar-se de se pronunciar sobre a petição quer para acolhê-la, quer para desacolhê-la, com a devida motivação (SILVA, 2005, p. 130).

Por ser exercício do direito de petição, a denúncia popular de inconstitucionalidade não é destituída de eficácia jurídica. É um ato jurídico e, como tal, gera efeitos jurídicos de constituição do dever de pronúncia da autoridade sobre o fato denunciado.

O ato de recusar o recebimento ou de negar a pronúncia a respeito da denúncia de inconstitucionalidade legislativa por parte da Procuradoria-Geral da República constitui lesão ao direito de petição. De sorte que tal ato pode ser desafiado por meio de mandado de segurança. A concessão da ordem não pode ser no sentido de forçar o ajuizamento da ação em controle de constitucionalidade, longe disso, mas de determinar a pronúncia sobre a denúncia, seja para acolhê-la, seja para desacolhê-la.

Com efeito, a denúncia popular constitui um ato jurídico. Por isso, é passível de gerar efeitos jurídicos, ainda que apenas investigativos. Isso já é suficiente para afirmar que: ser um legitimado indireto não é um papel de pouca relevância no Estado Constitucional, ainda que, num primeiro momento, pareça ser.

Com efeito, chega-se à segunda e principal conclusão: a denúncia da inconstitucionalidade nada mais é do que o concreto exercício do direito de petição – garantia constitucional individual conferida a todos os particulares.

O fortalecimento doutrinário e jurisprudencial da figura do legitimado indireto, ainda pouco trabalhada no direito constitucional brasileiro, pode contribuir para a maior aproximação do cidadão e, com isso, a maior participação popular no processo de tomada de decisão de (in)constitucionalidade de leis, por detrás do qual há relevantes questões sociais em jogo, que afetam diretamente a vida de cada cidadão, vale dizer, a fruição de seus direitos fundamentais.

O respaldo jurídico à denúncia popular de inconstitucionalidade constitui importante fator de reforço à reversão do cenário atual de decisões de cunho constitucional tomadas ainda longe do alcance participativo da sociedade (Cf. CRUZ, p. 251).

Referências bibliográficas

- BERNARDES, Juliano Taveira. Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BELAUNDE, Domingo García. Derecho procesal constitucional. Peru: Instituto Iberoamericano de Drecho Constitucional, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, v. I, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. "Breve histórico do supremo tribunal federal e do controle de constitucionalidade brasileiro". In: José Adércio Leite Sampaio (coordenador). Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 201 a 255.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965). México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1968.
- HERANI, Renato Gugliano. Anomia do processo constitucional objetivo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 188, out/dez, 2010.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Curso de direito constitucional positivo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIZZORUSSO, Alessandro. La justicia constitucional em Itália, entre modelo difuso y modelo concreto. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, Astúrias, 2006, n. 4, p. 237-261.
- VERGOTTINI, Luigi. Derecho constitucional comparado. Tradução: Claudia Herrera. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.

DEMOCRACIA E LIBERDADE REUNIÃO: A INCONSTITUCIONAL PROIBIÇÃO DA MARCHA DA MACONHA¹

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Democracia e direitos da minoria

3. A liberdade de expressão e de reunião

4. A inconstitucional proibição da Marcha da Maconha

5. Referências bibliográficas

Palavras-chave: democracia, direitos fundamentais, liberdade de expressão, liberdade de reunião, marcha da maconha

ROBERTO DIAS - Advogado, doutor em Direito do Estado pela PUC/SP e professor de Direito Constitucional na mesma Universidade nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de Direito da PUC/SP e coordenador acadêmico do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional da PUC/SP (Cogeae).

1. Introdução

Não pretendo, neste ensaio, analisar o claro fracasso da política de combate às drogas no Brasil e no mundo, que nas últimas décadas tem criado mais problemas do que soluções.

Também não discutirei a legalização, a despenalização ou a descriminalização do uso da maconha, tampouco a constitucionalidade da proibição do consumo de drogas no Brasil, por violação à dignidade, intimidade, vida privada, igualdade ou proporcionalidade.²

Meu objetivo é tratar especificamente da liberdade de reunião como expressão da democracia para questionar as decisões judiciais que têm proibido, nos últimos anos, em vários Estados da Federação brasileira, a realização da chamada "Marcha da Maconha", por suposta "apologia de crime" e instigação ou induzimento ao "uso indevido de drogas", condutas tipificadas, respectivamente, pelos arts. 287 do Código Penal e 33, § 2º, da Lei nº 11.343/2006.

2. Democracia e direitos da minoria

Com base nos dizeres de Norberto Bobbio³, pode-se afirmar que o sistema democrático é, antes de tudo, um conjunto de regras procedimentais que considera o consenso da maioria como sua regra de ouro. Mas o respeito a esta regra do jogo democrático não é a única que dará legitimidade ao regime.

Aliás, ao consagrar o consenso da maioria, a democracia pressupõe a existência de uma minoria divergente. A democracia pluralista não existe, portanto, sem o dissenso e este é garantido na medida em que haja respeito às minorias e se assegurem os direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade.

Ao analisar questões relativas ao exercício da atividade parlamentar, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar, mais de uma vez, a favor do respeito ao direito das minorias.

Foi o caso, por exemplo, da decisão proferida, em 22 de junho de 2005, no Mandado de Segurança 24.831-9/DF, relatado pelo ministro Celso de Melo, em que se discutia a instalação da CPI dos Bingos.

Na ocasião, a Corte assentou que o direito de oposição é uma prerrogativa das minorias parlamentares, que não podem ser impedidas, pela maioria legislativa, do direito constitucional à investigação parlamentar. Assim, desde que preenchidos os requisitos para a criação da CPI, ela não está submetida à concordância da maioria parlamentar.

1. Artigo entregue para publicação no dia 02 de junho de 2011, antes de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a constitucionalidade das marchas da maconha, quando do julgamento da ADPF 187.

2. Sobre esses temas, ver, por exemplo, Douglas N. Husak, *Drogas y derechos*, Trad. Gustavo de Greiff, México, Fondo de Cultura Económica, 2001; Pablo de Greiff e Gustavo de Greiff (compiladores), *Moralidad, legalidad y drogas*, Trad. Gustavo de Greiff, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; Peter H. Smith (compilador), *El combate a las drogas en América*, Trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1993; Salo de Carvalho, *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; Maria Lúcia Karam, *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, Vol. 3 – Escritos sobre a liberdade, 2009; e Thiago Rodrigues, *Política e Drogas nas Américas*, São Paulo: EDUC e FAPESP, 2004. Estes último autor afirma que a "legalização parcial ou a descriminalização local de algumas drogas, como a maconha, não implodem o edifício da governamentalidade que se processa pela controle de drogas; ao contrário, pequenas relaxações no regime proibicionista são perfeitamente equacionáveis dentro desta lógica. No momento em que o uso da maconha torna-se social e legalmente tolerável, inúmeras outras substâncias, como o ecstasy, passam a ser perseguidas com o mesmo cego e repressor esforço proibicionista" (p. 321). Especificamente sobre a inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas, sob a perspectiva da proporcionalidade, conferir Roberto Dias, "Constituição, proporcionalidade e drogas", in Roberto Dias (org.), *Direito Constitucional: Temas Atuais – Homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*, São Paulo: Método, 2007, p. 239 a 264. A 6ª Câmara "C" do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000, relatada pelo Desembargador José Henrique Rodrigues Torres, por votação unânime, decidiu pela inconstitucionalidade do porte de entorpecentes para uso próprio. Parte da ementa está assim redigida: "O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistintamente insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil." Ver, também, o documentário "Quebrando o Tabu", de Fernando Andrade, que tem o ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso como um dos protagonistas da defesa da descriminalização do consumo de entorpecentes.

3. Norberto Bobbio, *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, Trad. Marco Aurélio Nogueira, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, especialmente p. 41 e seguintes.

4. Jorge Reis Novas, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra, 2006, p. 33 a 35.

5. Ronald Dworkin, *O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*, Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

6. Isaiah Berlin, "Dois conceitos de liberdade". In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*, Trad. Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 259.

O mesmo Tribunal, em 7 de dezembro de 2006, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.354, relatada pelo ministro Marco Aurélio, julgou conflitante com a constituição as disposições da Lei nº 9.096/95 que instituíam a cláusula de barreiras, negando a existência ou a representação parlamentar ao partido que não alcançasse um determinado número de votos em uma eleição.

Para a Corte, aceitar a cláusula de barreiras seria o fim das minorias políticas e a consagração do nepotismo da maioria, com violação a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o pluralismo político.

Os direitos fundamentais — como lembra Jorge Reis Novaes — funcionam como trunfos contra a maioria, na medida em que se mostram como uma trincheira “contra as decisões da maioria política”, auxiliando “a posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para apresentar e defender as suas concepções, opiniões ou projetos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias”⁴.

Como assevera Dworkin⁵, o “Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis.

Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém — nem o governante nem a maioria dos cidadãos — tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estamos aptos a ouvi-la e ponderá-la”.

Deixar de reconhecer esses direitos decorrentes da cidadania, da liberdade e da dignidade, é aceitar o paternalismo. E o paternalismo, como assevera Berlin — baseado nos pensamentos de Kant —, é despótico,

“não porque seja mais opressivo do que a tirania manifesta, brutal”, mas por ser um “insulto a minha concepção de mim mesmo como ser humano”⁶.

Portanto, só há democracia se, ao lado do consenso da maioria, haja o respeito aos direitos das minorias com Portanto, só há democracia se, ao lado do consenso da maioria, haja o respeito aos direitos das minorias com a observância dos direitos fundamentais. Num regime democrático, temos o direito de livre manifestação do pensamento, de forma individual ou coletiva, e também temos o direito de ouvir a opinião dos outros, sem um filtro autoritário imposto pelo Estado ou pela maioria das pessoas que formam a comunidade em que vivemos.

3. A liberdade de expressão e de reunião

A Constituição Federal prevê, no art. 5º, inciso XVI, que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

O Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição atual, teve a oportunidade de se manifestar sobre o direito de reunião quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1969⁷.

7. A Medida Cautelar, que teve como relator o ministro Marco Aurélio, foi deferida no dia 24 de março de 1999. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, relatada pelo ministro Ricardo Lewandowski, foi julgada procedente, por unanimidade, no dia 28 de junho de 2007. Para outras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, conferir Fernando Dias Menezes de Almeida, *Direito de reunião*, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 291 a 304.

8. BVERFG 69, 315, in Leonardo Martins (Org.), *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 523 a 543.

9. Konrad Hesse afirma que o direito de reunião “está em conexão material mais estreita com a garantia da liberdade de opinião”. As reuniões são “um meio de luta eficaz, que desempenha um papel essencial para a solução de conflitos. Elas são adequadas para fazer valer energicamente exigências políticas”. Ademais, elas oferecem “a possibilidade para o exercício de influência público sobre o processo político, para o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas ou, também, para crítica e protesto” (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 313). Também para Jorge Miranda, no “conceito de reunião entra o de manifestação” (*Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 1998 p. 427). Maria Lúcia Karam, do mesmo modo, relaciona o direito de expressão com o de reunião ao dizer que, “passando do discurso à ação, os manifestantes mantêm o direito de se expressar de todas as formas que entenderem convenientes, enquanto não afetem concretamente direitos de terceiros” (*Liberdade, intimidade, informação e expressão*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, Vol. 4 – Escritos sobre a liberdade, 2009, p. 24).

Na ocasião se discutia a constitucionalidade de decreto do Governador do Distrito Federal que proibia a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, todas em Brasília. E o Tribunal deixou consignada a intrínseca relação entre liberdade de reunião e liberdade de manifestação do pensamento.

Nos dizeres do ministro Celso de Mello, num regime democrático, o Estado tem “o dever de respeitar o direito de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder”.

Em sentido análogo decidiu o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso Brokdorf⁸, quando afirmou que a liberdade de reunião, “entendida como liberdade de anúncio coletivo de opinião”⁹, é “um elemento essencial da abertura democrática”.

As “manifestações coletivas representam o modo corporal e coletivo de tornar visíveis as convicções”.

A Constituição de 1988, ao romper com ordenamento jurídico autoritário imposto pelos militares, consagrou, em mais de uma oportunidade, a liberdade de manifestação do pensamento, independentemente de censura.¹⁰

Por força desses dispositivos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130¹¹, entendeu pela não recepção, em bloco, da Lei nº 5.250/67, então conhecida como Lei de Imprensa.

Na ocasião, o Tribunal registrou que o Poder Público deve respeitar a “ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode e o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”¹².

Com efeito, a proibição da censura se impõe, constitucionalmente, da maneira mais ampla. Do ponto de vista constitucional, não é possível diferenciar censura do bem e censura do mal, censura de esquerda e censura de direita, censura aos que apóiam ou que criticam a lei, censura imposta pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.¹³ A censura é uma só: aquela proibida constitucionalmente.

Há censura quando os agentes administrativos de um governo — que subiu ao poder por força de um golpe militar de direita — mutilam matérias jornalísticas. E também há censura quando o Judiciário independente impede a manifestação coletiva do pensamento, por meio de uma marcha que defende a modificação da lei penal para abolir o crime de uso de maconha.

4. A inconstitucional proibição da marcha da maconha

Proibir o exercício do direito de reunião, sob o argumento de que os manifestantes farão apologia de crime, instigando e induzindo ao uso indevido de drogas, é impedir, previamente, a livre manifestação do pensamento. E isso caracteriza censura prévia, que não é admitida constitucionalmente.

Se a Marcha da Maconha é convocada por seus organizadores para defender a legalização do uso da maconha, não se está diante de um crime. Numa sociedade aberta, democrática e pluralista, a lei não pode ser considerada incontestável e imune a críticas.

Obstar o combate à lei é tolerar, apenas, manifestações de adesão a uma concepção moral oficial — que se pretende única — e rejeitar, inconstitucionalmente, o protesto, a discordância e a resistência. A tentativa autoritária de impor a moral dominante à minoria, impedindo-a de contestar a lei, não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito.

Impedir que pessoas exponham suas opiniões contra a criminalização do uso de drogas —

expressando tal intenção pelo motivo que for — é algo absolutamente ilegítimo. Em síntese, criminalizar manifestações individuais ou coletivas pela alteração das leis viola direitos fundamentais e fere de morte a Constituição.

Ora, se o Estado pudesse proibir tais reuniões, não seria admissível a realização de passeatas a favor da legalização do aborto¹⁴ ou da pena de morte¹⁵, tampouco contra a previsão do crime militar de pederastia¹⁶.

Contudo, se no decorrer da Marcha houver a prática de crime por algum ou alguns de seus participantes, nada impede que o Estado atue para coibi-la pontualmente.

Mas não está autorizado a dissolver a reunião pelo fato de alguns participantes da Marcha instigarem ou induzirem alguém ao uso da droga. Assim como não pode dispersá-la em razão de um ou alguns manifestantes estarem armados¹⁷. Desfazê-las, nesses casos, é negar a liberdade de reunião¹⁸.

Liberdade esta que tem sido ultrajada pelo Estado brasileiro ao proibir — muitas vezes com violência — a Marcha da Maconha.

Mas, em 2009, foram propostas pela Procuradoria-Geral da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4274 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 que pretendem, respectivamente, que o Supremo Tribunal Federal “realize interpretação conforme a Constituição” dos arts. 33, § 2º, da Lei 11.343/2006, e 287 do Código Penal, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

E só há razões para acreditar que Corte Constitucional brasileira, em breve, julgará procedentes os pedidos, garantindo o exercício do direito à liberdade e defendendo, assim, a democracia contra o arbítrio.

10. No inciso IX do art. 5º consta que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. E o § 2º do art. 220 veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. O mesmo art. 220 prevê, ainda, no seu caput, que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá qualquer restrição”, observado o disposto na Constituição.

11. ADPF 130/DF, relator Ministro Carlos Britto, j. 30 de abril de 2009.

12. Para uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal na ADPF 130, ver. Leonardo Martins, “Notas sobre o julgamento da ADPF 130 (Lei de Imprensa) e princípios de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição Federal”, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, nº 10, p. 183-228, abr./jun. 2009.

13. O ministro Celso de Melo, na ADPF 130, menciona que “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”.

14. O Código Penal prevê o crime de aborto nos arts. 124 e seguintes: “Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos. Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

15. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLVII, letra “a”, prevê que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Esta disposição é protegida pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da mesma Constituição.

16. O Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69) define o crime de pederastia: “Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena – detenção, de seis meses a um ano”.

17. Apesar de a Constituição afirmar que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização” (art. 5º, XVI).

18. Nesse sentido, especificamente ao tratar de manifestantes armados, ver Fernando Dias Menezes de Almeida, Direito de reunião, p. 184 e seguintes, que desenvolve seus argumentos nos dizeres de vários autores, dentre eles Pontes de Miranda.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Direito de reunião, São Paulo: Max Limonad, 2001.

BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In: Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios, Trad. Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Roberto. “Constituição, proporcionalidade e drogas”. In: Roberto Dias (org.). Direito Constitucional: Temas Atuais – Homenagem à Professora Leda Pereira da Mota. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GREIFF, Pablo de & GREIFF, Gustavo de (compiladores). *Moralidad, legalidad y drogas.* Trad. Gustavo de Greiff, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HUSAK, Douglas N. *Drogas y derechos.* Trad. Gustavo de Greiff, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, intimidade, informação e expressão.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, Vol. 4 – Escritos sobre a liberdade, 2009.

———. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, Vol. 3 – Escritos sobre a liberdade, 2009.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

———. "Notas sobre o julgamento da ADPF 130 ('Lei de Imprensa') e princípios de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição Federal", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, nº 10, p. 183-228, abr./jun. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 1998.

NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria,* Coimbra: Coimbra, 2006.

RODRIGUES, Thiago. *Política e Drogas nas Américas.* São Paulo: EDUC e FAPESP, 2004.

SMITH, Peter H. (compilador), *El combate a las drogas em América.* Trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

PROPOSTA

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.oabsp.org.br/esa, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.



Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: faleconosco@esa.oabsp.org.br

