

**CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO
- CETREI -**

**Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza**

**Fortaleza-CE - 2008
Ano 16 - Volume 16**

**CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO
- CETREI -**

**REVISTA DA
PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO DE
FORTALEZA**

**PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO
BIBLIOTECA**

Fortaleza (CE) - Dezembro de 2008
Ano 16 - Volume 16

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTOS - CETREI**

Av. Santos Dumont, n. 5335 - 11º andar - Papicu

Fone: (85) 3234-7666 Fax: (85) 3234-2420

Site: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br

E-mail: cetrei.pgm@fortaleza.ce.gov.br

EDITOR CHEFE

Juraci Mourão Lopes Filho

CONSELHO EDITORIAL

Arnaldo Vasconcelos

Fátima Maria Memória de Andrade

Manuela Lourenço Torquato - in memoriam

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Paulo Bonavides

REVISÃO

Roberta Laena Costa Jucá

Rodrigo Vieira Costa

APOIO TÉCNICO E ADMINISTRATIVO

Eliana Barbosa Moreira - Bibliotecária

Teresa Selma Oliveira Luna - Bibliotecária

Fernando Maciel dos Santos Neto

Os artigos são de exclusiva responsabilidade dos seus autores. As opiniões nele manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por ele dirigidos. Permite-se transcrição dos artigos com citação da fonte.

As correspondências devem ser dirigidas ao CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO - CETREI-PGM.

Pede-se permuta. We request exchange. On demande l'échange. Wir erbitten Austausch. Se solicita canje. Si chiede lo scambio.

**REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
FORTALEZA, 1992 - ANUAL**

1992 (1)	1999 (7)	2005 (13)
1993 (2)	2000 (8)	2006 (14)
1994 (3)	2001 (9)	2007 (15)
1995/1996 (4)	2002 (10)	2008 (16)
1997 (5)	2003 (11)	
1998 (6)	2004 (12)	

ISSN - 18065619

CDD - 340.05



Fortaleza Prefeitura de

LUIZIANNE DE OLIVEIRA LINS
PREFEITA DE FORTALEZA

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO
PROCURADOR-CHEFE DO CETREI

PREFEITA MUNICIPAL DE FORTALEZA
LUIZIANNE DE OLIVEIRA LINS

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO
MARCELO DE ARRUDA BEZERRA

PROCURADORA ASSISTENTE
DANIELE CAVALCANTE DIAS

PROCURADOR ADMINISTRATIVO
NEWTON DE MENEZES ALBUQUERQUE

PROCURADORA-CHEFE DA CONSULTORIA
MARIA FÁTIMA NÓBREGA DE ARAÚJO

PROCURADORA-CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL
MARIA CARNEIRO SANFORD

PROCURADOR-CHEFE DA JUDICIAL
MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ

PROCURADORA-CHEFE DA PATRIMONIAL
DENISE BARBOSA SOBREIRA

**PROCURADORA-CHEFE DA PROCURADORIA
JURÍDICO-ADMINISTRATIVA**
FRANCISCA GLÁUCIA CARVALHO PONTES LIMA

PROCURADOR-CHEFE DO CETREI
JURACI MOURÃO LOPES FILHO

**PRESIDENTE DA COMISSÃO DE PROCESSO
ADM. DISCIPLINAR**
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

**DIRETORA DO DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO FINANCEIRO**
NÍSIA GUERREIRO VASCONCELOS JUSTA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

- 1 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RELAÇÕES ENTRE ESTADO E ECONOMIA NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL.....09
Juliana Cristine Diniz Campos
- 2 A COMPETÊNCIA DO STF NO JULGAMENTO DE QUESTÕES POLÍTICAS.....23
Walleria Barros Marques Linhares
- 3 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....41
*Pedro Rafael Matveira Deocleciano
José Péricles Pereira de Sousa*
- 4 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. UM MODO DE COMO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL MODIFICA A CONSTITUIÇÃO..... 65
Sarah Araújo Viana
- 5 ANÁLISE CRÍTICO-CONSTITUCIONAL ACERCA DA INFEDELIDADE PARTIDÁRIA (RESOLUÇÃO TSE 22.610).....91
*Claudio José Amaral Bahia
Ana Carolina P. Abujamra*
- 6 A ADOÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....113
Luiz Regis Bonfim Filho
- 7 OS DESAFIOS DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL FRENTE À GLOBALIZAÇÃO.....141
Lorena Magalhães Palva
- 8 A INFLUÊNCIA BÍBLICA PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....153
Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques
- 9 O PRINCÍPIO DA INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PUNITIVAS E SEUS REFLEXOS NA PRETENSÃO PUNITIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS.....175
Luís Henrique Vieira Rodrigues
- 10 A LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO..... 199
Lincoln Mattos Magalhães
- 11 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO.....225
Andrine Oliveira Nunes

12	A POSIÇÃO ORIGINAL SEGUNDO JOHN RAWLS	243
	<i>Nathalie de Paula Carvalho</i>	
13	O MODELO GERENCIAL DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA ENTRE 1990 E 2004.....	267
	<i>José Julio da Ponte Neto</i>	
14	A RESPONSABILIDADE SOCIAL E AMBIENTAL DAS EMPRESAS	289
	<i>Nathalie de Paula Carvalho</i>	
15	GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS: DUMPING SOCIAL, CLÁUSULA SOCIAL E SELO SOCIAL	313
	<i>Ana Isabel Modena</i> <i>Alexandre Antonio Bruno da Silva</i>	
16	EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE EM DEBATE: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	335
	<i>Vanessa Batista Oliveira Lima</i>	
17	TOXICIDADE DO MERCÚRIO: DESAFIOS PARA UM DIREITO AMBIENTAL EFICIENTE	355
	<i>João Paulo Guinalz</i> <i>João Roberto Penna de Freitas Guimarães</i>	
18	AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FORMA DE GARANTIR O PLENO EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA POR PARTE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	379
	<i>Aline Cristina Bezerra Leite Carvalho Lima</i>	
19	O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO BRASILEIRO: ANTECEDENTES E PERÍODO DE FORMAÇÃO	403
	<i>Plínio Régis Baima de Almeida</i>	
20	A FUNÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	427
	<i>Natércia Sampaio Siqueira</i>	

PARECERES

1	ANÁLISE DA CAPACIDADE DO MUNICÍPIO PROCEDER À CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO JUNTO À UNIÃO FEDERAL	449
	<i>Martonio Mont'Alverne Barreto Lima</i> <i>Alexsandra Fonseca Canuto</i>	

TRABALHOS FORENSES

1	AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO.....	463
	<i>Martonio Mont'Alverne Barreto Lima</i> <i>Miguel Rocha Nasser Hissa</i>	
	NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA.....	473

APRESENTAÇÃO

Em atenção às novas regras de padronização de periódicos científicos, firmadas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, a Procuradoria Geral do Município de Fortaleza lança mais um volume de sua tradicional revista jurídica, editada desde 1992. O número 16 traz em suas páginas artigos, pareceres e trabalhos forenses de mais notória qualidade, avaliados por um corpo seleto de pareceristas doutores em Direito.

Nesta nova edição, recebemos contribuições de excelência das mais variadas possíveis, de autoria de procuradores do Município, advogados, mestres, doutores, professores universitários e estudantes, que envolvem toda a diversidade de temáticas jurídicas relacionadas ao Direito Público.

A participação dos colegas procuradores nesta publicação é de grande valia, eis que enobrece e legitima o periódico, abrilhantando a discussão de assuntos recorrentes e contribuindo para a socialização de um conhecimento de nível elevado. Igualmente, o contributo de autores externos fortalece a exogenia da Revista, cuja credibilidade ganha cada vez mais espaço na ambiência profissional e no meio acadêmico.

Não se pode deixar de destacar que a Revista da PGM é financiada pelo Fundo de Aperfeiçoamento. Isto porque este investimento é uma das metas inarredáveis do compromisso da Prefeitura de Fortaleza com a capacitação e qualificação profissional do seu quadro de servidores, pois do compasso entre as incessantes inovações doutrinárias e jurisprudenciais, consubstanciadas nos

escritos publicados, e a atividade laboral jurídica é que resulta o alcance de maiores índices de adequação e eficiência administrativa nas demandas que se apresentam à Procuradoria.

Por fim, não poderia esquecer de agradecer àqueles que empreendem os esforços dos mais diversos para concretizar esta publicação de natureza singular, em especial os que integram o Centro de Estudos e Treinamento – CETREI. Seus préstimos, em grande parte, são frutos das atividades acadêmicas que desenvolvem nas mais variadas instituições de ensino superior do Estado do Ceará e no país afora. Longe de se restringirem ao âmbito intelectual das Universidades e Faculdades, eles têm consciência da importância e necessidade da aliança entre a produção do conhecimento e a práxis jurídica, por isso as mais sinceras estimas ao Dr. Henrique Araújo Marques Mendes, ao Procurador Juraci Mourão Lopes Filho e aos revisores, a professora Roberta Laena Costa Jucá e o professor Rodrigo Vieira Costa. O aprimoramento da Procuradoria da do Município também é tributário ao apoio dado pela Prefeita de Fortaleza às ações que priorizam a capacitação permanente e contínua de seus quadros, razão pela qual não posso deixar de render os meus agradecimentos.

Fortaleza, dezembro de 2008.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Procurador-Geral do Município

O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RELAÇÕES ENTRE ESTADO E ECONOMIA NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

LE PARADIGME DE L'ÉTAT DEMOCRATIQUE DE DROIT: RELATIONS ENTRE ÉTAT ET ECONOMIE DANS L'ORDRE JURIDIQUE CONSTITUTIONNELLE

Juliana Cristine Diniz Campos

Doutoranda em Direito do Estado na
Universidade de São Paulo – USP
Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade Federal do Ceará

Professora de Direito Urbanístico da Faculdade 7 Setembro
Ex-Professora Substituta da Universidade Federal do Ceará

E-mail: julianacdcampos@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIALETICIDADE E HISTORICIDADE: POR QUE O INDIVÍDUO OBEDECE AO ESTADO?; 2.1 O ESTADO ABSOLUTO: PRELÚDIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL; 2.2 O ESTADO LIBERAL: LIBERDADE E AUTONOMIA CONTRA O ESTADO; 2.3 O ESTADO SOCIAL: A BUSCA DO BEM-ESTAR E DA DIGNIDADE HUMANA ATRAVÉS DA TUTELA DO ESTADO; 2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO: A DIGNIDADE ATRAVÉS DA CIDADANIA ATIVA; 3 ESTADO E ECONOMIA: A ORDEM ECONÔMICA E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS; 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SOMMAIRE: 1 INTRODUCTION; 2 DIALECTIQUE ET HISTOIRE: POUR QUOI L'INDIVIDU OBEÏT L'ÉTAT?; 2.1 L'ÉTAT ABSOLU: PRÉLUDE DE L'ÉTAT CONSTITUTIONNEL; 2.2 L'ÉTAT LIBÉRAL: LIBERTÉ ET AUTONOMIE EN FACE DE L'ÉTAT; 2.3 L'ÉTAT SOCIAL: LA RECHERCHE DU BIEN-ÊTRE ET LA DIGNITÉ HUMAINE PARMIL LA

PROTECTION DE L'ÉTAT; 2.4 L'ÉTAT DÉMOCRATIQUE: LA DIGNITÉ PAR LA PARTICIPATION ACTIVE; 3 L'ÉTAT ET L'ÉCONOMIE: L'ORDRE ÉCONOMIQUE ET L'EFFECTIVITÉ DES PRINCIPES ET OBJECTIFS CONSTITUTIONNELS; 4 RÉFÉRENCES.

Resumo: O artigo se destina a investigar as relações entre estado e economia, a partir da interpretação da ordem jurídica constitucional, enquanto base normativa fundamental determinante das mútuas implicações entre o âmbito político e econômico. A fim de compreender o modelo contemporâneo de relacionamento entre economia e estado, fundado no paradigma do estado democrático de direito, finda-se por iniciar o trabalho com breve panorama histórico-crítico das formas de organização do poder político desde a formação dos estados nacionais absolutistas. Por fim, analisa-se a ordem econômica como instrumental de realização de políticas públicas voltadas à concretização de direitos e garantias fundamentais, identificados como núcleo axiológico da ordem normativa constitucional.

Palavras-chave: Estado. Ordem Econômica. Políticas Públicas.

Resumé: Ce travail se propose à rechercher les relations entre l'état et l'économie, en face de l'interprétation de l'ordre juridique constitutionnelle, dans la qualité de base normative fondamentale, déterminante des implications entre la dimension politique et économique. A fin de comprendre la modèle actuelle de rapportment entre l'économie et l'état, fondée dans le paradigme de l'état démocratique de droit, on commence l'article avec un bref panorama historique des formes d'organisation du pouvoir politique depuis la formation des états dans la modernité européenne. On analyse, aussi, l'ordre économique comme moyen de réalisation de politiques publiques destinées à assurer l'effectivité des droits fondamentales.

Mots-clés: État. Ordre Economique. Politiques Publiques.

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo pretende-se demonstrar de que modo se relacionam, enquanto sistemas sociais complementares, estado e economia, através da interpretação da ordem jurídica constitucional. Tal compreensão, que é eminentemente jurídica, posto que parte da interpretação da normatividade, se faz possível a partir do momento em que o estado nacional, enquanto realidade própria, surge na tradição política ocidental, em resposta à fragmentação observada no período medieval.

O Estado assume, então, múltiplas funções, ora intervindo mais ora menos na produção das riquezas e nas formas de organização da atividade econômica, conforme se transformam os paradigmas de estado dominantes. Compreender o modo como o estado interage com a economia no estado democrático de direito contemporâneo exige, assim, que se demonstre a progressão histórica da idéia e da realidade do estado no mundo ocidental.

O trabalho se dividirá em duas partes fundamentais: uma introdutória, em que se discutirá os principais paradigmas de estado pós-formação dos estados nacionais, no início da Idade Moderna; e uma segunda, em que se discutirá os meios contemporâneos de interação entre economia e estado, especialmente no que se refere à ordem constitucional brasileira.

A primeira parte, especialmente problemática, dada a amplitude do tema e a especificidade da experiência cultural de cada nação, se estrutura a partir de uma pergunta, que permitirá a compreensão dos meios de organização do estado a partir do modo como o indivíduo é "absorvido" pela realidade estatal. Questionar-se-á por que o indivíduo obedece ao estado, para que se revelem os paradigmas dominantes na cultura política ocidental.

É preciso salientar, todavia, que tal aporte metodológico não parte de uma perspectiva individualista, identificada com a ideologia liberal. Busca-se, apenas, a compreensão da realidade jurídico-política a partir da idéia de indivíduo, que se apresenta como unidade social básica, presente em todas as demais formas de organização social mais complexas.

2 DIALETICIDADE E HISTORICIDADE: POR QUE O INDIVÍDUO OBEDECE AO ESTADO?

Demonstra-se, de início, o movimento histórico que originou a idéia de Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma de estado contemporâneo na realidade ocidental, decorrente da superação do modelo liberal burguês, também chamado Estado Liberal, e do modelo social eminentemente intervencionista, e, muitas vezes totalitário, denominado Estado Social.

O Estado, como objeto cultural, não pode ser apresentado a partir de uma única configuração, havendo tantas representações de sua realidade como são diversificadas as culturas humanas. Sendo assim, buscamos concentrar nossa análise, no plano espacial, na história ocidental, e, particularmente, na brasileira, tendo-se por parâmetro temporal a Modernidade, ilustrada por movimentos como o Iluminismo, no plano filosófico, as grandes revoluções liberais, no plano político, e a consolidação do modelo capitalista, no plano econômico. Nosso estudo sobre os paradigmas dominantes de estado ficará restrito, assim, ao período compreendido entre o século XVIII e o começo do século XXI.

A análise do modelo de exercício do poder situado temporal e espacialmente na modernidade ocidental mostra-se interessante, na medida em que significa uma nova representação de poder grandemente distinta daquela que prevaleceu em passado mais remoto ou até mesmo mais próximo, como foi o largo período medievo (BONAVIDES, 2008).

Herman Heller (HELLER, 1963) alerta para o fato de que

la conciencia histórica de que El Estado, como nombre y como realidad, es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que, en esta su moderna individualidad, no puede ser trasladado a los tiempos pasados.

O Estado como instituição inovadora concebida na Modernidade, acompanhou as transformações sócio-políticas e econômicas, representando diferentes paradigmas em diversas épocas.

Buscaremos demonstrar que o paradigma do Estado Democrático de Direito apresenta-se como síntese dialética dos modelos liberal e social, historicamente precedentes, através da captação daqueles elementos que se mostraram mais condizentes com as pretensões de justiça e de contenção do poder arbitrário.

2.1 O Estado Absoluto: Prelúdio do Estado Constitucional

A passagem do período medieval à modernidade foi marcada, no âmbito político, pela temporalização do poder, seguida da consolidação das idéias de soberania e de nação. Enfraquecida a instituição social da Igreja, enquanto fonte precípua do poder na Idade Média, seguiu-se a centralização, no figura do príncipe, do poder e das instâncias de decisão e determinação normativa, até então difundidas em diversos complexos sociais denominados feudos.

Ainda que a legitimidade do poder centrado na figura do monarca ostentasse fundo divino, é certo que a Igreja perde sua supremacia decisória para o Estado Nacional, caracterizado pelas fronteiras territoriais rigidamente delimitadas, e apto a decidir, de forma absoluta e indiscutível, sobre as questões referentes à vida social no âmbito do seu território. Essa nova realidade política se apresenta, internacionalmente, como uma unidade, dotada de poder de decisão, identificada pela figura do príncipe. Inicia-se um novo modo de interação internacional, que passa a ter como principais sujeitos os estados nacionais recém-formados.

Paralelamente, desenvolve-se um novo modelo de exercício da atividade econômica, o mercantilismo, que passa a ter o estado como principal interventor-participante da dinâmica comercial. Há a instituição do monopólio em favor do ente estatal, fator determinante para incitar a burguesia em ascendência a buscar a alteração das instituições sociais e políticas, viabilizando-se uma ambiência de liberdade para as trocas comerciais realizadas pelos próprios particulares.

Ao mesmo tempo em que o Estado impede que a classe burguesa desenvolva suas atividades mercantis num contexto de liberdade e autonomia, intensifica-se o descontentamento com o irrestrito poder estatal de decidir arbitrariamente sobre os assuntos referentes ao povo, inexistindo uma dicotomia fundamental entre o público e o privado nesse período.

As duas pretensões fundamentais que levaram a revolução

a ganhar espaço na Europa continental durante o século XVIII são, assim, a busca pela liberdade de participação na atividade econômica, por meio da superação do monopólio estatal, e a necessidade de contenção do poder político do estado absoluto, fundado em bases personalistas e exercido arbitrariamente por príncipes/monarcas nem sempre preparados ou dotados de aceitação popular. Busca-se, assim, garantir para o indivíduo – conceito forjado pelo movimento iluminista – espaço para o desenvolvimento de suas potencialidades, possível através da contraposição entre o público e o privado, Estado e Sociedade, conforme demonstraremos a seguir.

2.2 O Estado Liberal: Liberdade e Autonomia contra o Estado

A revolução burguesa simbolizada pela experiência francesa (1789) e americana (1776) buscou a institucionalização do poder político como meio de contenção da arbitrariedade, concedendo ao indivíduo espaço para seu pleno desenvolvimento sócio-cultural e intelectual.

Construiu-se, assim, a idéia de um Estado fortemente limitado pelo direito, de modo a que o exercício do poder e o processo de tomada de decisões estejam condicionados material e formalmente pelas normas produzidas por um órgão estatal – o Poder Legislativo – voltado unicamente para essa atividade. Surge, assim, o Estado de Direito.

Esse paradigma moderno está relacionado à ascensão de outros valores instrumentais à contenção do poder, tais como: a) o surgimento do conceito de constituição formal; b) a técnica da tripartição dos poderes; c) a garantia de direitos individuais fundamentais em face do Estado; d) a lei como principal meio de limitação da ação estatal e da proteção dos bens jusfundamentais.

O conceito de constituição forjado pelo liberalismo político vai além da idéia de constituição como aquele conjunto de regras de fato acerca da organização e do exercício do poder. O constitucionalismo buscará consolidar a idéia de constituição

como documento escrito, formal, destinado a controlar a esfera do político, por meio da previsão da separação dos poderes em função legislativa, executiva e judiciária e da previsão de um rol de direitos individuais naturais inalienáveis e oponíveis em face do Estado.

A garantia de uma constituição formal, do princípio da separação dos poderes e dos direitos individuais apresentam-se, assim, como verdadeiros dogmas do liberalismo, e servem para identificar, do ponto de vista histórico e ideológico, o paradigma do Estado Liberal de Direito, que teve seu apogeu no século XIX (BONAVIDES, 2008).

Paralelamente a esse panorama, consolidou-se, no plano econômico, o capitalismo, dando impulso ao movimento de expansão industrial que teve, na Inglaterra, seu apogeu. O intenso processo de desenvolvimento econômico, ilustrado pela acumulação de capital, foi acompanhado do aprofundamento da pobreza da imensa classe operária, gerando um quadro social de profundas desigualdades e ausência de meios de subsistência digna.

O Estado Liberal, essencialmente absenteísta, não dispunha de meios para solucionar os problemas estruturais provocados pelo modelo capitalista, estando voltado à proteção dos direitos individuais e à preservação da liberdade. Pela limitação seus propósitos, o paradigma liberal de Estado foi denominado “État Gendarme” por Kant ou “Estado Guarda-Noturno” por Lassalle (DINIZ, 2000).

Passa-se a delinear, assim, um novo panorama de organização do poder, notadamente após o grande caos provocado pelo fim da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), mais voltado às demandas sociais crescentes e à normalização dos desequilíbrios do liberalismo econômico, fundado na acumulação irrestrita e concorrência livre.

Restou demonstrado, por meio de um fracasso fático, que o absenteísmo estatal não cuidava de promover o bem-estar buscado pelo burguês novecentista, notadamente no que se refere ao acúmulo dos meios materiais – estreitamente relacionados à forma de organização da atividade econômica.

O liberalismo econômico, que retira do estado qualquer ingerência sobre a atividade produtiva, fundava seus postulados nas idéias de livre concorrência (decorrência do direito individual à livre iniciativa) e auto-regulação do mercado, que cuidaria, enquanto realidade autônoma e psicologizada, de equilibrar as falhas apresentadas pelo sistema de preços, associadas à sistemática concorrencial, e pela harmonia entre oferta e procura (DIMOULIS, 2006).

A total ineficiência da “mão invisível” cuidou de desmoronar o paradigma liberal de estado, fundado na idéia de mínima atuação estatal e amplo espaço de autonomia individual, minado pelo colapso econômico e político simbolizado pela quebra da bolsa de Nova York em 1929 e pelas duas grandes guerras mundiais.

Como contraponto dialético, surge o paradigma do estado social, voltado à satisfação de amplas demandas sociais, tendo o Estado, a partir de então, o compromisso de alcançar o bem-estar geral e incremento da qualidade de vida da população – finalidade instrumentalizada, fundamentalmente, pela intervenção no domínio econômico orientada pela doutrina keynesiana.

2.3 O Estado Social: A Busca do Bem-Estar e da Dignidade Humana através da Tutela do Estado

O Estado Social surge como novo paradigma na cultura política ocidental no início do século XX, através de experiências históricas específicas, muito embora suas bases sociais e ideológicas estejam já no final do século XIX, identificadas com a crise social provocada pelo aumento da classe proletária associado a péssimas condições de subsistência e trabalho.

Do ponto de vista histórico, simboliza o nascimento do estado social a promulgação da constituição mexicana de 1917 e da constituição de Weimar, em 1919. Esta é a lição de Bercovici (BERCOVICI, 2004):

As constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos

individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal, são, assim, consideradas fundamentos do “novo constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos estados europeus e alguns americanos.

O objetivo institucional do estado social é, assim, reconhecer e buscar a concretização de direitos de índole social, consolidando a assim chamada segunda dimensão dos direitos e garantias fundamentais. Para promover o amplo projeto de transformação social, voltado à inclusão e à satisfação das prestações mínimas de subsistência e dignidade, o estado se volta para a economia, a fim de controlar os processos produtivos, intervindo de modo a desenvolver as áreas que mais conviessem ao projeto constitucional socializante.

Bonavides esclarece que “o estado social é, sob certo aspecto, decorrência do dirigismo que a tecnologia e o adiantamento das idéias de colaboração humana e social impuseram ao século” (BONAVIDES, 2008). O projeto de desenvolvimento social e busca da dignidade levou o Estado a tutelar o indivíduo, visto, em face do fracasso liberal, impassível de conduzir sua própria liberdade.

A intervenção na economia surge, assim, como meio principal de atuação do estado no sentido de garantir os direitos sociais e, em última análise, os direitos fundamentais. A autonomia individual fica, nesse período, comprometida, notadamente no que se refere à liberdade de iniciativa típica do modelo de concorrência livre do liberalismo econômico.

Apesar dessa característica, o estado social não deve ser confundido com estado socialista, de índole democrática ou

totalitária. Isso porque o estado social surge no contexto capitalista, não havendo alteração substancial do modo de produção e das formas de organização e preservação do mercado. Em verdade, o estado social surge como meio de garantir a permanência do modelo capitalista, por meio do equilíbrio de suas insuficiências principais. A esse respeito, é válida a observação de Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2008):

Distinguimos em nosso estudo duas modalidades principais de Estado social: o Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infra-estrutura capitalista, e a conseqüente apropriação social dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade, eliminando-se, desta forma, a contradição, apontada por Engels no Anti-Duehring entre a produção social e a apropriação privada, típica da economia lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo.

Desse modo, constata-se que, do ponto de vista da organização econômica, não houve alteração da estrutura capitalista, apenas sua adequação às demandas sociais crescentes desde a segunda metade do século XIX.

Apesar dos ideais igualitários, o estado social não conseguiu evitar o colapso político e o advento da Segunda Guerra Mundial, lembrada por catástrofes sociais como o holocausto e a total destruição das principais nações européias.

A crise do modelo de estado intervencionista demonstrou que o indivíduo não deveria ser tutelado, com prejuízo de sua liberdade e cidadania. Surge, assim, a idéia de estado democrático de direito, em que a idéia de cidadania é primordial, exigindo, muito mais que a tutela, a efetiva participação dos sujeitos sociais.

No estado social, podemos dizer que o indivíduo obedecia ao estado porque dele dependia para subsistir, ao perceber que o ente estatal tomou para si a responsabilidade de cuidar das pretensões básicas de saúde, educação, previdência, etc.

2.4 O Estado Democrático: A Dignidade através da Cidadania Ativa

A inovação do paradigma do estado democrático de direito está centrada na figura do sujeito, que, na qualidade de cidadão, assume as rédeas do jogo político, através da introdução da democracia como modelo de organização social.

Neste aspecto, observamos a ampliação do espaço público de discussão, para o fim de inserir os indivíduos nos processos decisórios, que passam a ter por objetivo primordial assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo da tradição política ocidental e carentes de efetividade.

Assim sendo, observamos que há uma subversão na ordem até então estabelecida: o estado, muito mais que inimigo ou grande pai, será o meio através do qual os cidadãos viabilizarão sua convivência política, para o fim de realizar o projeto de desenvolvimento social por eles mesmos delineados.

O Estado cuida, aqui, de participar, junto com a sociedade civil, na consecução dos fins estabelecidos no projeto político democrático, podendo-se falar no alto grau de legitimidade popular da forma contemporânea de organização política. Aqui, obedece-se ao estado porque o estado, em última análise, busca a efetivação da minha própria vontade, esclarecida e desenvolvida no espaço público através do consenso.

Em que pese a existência de severas críticas às insuficiências da democracia representativa, o estado democrático de direito cuidou de assegurar, com maior grau de eficácia, a vontade geral, na medida em que os objetivos e finalidades do jogo político, da atuação estatal, são definidos pelo próprio corpo popular, através de procedimentos decisivos ordenados com base no princípio republicano.

Nesse período da história política, observa-se a preocupação geral e crescente com o déficit de efetividade dos direitos e garantias fundamentais, revelando-se a ordem econômica fator importante de consolidação da base material garantidora da prestação de políticas públicas.

3 ESTADO E ECONOMIA: A ORDEM ECONÔMICA E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

A relação entre estado e economia, como visto, não é inovação do estado democrático de direito. Já no Estado Liberal, o ente público assumia a função regulatória, criando o mercado e assegurando o nível mínimo de normatividade que o permitisse funcionar.

Desse modo, o que observamos é o acúmulo racional das funções exercidas pelo Estado na condução da economia, desde o estado liberal, a fim de assegurar que os princípios e objetivos gerais previstos na carta constitucional possam ser concretizados.

Há assim, um leque de funções econômicas exercidas pelo estado, regulatória, compensatória, fiscalizatória (GRAU, 2008), por exemplo, todas com notas interventivas, na medida em que resta superada a idéia de que o mercado, como instituição social, possa funcionar autonomamente, independente da atuação humana.

Nesse sentido, observamos que a constituição funciona como carta política definidora de metas e projetos sociais, sendo o estado democraticamente conduzido o principal agente responsável pela consecução do programa de bem-estar. Esse ente estatal será, assim, dirigido pela constituição e pela normatividade estabelecida no espaço público democrático.

A economia, nesse contexto, apresenta-se como meio privilegiado de construção das possibilidades materiais de efetivação de direitos e garantias fundamentais. Resta preservado a iniciativa privada e o espaço privado de atuação econômica, desde que atendidos os princípios e os valores definidos politicamente na constituição, havendo, assim, uma nova conformação – complementar – entre estado e economia, de determinações recíprocas, mutuamente dependentes.

Em última análise, o que se busca é a consagração do ideal de bem-estar e felicidade almejado pelo humanismo contemporâneo, que identifica nos direitos e garantias fundamentais o pilar de

construção de uma cultura de paz, mundialmente difundida, pautada pela democracia como modelo de organização social.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **Fundamentação constitucional dos processos econômicos: reflexões sobre o papel econômico do direito**. In: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito Social, Regulação Econômica e Crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Moderno e Contemporâneo**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

HELLER, Hermann. **Teoría Del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.

A COMPETÊNCIA DO STF NO JULGAMENTO DE QUESTÕES POLÍTICAS

THE COMPETENCE OF THE STF INTO THE JUDGMENT OF POLITICS DEMANDS

Walleria Barros Marques Linhares

Mestranda em Direito Constitucional da UNIFOR
Especialista em Direito Processual Civil na ESMEC
Advogada

E-mail: walleria@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES; 3 A COMPETÊNCIA DO STF; 4 A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO STF NAS QUESTÕES POLÍTICAS; 5 CONCLUSÕES; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE SEPARATION OF POWERS; 3 COMPETENCE OF STF; 4 THE POSSIBILITY OF THE STF INTERVENTION ON POLITICAL QUESTIONS; 5 CONCLUSIONS; 6 REFERENCES.

Resumo: O presente trabalho trata da problemática que existe atualmente no nosso país sobre a participação do Poder Judiciário na apreciação de casos nos quais envolvem matérias denominadas de questões políticas. O artigo se desenvolve apresentando a importância da Separação de Poderes e da sua previsão constitucional. Em seguida, retrata especificamente a competência do mais elevado órgão do Poder Judiciário, dando ênfase a possibilidade de intervenção deste poder nos Poderes Legislativo e Executivo. E por fim, mostra qual seria a função do STF frente às questões políticas.

Palavras-chave: Judiciário. Poderes. Competência. STF Políticas.

Abstract: The paper talk about the problematic what exists actually in our country above the participation of the Judiciary Power on appreciation of cases that envelops politics questions and politics demands. The article presenting the importance from Separation of Powers and its constitutional preview norms. The paper recants specifically the competence of the plus elevated organ of the Judiciary Power, putting emphasis on the possibility that STF has to intervene in

the Legislative and Executive Powers. To finalize, the article shows what should be the action of the STF in front of the politics questions and politics demands.

Keywords: Judiciary Powers, Competence, STF, Politics

1 INTRODUÇÃO

O tema é bastante pertinente, pois muito se fala no respeito às normas constitucionais acima de qualquer vontade, acima de qualquer norma inferior à constituição. No entanto, algumas questões têm levado a população e sobretudo os estudiosos e aplicadores do direito a pensar em como cumprir efetivamente determinadas normas previstas na CF/1988 sem por outro lado ferir outras normas também constantes na Carta Magna.

A exemplo desta problemática está o tema central do presente artigo que procura analisar e buscar uma solução para o caso de como se deve posicionar o Judiciário, em especial o STF, quando se deparam com questões entendidas por todos por questões políticas. Vários são os entendimentos e várias são as justificativas nos dois sentidos, quais sejam, de que nada poder ser subtraído da apreciação do Poder judiciário, e por outro lado, outros entendem que em questões previstas na CF/88, como matérias referentes a outras esferas de Poder, não cabe ao Judiciário processar e julgar.

De forma que antes de nos inclinarmos para uma destas posições, é importante considerar as normas constitucionais que envolvem a convivência harmônica entre os poderes bem como a questão da competência de cada órgão.

2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de iniciarmos qualquer comentário sobre a separação de poderes, faz-se necessário mencionar que o poder deve ser visto como uma unidade, que é uma característica do Estado, razão pela qual é preciso ter cautela na interpretação da expressão tripartição do poder. No dizer de José Afonso da Silva (2002, p.123) que: "Cumpra, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambos haja uma conexão necessária." Mesmo porque a diferença se constitui entre os órgãos que exercem funções para a sociedade.

Um dos princípios fundamentais da democracia é o da separação de poderes. Responsável inclusive pela manutenção do Estado Democrático de Direito. Tal idéia é justamente um mecanismo para evitar a concentração de poderes no Estado e conseqüentemente possibilitar que todas as suas instituições e todos os seus órgãos realizem suas funções previstas no Ordenamento Jurídico.

A separação de poderes possibilita o Estado distribuir suas funções para um órgão ou para um determinado grupo de órgãos, de modo que o Estado exerça seu papel dentro de uma medida de freios e contrapesos.

Utilizando o Princípio da Separação de Poderes, o Estado brasileiro institui os três poderes essenciais a sua própria manutenção como está exposto no Art. 2º da CF/1988¹. São eles: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário. Sendo que cada um deles foi criado com a sua função específica, de forma que todos possam existir e funcionar de forma independente e harmônica entre si.

Em se tratando de separação de Poderes, Alexandre de Moraes (2002, p. 373) explica:

¹ Art. 2º, CF/88: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

[...] bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

No entanto, é importante ressaltar que os poderes realmente são independentes, cada um tem a sua forma de atuar, são constituídos de formas diferentes, porém devem ser exercidos de forma harmoniosa como manda o dispositivo constitucional.

Esta harmonia deve está presente principalmente nas questões onde o exercício dos Poderes se encontra para a realização das funções que são inerentes ao próprio Estado. Quando a CF/88 estabeleceu que os poderes deveriam ser harmônicos e independentes quis demonstrar, dentre outras coisas, que haverá situações em que um Poder agirá investido de funções típicas de outro poder. Tais situações foram previstas e dispostas ao logo da Constituição Federal de 1988 e devem sempre seguir o princípio basilar da harmonia entre os mesmos. Tudo isso é claro, em nome da Supremacia do Interesse Público e da Manutenção do Estado Democrático de Direito.

Os poderes têm suas funções preponderantes, mas não são exclusivas. A divisão de poderes é feita através da atribuição de cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva, jurisdicional) a órgãos específicos, que levam as denominações das respectivas funções; assim, temos o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário. É a sistematização jurídica das manifestações do Poder do Estado.

Assim temos em cada poder função típica e atípica; aquela exercida com preponderância é a típica e, a função exercida secundariamente é a atípica. A função típica de um órgão é atípica dos outros, sendo que o aspecto da tipicidade se dá com a preponderância.

Em meio a essas diferentes funções de cada poder, podemos exemplificar da seguinte forma: o Poder Legislativo que tem como

função precípua legislar, também administra seus órgãos, momento em que exerce uma atividade típica do Executivo e ainda pode exercer, segundo reza a CF/88 funções jurisdicionais quando, por exemplo, julga seus membros.

Da mesma maneira temos exemplos de diversidades de funções no Poder Judiciário que tem como principal função processar e julgar, mas que também no exercício de suas atribuições exerce funções típicas da esfera administrativa. E por fim, ainda exemplificamos com o Poder Executivo, o qual também pode, além de suas funções típicas, exercer funções atípicas, as quais lhes são conferidas constitucionalmente, quando exerce por exemplo a função legislativa ao editar Medidas Provisórias dentre outras.

Isso porque como diz Pedro Lenza (2006, p.222):

A teoria da "tripartição do poderes", exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isto porque diante das realidades sociais e históricas, se passou a permitir uma maior interpretação entre os poderes, atenuando a teoria que pregava uma separação pura e absoluta dos mesmos.

Desta forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos).

Portanto, é necessidade do próprio Estado dividir suas funções para que o mesmo possa atingir seus objetivos. Só é preciso ressaltar que a independência entre os poderes aqui retratados se manifesta exatamente pelo fato de que cada um pode agir extraindo suas competências da Carta Magna sem que seja necessária a participação ou anuência de outro. É com essa autonomia que cada poder realiza suas funções por meios de seus órgãos sem precisar de qualquer autorização senão às impostas nas disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Daí surge a idéia de que fora da previsão legal, um poder não pode exercer as funções de outro, do contrário estaríamos diante

de uma inconstitucionalidade. Os poderes gozam de uma certa autonomia, porém de forma limitada pela Lei Maior.

Muito importante é a divisão de funções do Estado tratada por Magalhães (2004) em artigo publicado na Internet. Segundo ele, com a evolução do Estado moderno, pode-se verificar que a idéia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder e por isso o Estado se ocupou em dividir suas funções da seguinte forma:

Podemos dizer que o Estado contemporâneo reúne as seguintes funções:

a) a função legislativa;

b) a função jurisdicional;

c) a função constitucional (dos poderes constituintes de reforma);

d) a função administrativa;

e) a função de governo;

f) a função simbólica (típica dos sistemas parlamentares e pertencente ao chefe de Estado);

g) e a função de fiscalização.

Ocorre que para realizar todas estas funções de forma compatível com a independência dos três poderes é preciso que cada função seja realizada por quem tem a competência para fazê-lo. Tal competência, necessariamente deve estar prevista na nossa legislação sob pena de estarmos infringindo o que determina a Ordem Constitucional.

Vejamos o que ainda sobre o assunto diz Lenza (2006, p. 224):

Neste sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade

de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver delegação por parte do constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.

Outro dado importante a ser lembrado e que contribui para o raciocínio das idéias do presente trabalho é o fato de a própria CF/88 ter posto como cláusula pétrea a separação de poderes, conforme se observa pelo Art. 60, § 4º, inciso III da CF².

De forma que nenhuma mudança ainda que pelos meios jurídicos existentes que permitem alterações à CF/88, pode ser feita se infringir o princípio da separação de poderes, sob pena de tal norma ser considerada inconstitucional.

3 A COMPETÊNCIA DO STF

A instituição de um novo Tribunal era acalentada por alguns juristas no final do Segundo Reinado, fruto do labor técnico de nomes como Rui Barbosa, Saldanha Marinho, Rangel Pestana, Antônio Luiz dos Santos Werneck, Américo Brasiliense de Almeida Mello e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro. E com o desenvolver da história e desenrolar dos fatos foi criado o então Supremo Tribunal de Justiça, órgão criado pela Carta Política de 1824 e responsável por meras questões de natureza judicial, despido de sua essência apolítica, iniciando, sob o comando da Lei Fundamental Republicana, o controle de constitucionalidade das leis. (Revista de Informação Legislativa, 2006, p. 156)

E somente em 24 de fevereiro de 1891, quando foi promulgada a primeira Constituição republicana nasceu efetivamente o Supremo Tribunal Federal nos moldes da Carta Política provisória de 1890.

² Art. 60, CF/88 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;

[...]

E uma das suas funções, segundo conta o jurista Aliomar Baleeiro citado no artigo publicado pela revista de Informação Legislativa do Senado, era exatamente a de assegurar o exercício dos direitos dos cidadãos, além de manter o equilíbrio dos três poderes. (Revista de Informação Legislativa, 2006, p. 157)

Nos dias atuais o Supremo Tribunal Federal tem suas atribuições e sua competência expressamente estabelecidas no corpo da Constituição Federal de 1988. O órgão de cúpula do Poder judiciário tem sua composição e demais disposições a seu respeito nos art. 101 e 102 da Carta Magna. Ressaltando que o Art. 102 já não vigora na sua redação original, uma vez que foi modificado pelas Emendas Constitucionais n. 3/1993, 22/1999 e 23/1999. Prevalece na doutrina que a lei ordinária não pode atribuir competência ao STF. (CHIMENTI E OUTROS, 2006, p. 373)

É certo que o texto constitucional nos indica exatamente em quais casos deve o STF atuar, no entanto mesmo não sendo questões de sua competência originária, este órgão julgador também é o responsável pela última palavra quando se trata de analisar decisões já prolatadas por outros órgãos jurisdicionais que vão de encontro às normas constitucionais.

Na verdade, o controle de constitucionalidade das normas é feito por todos os órgãos do Poder Judiciário, seja pelo controle difuso seja pelo controle concentrado, o que de fato é imprescindível é que todas as normas constantes do nosso ordenamento jurídico devam guardar respaldo na legislação constitucional. Nenhuma lei, portaria, decreto, resolução, enfim nenhuma norma ainda que seja de efeitos somente entre as partes pode ferir a Constituição Federal, para evitar justamente o enfraquecimento do próprio Estado.

Neste contexto de controle das normas o STF tem função essencial à manutenção do Estado de Democrático de Direito. De ta tal sorte que cada vez mais se busca dar uma maior efetividade nas funções que o referido órgão exerce. Razão pela qual desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mudanças ocorreram no tocante a competência do Supremo Tribunal Federal.

A exemplo podemos citar ampliação dos agentes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal que no dizer de Oscar Vilhena Vieira (2002, p.227):

Além de aumentar as possibilidades de fiscalização da constitucionalidade das leis, por via de ação direta, expandiu o próprio papel do Supremo enquanto arena política no qual os diversos grupos disputam a realização ou o bloqueio da vontade constitucional.

Imperioso é destacar que nos últimos tempos, dentre outros motivos, dada a participação de outros agentes políticos e sociais, o STF tem se transformado numa arena político-jurídica mais aberta às demandas de diversos setores políticos, sociais e corporativos. (VIEIRA, 2002, p. 228)

4 A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO STF NAS QUESTÕES POLÍTICAS

O Poder Judiciário exerce função de grande importância na consolidação da Democracia em nosso Estado. A nossa Constituição Federal de 1988 prega como um dos princípios basilares o Estado Democrático de Direito, e para tanto, é preciso que o Poder Público em todas as suas esferas de atuação esteja em harmonia e em perfeito funcionamento, e é claro, sempre a serviço do povo.

Dentre os poderes existentes, a CF/88 traz o Poder Judiciário como aquele que garantirá o cumprimento das normas e de todos os direitos previstos no nosso Ordenamento Jurídico. A prova disso temos em um dos dispositivos da CF/88 no qual é dito que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser impedida de ser apreciada pelo Poder Judiciário³. Tal garantia é a força que move a Democracia, haja vista que tudo o que for de encontro aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito deve ser apreciado e julgado pelo Poder Judiciário nas suas mais diversas esferas de competência, a depender do caso concreto.

³ CF/88, Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O mais notável e de função mais importante dentro do Poder Judiciário está o Supremo Tribunal Federal que por ser órgão do referido poder também deve apreciar questões que se enquadram como lesão ou ameaça de lesão a algum direito.

Isso porque os órgãos do Poder Judiciário, inclusive o STF, juntamente com os outros poderes fazem o sustento da Democracia. De nada valeriam normas criadas pelo legislador se não fossem cumpridas, assim como de nada valeriam atos Poder Executivo se estes não fossem acatados. Num Estado Democrático de Direito que prega a Democracia como sua essência, os Poderes caminham e trabalham juntos interagindo sempre, de forma que possam sempre diminuir as desigualdades e buscar o crescimento e desenvolvimento do próprio Estado.

Importante é destacar que um grande problema surge quando o objeto da lide se trata de um tema que a doutrina denomina de questões políticas. Diversos são os posicionamentos sobre a matéria, haja vista que se trata de algo muito subjetivo. O que pode ser uma questão puramente política para uma pessoa pode assim não ser entendida para outra.

A participação do Poder Judiciário, e em especial a participação do STF, enfrentando o referido tema não é recente. O tema sempre foi alvo de diversas discussões para os que fazem política, para aqueles que fazem a justiça e para toda a sociedade.

No início do Século XX tal tema foi bastante discutido devido a uma ação de reivindicação de posse e propriedade ajuizada por Rui Barbosa no STF contra a União Federal, na qual o mesmo na qualidade de advogado do Estado do Amazonas, pleiteava que lhe fosse anexada a parte setentrional do daquela região, denominado na época de Acre Setentrional.

Foi uma das maiores causas do mundo e a maior da história forense brasileira, pois só a inicial, acompanhada de documentos, consistia em 21 volumes de quase seiscentas páginas cada um. Em 1910 Rui apresentou a sua resposta a uma réplica da União, depois publicada no mesmo ano com o título "O DIREITO DO

AMAZONAS AO ACRE SETENTRIONAL", 2 volumes, que é considerada o melhor e o maior trabalho de advogado brasileiro apresentado num tribunal. (MARQUES, 2007) O STF nunca julgou a causa e a questão terminou com a Constituição Federal de 1934, que reconheceu ao Estado do Amazonas o direito de ser indenizado pela União devido aos prejuízos a ele causados pela incorporação do Acre ao território nacional.

Na referida peça processual que virou uma obra de grande importância no tocante a análise das chamadas questões políticas, Rui começa informando que, primeiramente, é necessário verificar a verdadeira abrangência do que significa questões políticas, para não correr o risco de deixar de se fazer justiça alegando que um determinado fato não pode ser apreciado pelos tribunais por ser considerado uma questão puramente política, apenas para atender a interesses políticos. (BARBOSA, 1983, p. 96)

O citado jurista traça um paralelo entre o nosso STF com a Suprema Corte americana para explicar a mudança de pensamento daquele órgão julgador em grandes casos nos quais estavam presentes questões políticas. Nesta linha de raciocínio, Rui Barbosa ainda demonstrou que em determinadas casos americanos, tal mudança era verificada principalmente quando as decisões transpareciam ou mesmo enunciavam declaradamente as considerações políticas em que baseava sua doutrina. Talvez porque, segundo escreve Rui Barbosa que a Corte Suprema, quanto a determinados assuntos, variava notoriamente com as convicções políticas dos juízes que a presidiam e que compunham a casa. (BARBOSA, 1983, p. 98-102)

Ainda na mesma obra podem-se extrair entendimentos do grande jurista mencionado quando ele trata especificamente da função da Corte em relação às questões políticas comentando sobre a competência do Tribunal para decidir quais as questões eram políticas ou não, ou seja, quais as questões poderiam ser apreciadas ou não pelos tribunais.

Na análise do tema, imperioso é saber o que pode ser considerado questões políticas e como compatibilizá-las com a defesa da constituição nacional. Nas palavras de Barbosa (1983, p.111 - 113)

[...] não basta que a questão estreme com a política, ou com ela prenda; que tenha relações políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja susceptível de efeitos; que à política interesse. [...] É mister que seja simplesmente, puramente, meramente política, isto é que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente.

No entanto, mesmo diante de tão preciosas diretrizes dadas por um grande estudioso do direito brasileiro bem como do direito comparado, ainda não foi o suficiente para dirimir todas as dúvidas em relação a identificação dos casos que são questões políticas. E ainda hoje, passados tantos anos do caso posto a julgamento pelo advogado baiano, ainda nos deparamos com conflitos da mesma espécie.

Não raro chega ao STF matérias cujo conteúdo faz surgir questionamentos sobre a existência de competência daquele órgão para julgar casos políticos. Diante do caso concreto, sempre aparecem opiniões de todos os sentidos. No entanto, é importante destacar que não se trata de questionamento de fácil resposta, mas deve ser analisado com cautela e com base em todo o nosso ordenamento jurídico, notadamente atentando para o fiel cumprimento da nossa Lei Maior.

A título ilustrativo e necessário para o esclarecimento do tema por este trabalho tratado, se faz necessário apresentar um caso recente no qual o STF entende que é passível de controle judicial questões de ordem política, desde que ofendam aos direitos constitucionais. No DJU de 16.10.2007 foi publicada uma decisão cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes no seguinte pleito no trecho a seguir selecionado⁴:

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Carlos Fernando Coruja Agustini e outros Deputados Federais, contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados (fls. 30-31) que indeferiu o Recurso

⁴ Decisão do STF em sede de MS 26915 MC/DF, divulgada no site <http://direitoempauta.blogspot.com/2007/11/stf-passvel-de-controle-judicial.html>, acessado em 05/12/2007

nº 104/2007, e, consequentemente, manteve decisão que indeferiu questão de ordem, na qual se sustentava o impedimento do Deputado Federal Pedro Novais para presidir Comissão Especial em Proposta de Emenda à Constituição da qual foi signatário.

Alega a inobservância do devido processo legislativo na tramitação da PEC nº 558/06, visto que do art. 43 do RICD ("Nenhum Deputado poderá presidir reunião de Comissão quando se debater ou votar matéria da qual seja autor ou Relator") se extrai uma proibição peremptória regimental" de que o Deputado seja autor ou relator de alguma proposição e, ao mesmo tempo funcione como presidente da Comissão que vá debater ou votar aquela matéria" (fl. 16).

[...]Resume sua pretensão afirmando que "o presente mandado de segurança tem o escopo de evitar uma violação ao devido processo legislativo, que está sendo ilícitamente desrespeitado pela presença do Deputado Pedro Novais na presidência da Comissão Especial" (fls. 11-12).

[...]Por fim, pleiteiam em caráter liminar o deferimento do presente mandamus "para determinar-se à autoridade impetrada que retire a PEC nº 558-A, de 2006, da pauta do Plenário da Câmara dos Deputados" (fl. 12). No mérito, requerem a declaração de nulidade de todos os atos legislativos posteriores à eleição do Deputado Pedro Novais para presidir a Comissão especial destinada a apreciar a PEC nº 558-A/06, e que se determine a eleição de outro Presidente.[...]

É entendimento da Corte nesta ocasião foi bem firme no sentido de salientar que embora se trate de uma questão de trato político, não se pode afastar a obrigação do Poder Judiciário de apreciar, processar e julgar nos casos onde houve ofensa a Constituição Federal. Os argumentos utilizados por ocasião deste julgamento coincidem com os mesmos argumentos utilizados desde os tempos de Rui Barbosa, qual seja:

[...]Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça e, contudo, em revestido a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo, ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. (BARBOSA, 1983, p.129)

A decisão no referido Mandado de Segurança foi pautada nas idéias de que nenhum assunto pode ser previamente excluído da apreciação judicial por uma questão de supremacia da Própria Constituição como peça chave para a existência de um Estado Constitucional.

Por outro lado é bom lembrar a idéia lançada por Rui Barbosa de que a saída para definir o que sejam questões meramente políticas e com esta definição vir a certeza que não cabe a intervenção do Judiciário, é se pautar na definição correta dos poderes discricionários (BARBOSA, 1983, p. 131). E neste sentido ele acredita que pode haver sim a discricionariedade nas questões políticas, no entanto a tal exercício é dado um limite. O limite para o exercício do poder político é a própria Constituição Federal. Considera Rui Barbosa a Constituição o essencial limitador para o exercício do Poder Legislativo e para o Poder Executivo e nela está contido expressamente o que pode e o que não pode ser exercido pelos poderes.

Rui acrescenta ainda que não se pode evitar de todo as questões políticas, pois freqüentemente podemos nos deparar com as mesmas. Lembra ainda que muitas vezes existem questões supostamente jurídicas na forma, mas que têm em sua essência questões políticas; e ainda que matéria de questões meramente políticas são advindas do poder discricionário com direitos fixados na lei fundamental. (BARBOSA, 1983, p. 131)

É importante ainda frisar que a doutrina tradicional entende que as questões interna corporis sempre esteve firmada na idéia de que as Casas Legislativas, ao aprovar os seus regimentos, estariam a disciplinar tão-somente questões internas, de forma que a violação

às normas regimentais deveria ser considerada apenas como tais. O que na verdade não pode ser entendido desta forma, haja vista que o regimento interno na qualidade de integrante do ordenamento jurídico brasileiro deve também respeitar a Constituição Federal.

Outro julgamento histórico do STF no qual foi apreciado um caso em que muito se comentou de questões políticas foi no habeas corpus 3.697, julgado em 1914. No referido habeas corpus impetrado pelo Dr. Astolpho de Rezende a favor do Senador Nilo Peçanha, se pleiteava que o mesmo pudesse, livre de todo o constrangimento, penetrar no palácio presidencial do Estado do Rio de Janeiro e depois de ser devidamente empossado como presidente do mesmo Estado, exercer as funções do referido cargo, por ter sido para ele eleito e proclamado pela Assembléia Legislativa para servir no quadriênio que estava naquele momento se iniciando e que iria até 1918.

Na referida decisão, o STF também menciona que a ordem constitucional repousa na ação livre e harmônica dos poderes e que da nítida esfera de cada um deles resulta as leis, mas que as mesmas só valem pela inteligência que lhes dá o judiciário, como as que entende ele nos pleitos que julga.

Afirmou ainda em tal julgamento a idéia de que nas questões políticas onde existe debate sobre direitos sujeitos à apreciação da justiça, cabe a STF apreciar e o fazendo não estaria extrapolando os limites da sua competência.

Importante ressaltar que no HC 3.697 o Supremo Tribunal Federal acaba concedendo a ordem de habeas corpus preventivo ao Senador Nilo Peçanha para que este, pudesse, livre de qualquer constrangimento e assegurada a sua liberdade individual, penetrar no palácio da presidência do Estado do Rio de Janeiro e exercer suas funções de presidente do mesmo Estado até a expiração do prazo do mandato e que desta forma, entendeu a Suprema Corte, não haveria razão para se falar em invasão na esfera de poderes, haja vista está o Supremo tão somente exercendo suas funções de guardião da Constituição.

Muito embora se possa cogitar a idéia de que o Supremo Tribunal Federal não tenha competência para resolver de qualquer modo questões relativas à presidência de uma assembléia legislativa, federal ou estadual, não devemos nos afastar da idéia de que ele é o grande protetor das normas constitucionais. A ele cabe garantir todos os direitos e obrigações nela previstos.

Ressalta-se que neste último caso tomado como exemplo, e que também serve de construção de raciocínio para os demais casos ditos políticos, o STF não interviu propriamente de forma direta na formação da mesa de uma assembléia legislativa, e por isso não exerceu uma função que não lhe era própria. No caso sob comento, a Corte tão somente realizou a sua função dentro do que a própria constituição da época previa como competência daquela casa. Em nenhum momento houve alguma ofensa ao princípio da Separação de Poderes.

Assim, é importante ressaltar que o STF tem uma grande responsabilidade em cumprir os preceitos constitucionais, afastando qualquer norma que venha descumprir a CF/88. E apesar de o entendimento do STF poder variar de acordo com o caso concreto, em se tratando de questão política em sua essência, o STF deve, em nosso sentir, adotar a postura de apenas cumprir sua função, qual seja de fazer valer a CF/88. Tudo que infringir as normas constitucionais seja como for, em questões políticas ou não, o STF tem o direito e o dever de se posicionar sobre o caso.

5 CONCLUSÕES

Nunca se pode perder de vista que a Constituição Federal é a nossa Lei Maior e que é ela a principal garantidora do Estado Democrático de Direito. Se por alguma razão, seja ideológica, política, ou por outro motivo qualquer infringirmos suas normas, estaremos correndo o risco de mitigar o seu poder de atuação o que comprometeria a existência do próprio Estado.

Da mesma forma que temos institutos tão preciosos e importantes para a sobrevivência da Democracia e do Estado Democrático do Direito, o nosso ordenamento jurídico também

possui previsão de um órgão garantidor da sua manutenção, qual seja o STF. Não é a toa que o Supremo Tribunal Federal é denominado de guardião da Constituição, porque a ele cabe zelar pelo cumprimento e pelo respeito de todas as normas constitucionais.

Portanto, mesmo sabendo que a CF/88 trouxe funções diferenciadas para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo cada um a sua importância para a efetividade do Estado, e, mesmo no pleno exercício de suas funções previamente e expressamente previstas no corpo da Carta Magna, se algum órgão dos citados poderes agir de encontro às suas normas, o STF tem de forma absoluta a competência para apreciar tal questão. Ainda que seja uma questão política, pois se a mesma se investiu de inconstitucionalidade e ameaçou a vida da CF/88 o STF correrá em socorro desta!

6 REFERÊNCIAS

ASSOCIACAO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Rui Barbosa e a História do Direito**. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=730. Acesso em 05 dez.2007.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983. 37 v.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**, Brasília, DF, Diário Oficial, 05 out 1988.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITO EM PAUTAS. **STF: é passível de controle judicial questões de ordem política, desde que ofendam aos direitos constitucionais**. Disponível em <http://direitoempauta.blogspot.com/2007/11/stf-passvel-de-controle-judicial.html>. Acesso em 05 dez.2007

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10 ed. São Paulo: editora Método, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A teoria da separação de poderes**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>, 2004. Acesso em 03 dez.2007.

MARQUES, Luís Guilherme. Associação dos Magistrados Brasileiros. **Rui Barbosa e a História do Direito**. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=730. Acesso em 05 dez.2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002

REVISTA DE INFORMACAO LEGISLATIVA DO SENADO. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006. Disponível em: www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_171/R171-11.pdf. 2006. Acesso em 04 dez.2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Nº 3.697**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3697.pdf>. Acesso em 05 dez.2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

THE OBJECTIVATION OF DIFFUSE CONTROL ON THE BRAZILIAN LAW

Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR

Pós-Graduando em Direito e Processo do trabalho pela
Faculdade Christus

Advogado

E-mail: rafael_deocleciano@yahoo.com.br

José Péricles Pereira de Sousa

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Universidade
Federal do Ceará - UFC

Advogado

Sócio da banca Sousa, Monteiro e Deocleciano

E-mail: pericles.sousa@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF; 2.1 AMICUS CURIAE; 2.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO; 2.3 DISPENSA DE PREQUESTIONAMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO; 2.4 REPERCUSSÃO GERAL POR AMOSTRAGEM; 3 AS ATRIBUIÇÕES DO SENADO FEDERAL; 4 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE SUPREME COURT; 2.1 AMICUS CURIAE; 2.2 MODULATION OF THE EFFECTS IN DIFFUSE CONTROL; 2.3 UNECESSARY PREVIOUS QUESTIONAMENT IN EXTRAORDINARY APPEAL; 2.4 GENERAL REPERCUSSION BY SAMPLING; 3 THE DUTIES OF THE SENATE; 4 THE OBJECTIFICATION OF DIFFUSE CONTROL; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O controle de constitucionalidade das leis representa um aparelho de salvaguarda do sistema constitucional. Na perspectiva brasileira, constatou-se uma intensa influência dos modelos norte-americano e europeu, resultando numa condensação destes. A nova ordem jurídica de 1988 demonstrou uma tendência em homenagear o controle concentrado em detrimento do controle difuso, que há muito dominava. Nesse sentido, as atuações do Poder Legislativo em fortalecer ainda mais os mecanismos de controle abstrato e a presente atuação da jurisdição constitucional, possibilitaram uma nova tendência de aproximação dos sistemas de controle, levando em consideração que vários aspectos do controle abstrato foram transportados para o controle difuso. O maior reflexo dessa aproximação resultou na tendência de considerar o recurso extraordinário como veículo de controle abstrato das normas, conforme se vê na discussão da Reclamação 4.335/AC. Essa discussão impõe um questionamento a respeito da funcionalidade do art. 52, X, da CF, e a sua interpretação na realidade contemporânea.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Mudança constitucional. Objetivação do controle difuso.

Abstract: The judicial review is a safeguarding unit of the constitutional system. In the Brazilian perspective, there was influence of the models North American and European, resulting in condensation of these. The new legal order of 1988 showed a tendency to honor the concentrated control over the diffuse control, which has long dominated. In that sense, the actions of the Legislative Power to strengthen the mechanisms of abstract control and the present actuation of constitutional jurisdiction has enabled a new trend of approximation between the control systems, taking into consideration that several aspects of abstract control were transported to diffuse control. The biggest reflection of that approach resulted in a tendency to consider the Extraordinary Appeal as a vehicle for control of abstract rules, as it can see in Constitutional Complaint nº 4335. This discussion requires a question regarding the functionality of art. 52, X, of Constitution, and its interpretation in contemporary.

Keywords: Judicial review. Constitutional change. Objectification of diffuse control.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro passa por um momento de extrema relevância. Durante, praticamente, toda a evolução do controle das normas, vigorou o modelo do *judicial review*, sendo de rara utilidade o sistema europeu. No entanto, em decorrência da promulgação da Constituição de 1988, ocorreu uma considerável expansão do controle concentrado de constitucionalidade, não apenas com a manutenção de alguns instrumentos de controle já existentes, mas também com a criação de outros (ADC e ADPF), a regulação infraconstitucional e o

aumento do rol de legitimados para a propositura dessas ações.

O ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a prevalência do controle abstrato, abriga um sistema eclético e bastante peculiar, sendo, tradicionalmente segregado, levando em consideração o interesse, a competência, a apreciação, os efeitos, etc. Não obstante esta divisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem coordenando mudanças significativas no que diz respeito à aproximação de ambos os sistemas. Em verdade, mais apropriado seria dizer que existe uma objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Realidade respaldada na força normativa da Constituição.

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de guarda da Constituição, que a lei fundamental explicitamente lhe confiou’ (STF, 2006a, p.55).

A Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela Reforma do Judiciário, além das inovações ao controle concentrado, trouxe também novas características ao recurso extraordinário. Modificações que, intencionais ou não, expressam exatamente o desígnio de transformar o recurso extraordinário em um utensílio do controle abstrato de constitucionalidade. (DIDIER JR., 2007, p.104).

Em decorrência dessa perspectiva de objetivação do controle difuso, faz-se premente uma releitura do sistema supra, avaliando, de maneira detida, as interseções existentes entre os dois modelos de controle das normas. E, por fim, analisar o papel do Senado Federal no que diz respeito à suspensão da execução da norma declarada inconstitucional por maioria absoluta dos membros do STF.

2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

O STF, como guardião da Constituição, tem o objetivo de torná-la efetiva na realidade social. Em decorrência desse dever, percebem-se, ultimamente, avanços no exercício da jurisdição constitucional. E uma das mais importantes mudanças trata-se da objetivação do recurso extraordinário, ressaltada pelo visível prestígio às decisões plenárias proferidas em controle difuso.

Quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle de constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a idéia de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário *atinge apenas as partes* tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorreu, inicialmente, após a fixação do entendimento de que, após o Supremo ter declarado, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal. E, recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese sustenta que mesmo nas decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário. (MARINONI, 2006, p.56).

Dentre as várias questões enfrentadas pelo Supremo, anota-se o recurso extraordinário n. 388.830-7/RJ, que invoca a nova orientação. Quando da apreciação do referido recurso, o ministro Gilmar Mendes, apesar da questão suscitada ser fundamentada em determinados dispositivos da Constituição, resolveu conhecer e dar provimento ao expediente com base em outros diferentes

dispositivos e, ademais, em um julgado do Pleno, levando em consideração que o acórdão recorrido divergia do posicionamento deste.

No recurso extraordinário, alega-se violação aos arts. 59 e 239 da Constituição Federal [...] Ocorre, porém, que não se verificou a violação ao art. 239 da Carta Magna, tendo em vista que o STF, em diversas oportunidades, declarou a constitucionalidade de alterações do PIS por legislação infraconstitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 [...] Entretanto, o acórdão recorrido divergiu da orientação firmada no julgamento do RE 357.950, Pleno, sessão de 09 de novembro de 2005, em que ficou assentada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, 1988. Assim, apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado. A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (STF, 2006b, p. 55).

A propósito, o assunto rende discussão em diversos tópicos, cada qual merecendo destaque, a fim de melhor compreensão dessa nova tendência.

2.1 Amicus Curiae

A figura do *amicus curiae* (amigo da Corte) significou uma providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, levando em conta que se tornou aceitável a participação de órgãos ou entidades no processo objetivo, tendo por finalidade esclarecer matéria relevante ou controversa em pauta no Pretório Excelso. Nos moldes do arts. 7º e 18, da Lei 9.868/99, tornou-se possível, através de despacho irrecorrível do relator, a admissão destes terceiros como auxiliares

da Corte, propiciando a esta uma melhor aferição da matéria a ser julgada.

A mesma lei tratou de inserir dispositivos no CPC que conferem a participação de *terceiro* em questões incidentais de controle de constitucionalidade nos Tribunais. Walter Claudius Rothenburg citado por Dirley da Cunha Júnior entende que "não há negar que, com a previsão contida nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 482 do CPC, pretendeu-se emprestar um caráter de *concentração e objetivação* ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos Tribunais." (CUNHA JR., 2007, p.192).

O STF vem considerando conveniente a participação do *amicus curiae* (inclusive a sustentação oral) em sede de controle difuso, admitindo a nova tendência de objetivação deste processo constitucional. O RE n. 416827/SC realçou essa orientação no Supremo.

Esse propósito de objetivação foi ainda mais acentuado pela possibilidade da participação de terceiros, quando da análise da repercussão geral, em sede de recurso extraordinário. Situação acrescentada pela Lei 11.418/06, inserindo nova disposição ao Código de Processo Civil (art. 543-A, § 6º). Assim, no ímpeto de atestar a relevância da matéria a ser apreciada pelo STF, em decorrência da comprovação dos requisitos estabelecidos na lei da repercussão geral, a participação do *amicus curiae* realça o caráter abstrato de uma discussão inicialmente subjetiva, enfatizando, assim, objetivamente, a questão constitucional observada, semelhante a outros casos concretos.

2.2 Modulação dos efeitos no controle difuso

A perspectiva de fusão dos modelos de controle de constitucionalidade na realidade brasileira é algo bem palpável quando se trata do que se convencionou chamar de *modulação dos efeitos*. Esse mecanismo, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, oportunizou ao Supremo Tribunal Federal indicar o limite temporal da eficácia de suas decisões em controle concentrado, caso seja

comprovada situação de defesa da segurança jurídica ou relevante interesse social.

Esses efeitos poderão ter caráter: retroativo (*ex tunc*), prospectivo (*ex nunc*) ou *pro futuro* (designação de um momento a *posteriori* para a ocorrência dos efeitos). Nesse sentido, a título de breve observação, pode-se afirmar que esta *modulação* impede em imputar quais os efeitos, por exemplo, de uma decisão em ADI ou ADC, pois apenas a matéria e suas implicações, objeto de julgamento pelo STF, indicarão o melhor juízo.

O ministro Gilmar Mendes defende que, apesar de vigorar, em regra, o princípio da nulidade da norma, este poderá ser afastado quando confrontado, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica ou outro de relevante interesse social, tendo como mediador desta ponderação o princípio da proporcionalidade.

Como já assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem alguns precedentes nos quais, em controle incidental, deixou-se de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Mais recentemente, inclusive e notadamente após a promulgação da lei 9.868/99, a Corte, em mais de uma oportunidade, admitiu a possibilidade de limitação dos efeitos temporais de declaração de inconstitucionalidade, fazendo referência expressa ao art. 27 da Lei. (BARROSO, 2006, p. 108).

Muito embora esta cláusula esteja inserida no aspecto do controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal a tem utilizado em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade, entendendo ser lícita a admissibilidade do uso dessa técnica.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão. Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia,

ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados. Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. Na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto. (BARROSO, 2006, p. 289).

Esse posicionamento adotado pelo Supremo constitui outro indício de aproximação dos modelos vigentes no Brasil. Assim, pode-se citar alguns julgados do STF, atestando a necessidade de se aplicar a modulação dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade. É o caso do julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917/SP, onde se constatou uma ofensa ao disposto no art. 29, inciso IV, CF. Hipótese em que a cidade de Mira Estrela/SP possuía um artigo em sua Lei Orgânica, estabelecendo uma proporcionalidade de vereadores por habitantes acima do permitido pela Constituição Federal. O min. Gilmar Mendes, em seu voto, entendeu a necessidade de modular os efeitos. Veja-se o teor de sua decisão:

Não há dúvida, portanto, de que no presente caso e diante das considerações antes esposadas, acompanho o voto do relator, para conhecer o recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela-SP. Faço-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade pro futuro). (STF, 2004a, p. 08).

Mais adiante, em folha de explicação, o ministro Gilmar Mendes aponta a necessidade de que o caso decidido pelo Pleno

deva ser regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), demonstrando a superação da intervenção pelo Senado. Em complemento, o ministro Marco Aurélio entendeu que a utilização da resolução pelo Senado seria inapropriada para o caso em questão.

Nesse sentido, o TSE, por meio da Resolução n. 21.702/04, acolheu a decisão do Supremo, em todo o seu teor, asseverando a necessidade de que os demais municípios do país teriam de "obedecer" a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da cláusula de proporcionalidade (art. 29, IV, CF), adequando o número de vereadores ao quociente eleitoral correspondente, tendo como fundamento principal, como dito anteriormente, a força normativa da Constituição. (DIDIER JR., in: CAMARGO, 2007, p. 108).

No julgamento do habeas corpus n. 82.959/SP também foi considerada oportuna a aplicação do referido dispositivo (art. 27, Lei 9.868/99), tendo em vista a salvaguarda da segurança jurídica e do excepcional interesse social. O STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que vedava a progressão de regime. (STF, 2006c, p. 18).

2.3 Dispensa de prequestionamento em recurso extraordinário

O prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, onde se impõe que a matéria constitucional, objeto deste recurso, tenha sido suscitada em instância inferior. Este é o subterfúgio frequentemente utilizado pelos tribunais para não apreciar as questões meritórias, pois a sua falta constitui um obstáculo intransponível.

Não obstante a isso, a ministra Ellen Gracie Northfleet, em decisão emblemática, dispensou o requisito do prequestionamento em sede de recurso extraordinário para apreciar matéria de relevância constitucional. Em seu julgado, a ministra assinalou o espírito de transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, reforçando o papel

da jurisdição constitucional em acentuar a força normativa da Constituição, pois, muitas vezes, o dito requisito torna-se um óbice ao cumprimento dessa missão.

Já manifestei em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas [...] Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional. (STF, 2004b, p. 43).

Desse modo, vê-se que, aos poucos, os obstáculos processuais estão sendo vencidos para que a efetividade do processo constitucional seja alcançada.

2.4 Repercussão geral por amostragem

A Lei 11.418/06 (Repercussão Geral) trouxe outra novidade em termos de controle de constitucionalidade pela via do recurso extraordinário. A repercussão geral por amostragem é um elemento que enrobustece o processo de abstração deste recurso e, por consequência, o prestígio às decisões em sede de fiscalização difusa pelo Supremo.

Nos casos em que houver multiplicidade de recursos a tratar de matéria de fundo idêntica, o Tribunal provocado remeterá ao STF um ou mais recursos, determinando o sobrestamento dos demais, nos termos do art. 543-B, § 1º. Caso o Supremo Tribunal Federal entenda pela inexistência da repercussão geral, todos os outros recursos sobrestados considerar-se-ão não admitidos (art. 543-B, § 2º, CPC).

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da **repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo**, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de 'objetivação' do controle difuso de constitucionalidade das leis [...] (Ibidem, Idem, p. 273). (grifo nosso)

Existe ainda outra implicação que merece ser ressaltada. No caso de reconhecimento da repercussão geral e julgamento do mérito do recurso extraordinário, os tribunais poderão considerar os recursos sobrestados prejudicados ou poderão exercer o juízo de retratação (efeito regressivo). "A permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada em abstrato, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto" (DIDIER JR., 2007, p. 273).

O que é oportuno deixar evidente é que, em não havendo o juízo de retratação, o STF poderá, de acordo com o seu Regimento Interno, cassar ou reformar o acórdão contrário à sua orientação (art. 543-B, § 4º, CPC). Como dito anteriormente, a repercussão por amostragem fortalece, de modo claro, as decisões tomadas pelo STF.

Esta breve explanação acerca da objetivação do controle difuso (especialmente do recurso extraordinário) foi relevante para demonstrar como as modificações da legislação e a evolução interpretativa do STF contribuem para o fortalecimento de suas decisões em controle concreto. Em decorrência do largo alcance de seus julgados, questiona-se a funcionalidade do art. 52, X.

3 AS ATRIBUIÇÕES DO SENADO FEDERAL

A competência do Senado para suspender a lei (*lato sensu*) considerada inconstitucional pelo STF foi um artifício criado pela Constituição de 1934, levando em consideração de que, no Brasil, predominava o sistema do *judicial review*, muito embora

as decisões da Corte fossem desprovidas do princípio do *stare decisis*. Esta cláusula ainda permanece na Constituição atual (art. 52, X) com a seguinte redação: "Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

O texto do dispositivo supracitado confere ao Senado Federal a atribuição de suspender, através de Resolução, a lei considerada inconstitucional pelo Supremo, acrescentando a eficácia *erga omnes* e *ex nunc* às suas decisões em controle difuso. No entanto, questiona-se, pós 88, à sua funcionalidade, porquanto o novo contexto normativo é ambiente inóspito à sua aplicação literal. "Limite-me a dizer que o certo, a meu ver, seria a própria sentença definitiva do STF ser dotada de eficácia *erga omnes*" (VELOSO, 2007, p.137).

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. **Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos.** Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. (BARROSO, 2006, p. 111, grifo nosso)

O espírito de mudança pode ser observado na ampliação das ações diretas (ADI, ADC, APDF e as respectivas leis infraconstitucionais), súmula vinculante, etc. Diante dessa conjuntura, é imprescindível a releitura dos institutos atrelados ao controle incidental de inconstitucionalidade. Como se percebe, os julgados proferidos pelo Supremo, na seara do controle difuso, findam por ter um efeito que transcende o âmbito da decisão, apontando que o próprio STF vem 'readequando a inteligência' do art. 52, X, da CF.

Concomitantemente a essas mudanças, o STF, quando necessário, tem aperfeiçoado as suas decisões em controle difuso, enfrentando as questões de maneira objetiva (em tese), muito embora o caráter concreto dos casos. E não seria precoce dizer que a *repercussão geral* acentuou essa inclinação, pois este requisito impõe ao recorrente a obrigação de comprovar que o problema discutido em sua lide também diz respeito a outras lides independentes, ou seja, a "questão de fundo" a ser avaliada pelo Supremo seria, sem rodeios, a mesma.

Então, porque, nestes casos, a decisão tomada pelo Pleno do STF teria de ser *inter partes*, já que o alvo é uma discussão da norma em tese? Essa restrição aos efeitos seria algo atentatório ao princípio da economia processual. E não se poderia falar em malferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois se está diante de uma apreciação da lei em tese.

Nos moldes do Tribunal Constitucional Alemão, entendemos que o Supremo, em termos de controle difuso, não tem que resolver questão *subjativa*, discutindo e decidindo o mérito de uma querela de irrelevante teor constitucional, mas, tão precisamente, proceder à análise objetiva da ofensa ao texto constitucional. A sua função se identifica com a concretização dos fatores axiológico-fundamentais, ou seja, a realização dos programas e dos princípios estabelecidos na Constituição.

O ministro Marco Aurélio, relator do HC n°. 82.959/SP, observou que, independentemente do caso concreto, o § 1º do art. 2º da Lei n°. 8.072/90 constitui, de per si, uma violação ao princípio da individualização da pena. Veja-se o teor da sua decisão:

Segundo salientei na decisão que deferiu a liminar, o modelo adotado na Lei n. 8.072/1990 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC 82.959/SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com

vista à ressocialização. Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena. (STF, 2006d, p.18).

Não seria inverdade dizer que o caráter subjetivo de um litígio, ao menos no recurso extraordinário, passou a ser, tão só, um instrumento de provocação da jurisdição constitucional. Gilmar Mendes entende que: "o processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos" (DIDIER JR., 2007, p. 106).

Essa breve digressão foi importante para concluir que o instituto da suspensão da execução pelo Senado se mostra obsoleto diante das alterações normativas e do posicionamento do Supremo. No entanto, o ministro Gilmar Mendes, numa perspectiva de contextualização da norma, propõe uma mutação constitucional (informal), resgatando uma atribuição há muito proposta por uma doutrina em ascensão. Assim, tendo como paradigma a reclamação constitucional n.º 4.335/07, discute-se a pertinência dessa mutação constitucional.

4 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A reclamação constitucional, como exposto anteriormente, trata-se de uma ação ajuizada perante o STF, tendo por finalidade a preservação de sua competência e garantia da autoridade de seus julgados em sede de controle abstrato. Não obstante a isso, a Defensoria Pública do Estado do Acre ingressou com uma reclamação constitucional em face da decisão do juiz da Vara de Execuções Penais, que indeferiu o pedido de progressão de regime.

Na petição inicial, o reclamante alega o descumprimento à decisão prolatada pelo Supremo no HC n.º 82.959 (Relator Ministro Marco Aurélio) que afastou a vedação de progressão de regime por entender a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º (Lei 8.072/90). Em seu voto, o min. relator Gilmar Mendes enfrentou, inicialmente, a possibilidade de ajuizamento da reclamação constitucional, levando em consideração que esta, em regra, é

admissível contra decisões contrárias a posicionamento firmado em controle concentrado ou em súmula vinculante. O ministro afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada, ressaltando que a reclamação será cabível sempre quando existirem decisões *conflitantes* contra as suas teses.

Em momento posterior, o ministro discutiu se a decisão prolatada no HC n.º 82.959/SP dependeria da expedição de resolução pelo Senado Federal no sentido de suspender a eficácia da norma, empregando efeitos *erga omnes*. Entendeu que a amplitude do controle concentrado e a possibilidade de suspensão da eficácia da norma através da medida liminar contribuíram para a descrença da aplicação literal do art. 52, X. Salientou ademais que o instituto é ato político e remonta uma concepção rígida de separação de Poderes há muito ultrapassada. O ministro Gilmar Mendes manifestou em seu voto o reconhecimento de eficácia *erga omnes* ao HC n.º 82.959/SP.

A suspensão da execução da norma pelo Senado, no contexto atual, teria outra função que não corresponderia à sua literalidade, qual seja, a de dar publicidade aos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucionalidade, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como é assente não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas [...] (MENDES, 2006, p. 280).

O ministro Gilmar Mendes, em discussões anteriores, já vinha manifestando sua vontade de analisar a questão com maior cautela,

asseverando a necessidade de um novo entendimento para o art. 52, X, da Constituição. Essa situação, em seu juízo, retrata uma autêntica mutação constitucional.

Essa nova concepção merece algumas observações pertinentes, tendo em vista o rompimento que se pretender estabelecer. Em primeira análise percebe-se que o sentido que se busca empregar ao art. 52, X, foge às dimensões do texto normativo, compondo-se, simplesmente, numa outra definição. A doutrina questiona se o STF teria legitimidade nessa atuação. Pergunto, com a mesma preocupação, se o Legislativo teria legitimidade em se manter inerte diante uma necessidade de mudança? Reforço que os direitos positivados não podem perecer ao juízo de conveniência do legislador ordinário sob pena malferimento à Constituição.

No desejo de ressuscitar o art. 52, X, imputa-se a sua imperiosa missão de proporcionar aos "representantes do povo" a participação no controle de constitucionalidade das normas (exigência democrática). Particularmente, a afirmativa deve ser vista com ressalvas. Como é que se pode vislumbrar a participação efetiva da sociedade se o procedimento utilizado para a suspensão da norma é pautado na conveniência? De um lado, o Supremo não está obrigado a submeter sua decisão ao Senado, por maior relevância que possua, e, de outro lado, nos casos em que o STF informe ao Senado a necessidade de suspensão da norma, este não estará obrigado a sequer analisar o teor do apelo. Onde está a democrática participação popular?

Se o instituto foi criado para a manifestação popular a respeito da constitucionalidade das normas, porque o legislador constituinte originário não entendeu que a Câmara Federal seria o órgão de maior expressão da vontade popular e arrogou tal competência aos representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senado)? Isso sem contar a rara utilização da resolução com o fim de suspender a norma inconstitucional.

O Senado representa os Estados; a Câmara dos Deputados representa (ou deveria representar, ao menos) o povo. O equilíbrio federativo é alcançado através da representação dos Estados no Senado,

não através da representação do povo na Câmara. Se não cumpre as suas funções federativas [...] então é totalmente desnecessário (BERCOVICI, 2004, p. 91).

É difícil compatibilizar esta finalidade. Qual seria a função do Senado diante do juízo de constitucionalidade do Supremo? Fazer juízo de constitucionalidade a respeito da suspensão ou não da norma? Creio que essa não seja a sua atividade. A utilidade do dispositivo ficou fatalmente deslocada em virtude do controle concentrado.

Aliás, é de difícil compreensão dimensionar a função do Senado no Estado brasileiro, tendo em vista que o acúmulo excessivo de atribuições que não lhes cabem resulta no cumprimento insuficiente do seu dever de velar pelo equilíbrio da Federação.

O instituto da suspensão se identifica mais como um instrumento de contenção do exercício do STF do que, propriamente, algo que represente a participação democrática do povo. A sua aplicação é tão defasada e pouco democrática que se prefere acionar o "poder normativo" das resoluções do TSE, mais atuantes e eficazes, do que recorrer à entravada atribuição senatorial.

A sua função passaria, portanto, a publicizar a decisão tomada pelo STF, informando à sociedade a inaplicabilidade do dispositivo considerado inconstitucional. Essa prática pode ser considerada, num primeiro momento, num fortalecimento desproporcional deste Poder, julgando qualquer recurso extraordinário com efeitos erga omnes e vinculante.

No entanto, a criação das *súmulas vinculantes* e o requisito da repercussão geral, servirão de filtro para conter os recursos de cunho, manifestamente, protelatórios e que não guardam consigo a relevância de questões constitucionais. A *contrario sensu*, apenas as ofensas de maior relevância e que possuem repercussão social serão objeto de controle de constitucionalidade.

Não divergimos quanto a possibilidade da criação de lei ou emenda constitucional para regular a tendência empregar os

efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões em controle difuso, no entanto, o Judiciário não pode se furtar da solução dos conflitos. É necessário, em algumas ocasiões, que este Poder se antecipe à previsão legal para viabilizar as situações que impõe uma resposta. Poderia até ser o caso de, através de emenda, retirar esta competência do Senado, pois se não é atribuição deste Poder servir como “secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal”, muito menos há de servir como responsável pela suspensão da norma.

Caso palpável foi a modulação dos efeitos no controle difuso. Independente de previsão legal, o Supremo entendeu cabível a sua aplicação, levando em conta a segurança jurídica e demais princípios de interesse relevante. Relembre-se o case supracitado (RE n.º 197.917/SP) de Mira Estrela, onde o efeito da decisão foi determinado para o futuro, evitando a anulação dos mandatos eletivos. Ponderamos que, em relação a este caso, a suspensão de norma pelo Senado seria inadequada, pois o efeito prospectivo (*ex nunc*) comum a este instituto ocasionaria um caos generalizado em todo o país.

Outro caso ocorreu com a “flexibilização” da cláusula da reserva de plenário (art. 97, CF) pelo STF, posteriormente, inserida no Código de Processo Civil (art. 481, § único da Lei n.º 9.756/98).

Entende-se que, pelo menos até a inserção do parágrafo único ao CPC, ocorreu uma mutação constitucional, levando em consideração que, apesar da evidência textual do art. 97 (*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*), apontar, tão somente, que caberia ao Pleno exercer o juízo de inconstitucionalidade.

O Supremo entendeu, com razão, que as reiteradas decisões do Pleno, sobre um determinado litígio, eram motivos suficientes para elidir a presunção de constitucionalidade de questões semelhantes que amontoavam as pautas do plenário, permitindo ao órgão fracionário suscitar a jurisprudência plenária para dirimir a questão, evitando inviabilizar as atividades do Pleno para assuntos

de maior relevância.

Neste sentido, não seria menos plausível entender a ocorrência de uma mutação constitucional, aonde o intérprete vai além da norma para atender as exigências ou as necessidades sociais, criando o direito (dentro do contexto e da vontade a ser alcançada para o bem-estar social). Afinal, não tem sido novidade que o Supremo vem atuando como legislador positivo, regulando, supletivamente, as situações carentes de lei.

A respeito disso, o min. Eros Grau entende (Rcl. n.º 4.335/AC) que a mutação constitucional não ocorre, simplesmente, com a modificação da norma a partir da interpretação, dando outra significação a esta, resguardando, por consequência, o texto. Nesse fenômeno ocorre a própria modificação de um texto por outro.

Dá que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto, [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]. (GRAU, 2007, *on line*). (grifo original)

A discussão travada é inovadora e desperta muitas controvérsias a respeito da saída utilizada pelos ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes. A votação ainda não terminou e não há certeza quanto ao seu resultado, no entanto, espera-se que o Supremo atue de maneira firme e razoável, forçando, através de sua atividade legítima, o Poder Legislativo a modificar a Constituição Federal, retirando do Senado a competência para suspender a norma declarada inconstitucional e conceder ao próprio STF essa

prerrogativa. Do contrário, essa omissão dará oportunidade a que o STF se torne, ao menos visivelmente, o remédio para todos os males da sociedade.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que a objetivação do controle difuso de constitucionalidade é uma realidade em nosso ordenamento jurídico. O próprio texto constitucional de 1988, as suas modificações e a produção normativa desenvolvida até hoje se fundiram num processo crucial para o afunilamento de uma nova tendência que, em nossa ótica, é irremediável.

Assim, tem-se o Supremo voltado para a efetividade das normas constitucionais, tendo como missão fundamental tornar a Constituição atual, realçando a sua força normativa. Esta situação é ainda mais visível quando o Supremo ultrapassa o formalismo procedimental para enfrentar situações que demandam novos questionamentos e, por conseqüência, o aperfeiçoamento de seus julgados.

Esse espírito de realização se materializa, exatamente, quando se ressalta o tema da objetivação dos mecanismos do controle difuso. O recurso extraordinário, o mais utilizado e importante dentre outros, passa por um importante momento de transformação. Para ser mais claro, este recurso está deixando de ser, caracteristicamente, pertencente ao controle difuso para servir de instrumento do controle abstrato, levando em conta a concretização do princípio da força normativa da Constituição.

A expansão do controle concentrado e sua influência exercida no controle difuso impõem a contextualizar o art. 52, X, da Constituição Federal, dentro da realidade normativa de 1988, pois a aplicação da literalidade de tal dispositivo, remanescente da Carta de 1934, é anacrônica. Dessa maneira, critica-se a inércia do Legislativo em permitir a existência de uma norma que além de não ser, comumente, utilizada, constitui-se num óbice ao exercício da justiça constitucional.

Respalçado na doutrina da mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal emprega outro significado, que é o de atribuir ao Senado a função de tornar pública a decisão plenária do Supremo e, de forma definitiva, avocar o dever de empregar eficácia *erga omnes*. É importante ressaltar que, enquanto o Legislativo não se posiciona em relação ao acontecimento deste fato, o Supremo deverá utilizar-se dos meios plausíveis para garantir a prestação jurisdicional e a efetividade do processo. É evidente que se deve refletir quanto aos limites de sua atuação, tendo em vista a preservação do equilíbrio entre os Poderes. Essa tomada de posicionamento, em que pese os riscos, é necessária para que o Legislativo reveja a sua atuação (ação e omissão) que, em muitas vezes, fere direito, constitucionalmente, previsto.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, Senado, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recuso extraordinário**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 2. PIS – Programa de Integração Social. Alteração da base de cálculo. Conceito de faturamento. Lei 9.718 e Lei Complementar nº 07/70. 3. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário n. 388.830-7. Decorações Karícia LTDA e União. Relator Min. Gilmar Mendes. 10 de mar. De 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 55.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário.

Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. Cf, artigo 29, iv. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recurso extraordinário n. 197.917/SP. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. 07 de maio 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 08.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Pena - Crimes Hediondos - Regime de Cumprimento - Progressão - Óbice - Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - Inconstitucionalidade - Evolução Jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da CF [...] Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. *Habeas Corpus* nº. 82959/SP. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 01 de set. 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 18.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento. Agravo regimental em agravo de instrumento. Servidores do município de Porto Alegre. Reajuste de vencimentos concedido pela lei municipal 7.428/94, art. 7º, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo pleno do STF no RE 251.238. Aplicação deste precedente aos casos análogos submetidos à turma ou ao plenário (art. 101 do RISTF). Agravo de instrumento n. 375.011. Município de Porto Alegre e Tito dos Santos. Relatora: Min. Ellen Gracie. 22 de out. 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 43.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR. Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito**

constitucional. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: Meios de impugnações às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

GRAU, Eros Roberto apud PINHEIRO, Aline. **Braços do Supremo: Controle de constitucionalidade em HC divide STF**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54835,1>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. tiragem, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, p. 69-91, out. 1997.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

_____. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
DIFUSO: A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
DO ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL. UM MODO DE COMO A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL MODIFICA A
CONSTITUIÇÃO**

**THE ABSTRACTION OF JUDICIAL REVIEW:
THE CONSTITUCIONAL MUTATION OF
THE ARTICLE 52, XX BRAZILIAN FEDERAL
CONSTITUTION. A WAY HOW THE
JURISPRUDENCE OF SUPREME COURT
CHANGE THE CONSTITUTION**

Sarah Araújo Viana

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR

Bolsista Funcap

Graduanda em Ciências Contábeis na Universidade Federal do
Ceará - UFC

Advogada

E-mail: vianasarah@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A IMPORTÂNCIA DA MUTABILIDADE DAS CONSTITUIÇÕES; 3 MÉTODOS DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO; 3.1 MÉTODO FORMAL DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO; 3.2 MÉTODO INFORMAL DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO; 4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 4.1 O CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO E SEUS EFEITOS; 4.2 HABEAS CORPUS 82.959/SP e RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4335-5/AC; 4.3 FUNDAMENTOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE IMPORTANCE OF MODIFICATION OF THE CONSTITUTION; 3 METHODS OF REMODEL THE CONSTITUTION; 3.1 FORMAL METHOD TO REMODEL THE CONSTITUTION; 3.2 INFORMAL METHOD TO REMODEL THE CONSTITUTION; 4 EVOLUTION OF JUDICIAL REVIEW BY THE FEDERAL SUPREME COURT; 4.1 DIFFUSED AND CONCENTRATE CONSTITUTIONAL CONTROL AND ITS EFFECTS; 4.2 HABEAS CORPUS 82.959/SP AND CONSTITUTIONAL COMPLAINT N. 433-5/AC; 4.3 FUNDAMENTALS OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION OF THE ART. 52, X, OF FEDERAL CONSTITUTION; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O foco principal do presente artigo é estudar a abstrativização do controle difuso em virtude da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o controle concreto de constitucionalidade. Desta forma, pretende-se analisar a mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição Federal atribuída pelo ministro Gilmar Mendes após da reclamação nº 4335-5/AC.

Palavras-chave: Abstrativização do controle difuso. Mutações Constitucionais. Artigo 52, X, da Constituição Federal.

Abstract: The aim of this article is to study the evolution of the judicial review in front of the new judgment of Brazilian Supreme Court. Thus, we intended to analyze the constitutional mutation in the article 52, X of Brazilian Constitution assigned by the minister Gilmar Mendes after the reclamation nº 4335-5/AC.

Keywords: Evolution of judicial review. Constitutional mutation. Article 52, X of Brazilian Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A importância da estabilidade dos preceitos constitucionais não há como ser negada. Contudo, a Constituição requer modos de adaptação de seu texto com a realidade vivenciada pela sociedade. Esta modificação constitucional pode ocorrer tanto por métodos formais que se referem às emendas constitucionais e a revisão constitucional ou de maneira informal como a mutação constitucional.

O presente trabalho possui por objetivo final demonstrar como

a jurisprudência modifica a Constituição, especificando a decisão do Ministro Gilmar Mendes na reclamação nº 4335-5/AC em que modificar a expressão do artigo 52, X da Constituição Federal¹.

2 A IMPORTÂNCIA DA MUTABILIDADE DAS CONSTITUIÇÕES

Como se sabe a Constituição define a estrutura jurídica do Estado e os direitos fundamentais concedidos aos cidadãos. Desta forma, ela representa a carta política de um povo que visa descrever a forma de atuação do Estado e conceder as garantias institucionais daqueles que da sociedade fazem parte. Nesse sentido afirma CANOTILHO (1991, p.41) que “a Constituição é a lei fundamental, suprema e soberana de um Estado. É a carta política e jurídica que o rege e ao povo que o governa de forma representativa”.

Para uma Constituição ser considerada legítima é necessária a anuência do povo dos preceitos nela determinados, permitindo que dela se exare uma segurança jurídica e a respeitabilidade dos seus mandamentos. Entretanto, note que a segurança jurídica de uma Constituição não decorre necessariamente de sua imutabilidade. É imprescindível para qualquer Constituição que ela se modifique a fim de atender os novos anseios da comunidade. Impossível como comenta BULOS (1997, p. 6) uma Constituição eterna, pois ela possui um forte vínculo com o meio qual convive e as transformações da realidade social. São essas suas palavras:

Sem dúvida, nenhum Texto Magno, por mais sábio e perfeito, preservará sua autoridade perpetuamente. Haverá um momento em que a diferenciação dos fatos, em contraste denso com o texto judicioso, porém superado, acarretará a renovação total do instrumento basilar. Nesse instante, a resistência à substituição será inútil, pois os princípios já

¹ Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

não bastarão para estancar o fluir de relações inconciliáveis com o quadro ultrapassado.

Explica ANDRADE (1991) que os fatores que influenciam na modificação do texto constitucional são vários, tantos internos e quanto externos à Constituição. Observa, então, PINTO (2007, p.15) que “a Constituição possui uma estrutura dinâmica, prospectiva e, em constante aperfeiçoamento, relaciona-se com as demais estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas que se modificam ao longo do tempo”. Assim, defende PINHEIRO (2003, p.35) que “a modificação das constituições é um fenômeno imprescindível e indispensável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade efetividade que as acompanha”.

Entretanto, as constantes modificações da realidade social impedem que a Constituição consiga formalmente adaptar o seu texto aos novos fatos. Daí surge a necessidade conforme ANDRADE (1991, p.218) de “uma mudança da Constituição por via interpretativa, quando se altera o significado do texto constitucional, sem que haja modificação da lei”.

Desta forma, salienta STRECK, LIMA e OLIVEIRA (2007, p.60) que “a mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma jurisprudência corretiva”.

A doutrina cataloga as Constituições de acordo com o seu grau de rigidez para modificação de seu texto, podendo ser considerada rígida desde que haja procedimento formal e complexo para mudança das regras constitucionais. Enquanto, que será considerada flexível quando o procedimento adotado para reforma do texto constitucional é o mesmo existente para as leis.

Convém ressaltar que a Constituição Brasileira – CF é uma Carta Política rígida, já que prever procedimento no

artigo 60, § 2º da CF² complexo e rigoroso para as emendas constitucionais. Adotando também cláusulas pétreas³ que se caracterizam por limites materiais que proíbem as emendas constitucionais tratarem sobre determinados assuntos. DIDIER JR. (2008, p.405) tece os seguintes comentários sobre a matéria:

Uma das características da Constituição Federal brasileira é a sua rigidez. Rígida é porque, para a alteração de suas normas, exige-se processo legislativo peculiar, complexo e muito mais difícil do que aquele reservado para a elaboração e reforma de normas infraconstitucionais (conforme art. 60, CF). E essas exigências especiais impostas para que se possa atingir o texto constitucional colocam a CF brasileira em posição de destaque no ordenamento jurídico, em um degrau acima das demais norma. Daí emana o princípio da supremacia da Constituição.

Ressalte que independente da Constituição ser enquadrada como rígida ou flexível é possível sua mutação constitucional, já que a modificação da Constituição ocorre através de um método informal em que há a mudança da norma constitucional sem que haja nenhuma alteração no seu texto. Afirma ANDRADE (1991, p.214):

Apesar de rígidas, estáveis, as Constituições vão se modificando assumindo novos significados, de tal modo que estabilidade e mutabilidade sejam compatíveis com o conceito de rigidez constitucional, do qual deflui o princípio da primazia da Constituição, como marco fundante da ordem jurídica.

Diante dessas considerações, verifica-se a importância da modificação da Constituição para se adequar à realidade social. Não se pode negar que os métodos formais de

2 Art. 60, § 2º da CF – A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos respectivos membros.

3 Art. 60, § 4º da CF – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa do Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico.

III – a separação dos três poderes.

IV – os direitos e garantias fundamentais.

modificação do texto constitucional é o instrumento mais apropriado para realizar tal tarefa diante da legitimidade democrática do órgão que a realiza. Contudo, em virtude dos constantes fenômenos sociais sofridos pela sociedade e a omissão do poder legislativo os métodos informais de reforma da Constituição tornou-se o meio apto e eficaz no ajustamento do texto constitucional aos anseios do povo.

3 MÉTODOS DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

A atual doutrina admite dois mecanismos de reforma constitucional: o formal e o informal.

3.1 Método formal de reforma da Constituição

Os mecanismos formais são aqueles previstos na própria Carta Magna que permite a alteração de seu texto desde que observe um rigoroso procedimento. FERRAZ (1986, p.9) denomina esse método de modificação como reforma constitucional, já que “consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por elas estabelecidos para sua reforma”.

No Brasil somente existem duas formas de modificações formais das Constituições: as emendas e a revisão constitucional⁴.

3.2 Método informal de reforma da Constituição

Este método de alteração da Constituição também pode ser denominado de difuso ou mutação constitucional como define vários outros autores. Diferentemente do método formal, a mutação constitucional não encontra seu procedimento descrito no texto

⁴ Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a 'revisão' prevista no art. 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no parágrafo 4º e seus incisos do art. 60 da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1983 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita 'uma só vez'. As mudanças na Constituição, decorrentes da 'revisão' do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das 'cláusulas pétreas' consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988." (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-3-93, DJ de 5-8-94)

constitucional, pois não existe fórmula exata para modificação do sentido das normas constitucionais, já que sua principal característica é a alteração do conteúdo da Carta Política sem a necessidade de mudança de seu texto ou forma. Complementa FERRAZ (1986, p.9):

[...] mutação constitucional [...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

De acordo com PINTO (2003, p.16) “as mutações constitucionais apresentam natureza informal, eis que são meios difusos que não seguem formalidades expressas e ocorrem de maneira espontânea, sem qualquer previsibilidade”.

As mutações constitucionais como assevera BULOS (1997, p.61): “[...] processam-se lentamente, embora a letra da Constituição permaneça imodificada” e refletem através das novas interpretações sobre a letra da norma; das jurisprudências; dos costumes e dos anseios da sociedade.

A doutrina não é clara em relação as modalidades de mutação constitucional. HSÜ DAU LIN, PABLO VERDÚ e MANUEL PELAYO (apud BULOS 1997, p.63) definem quatro categorias para mutação constitucional: a) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior e d) mutação constitucional através da interpretação.

Enquanto que PAOLO DI RUFFIA (apud FERRAZ, p.12)

defende as seguintes modalidades de mutações constitucionais:

No primeiro reúnem-se as modificações operadas em virtude de atos elaborados por órgão estatais: a) de caráter normativo (leis, regulamentos, etc.); b) de natureza jurisdicional (decisões judiciais, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade das leis). No segundo grupo, as operadas em virtude de fatos: a) de caráter jurídico (tais como os costumes); b) de natureza político-social (tais como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à Constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais).

Para MILTON CAMPOS (1960) as modalidades de mutação constitucional são a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro.

Contudo, a divisão tratada por BULOS (1997), sendo a mais atual, prevalece na doutrina majoritária, destacando as seguintes formas de mutação constitucional: a) as mutações constitucionais em virtude das interpretações constitucionais; b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) as mutações decorrentes da construção constitucional e d) as mutações inconstitucionais.

a) *as mutações constitucionais em virtude das interpretações constitucionais.*

As normas constitucionais sempre carecerão de interpretação já que, em regra, emitem significados vagos ou ambíguos. ANDRADE (1991) afirma que é em virtude do caráter sintético, genérico e esquemático da Constituição e de suas normas que permite com que elas abriguem sentidos amplos e diversos, autorizando uma grande atuação dos intérpretes da Constituição. Por isto, a interpretação da Constituição é meio eficaz para a realização de mutação constitucional. Comenta BULOS (1997, p.95):

[...] o ordenamento constitucional representa o pressuposto de toda a organização do Estado. Por conseguinte, é curial que seja compreendida nos seus significados mais profundos, nas suas nuances, com uma visão de conjunto, quando a necessidade assim exigir, embora inexista método específico para a interpretação da Constituição [...]

Assim, argumenta ANDRADE (1991, p.220) que “os diferentes métodos de interpretação, na medida em que procuram atualizar o texto constitucional à realidade social, no sentido de torná-la um documento eficaz, constituem um importante fator de mutação não formal da Constituição”. BOBBIO (1995, p.212) assevera que a mutação constitucional através da interpretação pode ser realizada através de “qualquer método interpretativo que venha a ser utilizado para a cognição de uma dada norma constitucional que seja apto a proporcionar um novo sentido à norma, uma nova significação ou um novo alcance, a ressaltar aspectos até então não conhecidos [...]”.

Destarte, a mutação constitucional por interpretação é qualquer mudança ocorrida no significado, mediante ampliação, restrição ou atribuição de um novo sentido a um enunciado normativo sem alterar-lhe o texto original em virtude da necessidade de aprimoramento das normas à realidade social. Conforme BULOS (1997, p.106) “os mesmos critérios que presidem à hermenêutica em geral servem para desentranhar a natureza de um dado perceptivo da Constituição. Sendo válido mencionarmos os métodos clássicos de interpretação constitucional”. Nesse sentido, o método gramatical, o lógico, o teleológico, o histórico são mecanismos úteis na interpretação constitucional.

Os princípios também possuem uma função primordial na interpretação da Constituição, já que orientam o intérprete nesta atividade. HESSE (1992) destacou os seguintes princípios norteadores da atividade interpretativa: princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática, princípio do critério da correção funcional, princípio da valoração e relevância dos pontos de vista, princípio da força normativa da Constituição.

BULOS (1997, p.131) prever ainda mutação por interpretação orgânica que é aquela “que se realiza por órgãos do Poder Público, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Daí falar-se em interpretação legislativa, administrativa e judicial.” Estes órgãos ao atuarem promovem mudanças informais na Constituição ampliando, restringindo ou concedendo novos significados as normas constitucionais.

Surge, ainda, a modalidade de mutação constitucional por interpretação inorgânica que reflete o *communis opinio doctorum*, ou seja, seria a opinião de juristas e cientistas sobre as diversas normas constitucionais com o intuito de conhecer melhor seu significado sem o interesse de aplicá-las. Explica PINHEIRO (2003, p.47): “como a doutrina também desenvolve raciocínios interpretativos, não sendo a interpretação constitucional exclusividade dos Poderes Públicos, surge a modalidade de mutação constitucional por interpretação inorgânica”.

b) as mutações decorrentes das práticas constitucionais

De acordo com BULOS (1997, p. 172-173) pode-se entender por práticas constitucionais tanto os usos e os costumes que se formam à luz da Constituição como também as praxes constitucionais, os precedentes constitucionais e as convenções constitucionais. Entretanto, os usos e costumes são as principais práticas constitucionais que provocam mudanças no sentido das normas constitucionais sem qualquer utilização de métodos formais de alteração da Constituição.

BULOS (1997, p.174) define por costumes “a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social [...]”. Os costumes seriam então formado por dois elementos um objetivo e outro subjetivo. O primeiro seria um elemento externo, pois se refere à prática reiterada daquele usus pela sociedade, enquanto que o segundo consiste em um elemento interno, posto que seria a aceitação psicológica de todos da exigibilidade daqueles usus.

Os usos e costumes constitucionais possuem duas funções na interpretação da Constituição, uma supletiva que servirá para supressão das lacunas existentes e outra interpretativa que dará um aporte para a interpretação jurídica, ajudando na desmistificação das normas constitucionais.

c) as mutações decorrentes por construção constitucional

BULOS (1997, p.149) diz por construção constitucional “o expediente supletivo, por meio do qual, se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, para suprir as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária.”

A construção constitucional é instrumento que permite a integração da Constituição, suprimindo suas deficiências, imperfeições e lacunas, adaptando o texto constitucional a realidade social, dando-lhe muitas vezes novos sentidos.

Convém mencionar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América através da construção constitucional vem atualizando a Constituição Americana de 1769 as diversas mudanças sociais, políticas e econômicas.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição utiliza também o construcionismo judiciário para suprir as lacunas e deficiências da Constituição. Um exemplo de grande repercussão de construção constitucional por parte deste órgão foi quando ampliou a interpretação de aplicação do *habeas corpus* para todo e qualquer ato de abuso de autoridade na Constituição de 1891, já que não existia na época o atual mandado de segurança.

d) as mutações inconstitucionais

De acordo com FERRAZ (1986, p.213) existem duas modalidades de mutação inconstitucional, “os que mudam a Constituição contra sua letra ou o seu espírito. Esses são aqui

denominados de processos manifestamente inconstitucionais; de outro, os processos rotulados, à falta de melhor titulação, de processos anômalos”.

A mutação constitucional referente aos processos anômalos nem sempre pode ser considerada como inconstitucional, pois como assegura FERRAZ (1986, p.213): “não é fácil determinar se violam – e até que ponto o fazem – o espírito da Constituição. Finalmente, nem sempre é possível caracterizá-los como verdadeiros processos de mudança da Constituição”.

Enquanto que o outro tipo de mutação constitucional, os processos de modificação da constituição manifestadamente inconstitucionais, não podem subsistir, afinal violam expressamente o sentido das normas constitucionais, indo de encontro com aquilo que o legislador diz. Explica FERRAZ (1986, p.213-214) que a proliferação das mutações inconstitucionais, justifica-se no fato de que “o único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc”, sendo o controle de inconstitucionalidade ineficaz para tal processo.

Observe que apesar das mutações inconstitucionais não poderem vigorar no ordenamento jurídico, são cada vez mais freqüentes decisões jurisdicionais que vão de encontro aos dispositivos constitucionais sobre a justificativa de melhor eficácia dos princípios e direitos fundamentais.

Um caso atual registrado no Supremo Tribunal Federal foi a sentença monocrática do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhada posteriormente pela decisão do Ministro Eros Grau que em nome da evolução da separação dos poderes e da segurança jurídica atribuíram ao texto constitucional no art. 52, X um novo sentido, retirando do Senado Federal a competência de conceder eficácia geral as decisões de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal para somente a função de publicar tais decisões.

4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O controle difuso de constitucionalidade vem sofrendo diversas modificações no intuito de se aproximar ao controle concentrado ou abstrato. São diversas as alterações realizadas tanto na legislação brasileira como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF que vêm caracterizando objetivamente o controle de difuso que era essencialmente subjetivo e *inter partes*.

Tal evolução verifica-se através de inúmeros aspectos como na exigência de repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário; nas súmulas vinculantes; na utilização de mecanismos próprios de controle concentrado no controle difuso, tais como *amicus curiae* e modulação dos efeitos da sentença e a caracterização da competência Senado Federal com base no art. 52, X da CF com mera função de publicidade.

O atual posicionamento dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau em decisão monocrática na Reclamação nº 4335-5/AC atribui ao Senado Federal a competência somente de publicar as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso, modificando expressamente o texto constitucional em seu art. 52, X, CF. Com este novo entendimento o controle difuso obtém as mesmas características de um controle concentrado, ocorrendo uma mutação constitucional⁵ com fundamento na jurisprudência do Supremo.

4.1 O controle difuso e concentrado e seus efeitos

No Brasil o controle de constitucionalidade é misto ou híbrido, posto que é possível a declaração de inconstitucionalidade das leis tanto pelo sistema difuso, incidental ou concreto que é baseado no modelo americano ou pelo sistema concentrado, principal ou

⁵ Para alguns autores como Uadi Bulo e Anna Cândida Ferraz tal mutação seria catalogada como inconstitucional, não podendo subsistir no ordenamento jurídico brasileiro, já que está de encontro aos preceitos constitucionais definidos pela Constituição de 1988

abstrato que é fundamentado no modelo Austríaco-Europeu.

O modelo austríaco-europeu fora idealizado por Hans Kelsen⁶ que determina que o controle de constitucionalidade é realizado por um único órgão que detém a competência para declarar a inconstitucionalidade da lei em sede de processo principal. De acordo com DIDIER JR. (2008, p.414) “o controle de constitucionalidade principal ou *principaliter tantum* é aquele em que o vício de inconstitucionalidade é trazido como questão principal em sede de ação direta de controle de constitucionalidade, como questão que deve ser decidida (como objeto de julgamento) e não somente conhecida”.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a representação interventiva e ação de descumprimento de preceitos fundamentais são modalidades de ações que realizam o controle de constitucionalidade abstratamente, só podendo ser ajuizada por órgãos legitimados e tendo por pedido principal a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.

Por ser, então, em controle de constitucionalidade concentrado a inconstitucionalidade da lei examinada como pedido principal e não incidental, a sua sentença terá efeitos *erga omnes* e vinculante a todos os órgãos conforme determina o art. 28, parágrafo único da Lei nº 9868⁷ que trata sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

6 Salienta SAMPAIO (2002, p.37): “[...] Kelsen mostrava a preocupação de resguardar os valores democráticos através do Direito, vislumbrando um sistema concentrado de jurisdição constitucional: a) a que passava pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (norma normarum); b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária mediante um sistema de controle de constitucionalidade concentrado; c) composto de juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada e d) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculante”.

7 Art. 28 [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente, o modelo americano estreado pelo caso *Marbury versus Madison* iniciou o controle de constitucionalidade incidental. Nesse tipo de controle como explica GONÇALVES FILHO (2006, p.38) “o juiz resolve a questão de inconstitucionalidade como se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto”. Desta forma, argumenta Rui Barbosa (apud MENDES 2008, p.1066) que “a inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito cuja reivindicação se discute”. Assim, o modelo difuso outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei ao caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal poderá realizar o controle de constitucionalidade difuso através do ajuizamento de recurso extraordinário⁸, ação civil pública e *habeas corpus* e como assegura STRECK, LIMA e OLIVEIRA (2007, p.49) sua atuação “nunca é o julgamento de uma tese [...], mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição [...]”.

Diante disso, os efeitos das sentenças emanadas em sede de controle de constitucionalidade incidental pelo STF será *inter partes*, asseverando Mendes (2008, p.1069) que “subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei ou ato à resolução do Senado Federal.”

4.2 Habeas corpus 82.959/SP e Reclamação Constitucional nº 4335-5/AC

8 Art. 102 CF Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando da decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo da Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade em face de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O Supremo Tribunal Federal em sede de Habeas Corpus 82.959/SP⁹ declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 por violação ao princípio da individualização da pena. A partir desta decisão a defensoria pública da União do estado do Acre ajuizou Reclamação Constitucional nº 4335-5/AC contra o Juiz de Direito da Vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco/AC com vistas deste ter negado progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, violando tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

4.3 Fundamentos da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal

Em decisão monocrática o Ministro Relator da referida reclamação, Gilmar Ferreira Mendes, conheceu da reclamação, considerando que a multiplicação das decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei nº 9.882/99, alterou de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão dos poderes, tornando comum no sistema a decisão com efeito *erga omnes*, que era excepcional sob a Emenda Constitucional nº 16/65 e a Constituição Federal de 67/69.

Salientou, então, diante dessas mudanças ser inevitável a reinterpretção dos institutos vinculados ao controle incidental e da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, avaliando ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter um simples efeito de publicidade. Explana MENDES (2008, p.1084) que “a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, [...] perdeu parte do seu

9 Ementa da decisão: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a inposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF Habeas Corpus 82.959/SP. Ministro Relator Marcos Aurélio. Órgão Julgador Tribunal Pleno. Julgado em 23/02/2006. Publicação DJ 01/09/2006 PP18)

significado [...], sofrendo mesmo um processo de obsclência”.

O Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição de 1988 e a prevalência do controle abstrato de normas inconstitucionais sobre o controle difuso, posiciona-se pela crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado.

Na opinião de DIDIER JR. (2007) com a Emenda Constitucional nº 45/2004 referente à reforma do Poder Judiciário, as diversas mudanças ocorridas com o controle de constitucionalidade abstrato como também no recurso extraordinário (repercussão geral) demonstram o desígnio de transformar este em utensílio ao controle concentrado de normas.

Desta forma, não se pode negar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos *inter partes* do controle incidental de constitucionalidade. Um exemplo próximo foi entendimento do Supremo que ao ser declarada, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal.

A inaplicabilidade de eficácia geral e vinculante as decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle incidental pelo motivo de sua decisão se basear em fatos concretos é veemente criticada por MENDES (2006, p.277) posto que “a decisão do caso concreto proferida em ADPF¹⁰, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*.” Assim se teria duas soluções possíveis para uma mesma situação.

A atribuição conferida ao Senado Federal (art. 52, X, CF) de conceder mediante resolução efeitos *erga omnes* e *ex nunc* as decisões em controle de constitucionalidade incidental pelo

10 ADPF - Ação de descumprimento de preceito fundamental.

Supremo foi pela primeira vez prevista na Constituição brasileira de 1934¹¹ e persiste até a atual Constituição. Entretanto, argumenta o MENDES (2008, p.1092) que com a evolução do sistema de controle concentrado (como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a partir da Constituição Federal de 1988) e até mesmo a possibilidade da existência de súmulas vinculantes pelo Supremo “reforça a idéia de superação do art. 52, X, da CF, na medida que permite aferir a inconstitucionalidade determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal”, sofrendo tal artigo um processo de mutação.¹²”

Alguns autores ainda argumentam que a necessidade de manifestação de órgão político para a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional seria negar a teoria da nulidade da lei inconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro. Uma lei inconstitucional é *ipso jure* nula e é como jamais tivesse existido, por isto não há motivos da vinculação de efeitos *erga omnes* de uma lei declarada inconstitucional pelo órgão competente do Poder Judiciário a uma declaração do Senado Federal. Nesse sentido, posiciona-se Bittencourt (apud MENDES 2006, p.276): “dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa sua execução.”

Ademais comenta MENDES (2008, p.1092) “que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão.” Deste modo, no momento

11 Convém salientar que na Constituição de 1934 somente previa o controle de constitucionalidade incidental, daí a necessidade de órgão político que concedesse eficácia *erga omnes* as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade com leis. Tal regra do art. 52, X da CF conforme Mendes (2008, p.1084) “a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirada diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. [...] a única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”.

que o Supremo decidiu pela sua capacidade em modular os efeitos da sentença em controle de constitucionalidade difuso retirou do Senado Federal parte de sua competência de conceder efeitos as suas decisões, cabendo a si, em nome da segurança jurídica, deliberar a partir de quando a declaração de inconstitucionalidade da norma deveria fazer efeito¹².

O ministro MENDES (2006, p.280) também justifica a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, a fim de se adequar a Constituição brasileira a realidade internacional. Senão vejamos:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere a eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.[...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal – e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31,(2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir a decisão do Supremo assuma sua real eficácia.

Reسالte que a exigência da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário concedeu ao controle difuso uma nova dimensão objetiva. Ao recurso extraordinário, ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, atender esse requisito terá o

12 Exemplo existente foi a própria decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959/SP que declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Pois, determinou que a declaração de inconstitucionalidade não teria efeito para as penas já extintas na data do julgamento.

seu julgamento importância para toda a sociedade, não podendo sua decisão ficar limitada às partes nem a eficácia geral da sentença depender de um órgão político.

Saliente que a objetivação do controle difuso tem por medida solucionar as divergências existentes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual com a visão doutrinária ortodoxa, pois permite que as decisões da cúpula do Poder Judiciário sobre inconstitucionalidade de leis sejam observadas e atendidas em todas as instâncias evitando maiores prejuízos aos cidadãos brasileiros.

Embora haja diversos pontos a favor da abstrativização do controle difuso e a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, STRECK, LIMA e OLIVEIRA (2007, p.50-51) defendem a impropriedade de se atribuir ao Senado Federal apenas à competência de tornar público a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade incidental, em virtude de retirar “qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo [...]”. Alegam que tal mutação em “atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculantes às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.” Assim, em suas opiniões a necessidade de intervenção do Senado Federal para a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade ter eficácia geral vem por garantir a obediência ao princípio democrático previsto na Constituição.

Apesar de bem justificados os pontos contra a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal não é possível negar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como também da própria legislação brasileira em equiparar o controle constitucionalidade abstrato ao controle difuso, tendo o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes somente sedimentado a idéia.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da Constituição, deve sempre atualizá-la as novas

realidades. A necessidade de novas interpretações sobre o texto constitucional legitima o Supremo Tribunal Federal a modificar a Constituição mesmo que de encontro ao seu texto. A mutação constitucional do art. 52, X da CF vem para atender tal objetivo.

Não há como negar que atualmente, apesar de inovador, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal possui uma função legislativa. Tal fato se justifica diante da violação aos preceitos constitucionais pelo Poder Legislativo no exercício de sua competência. A nova atribuição conferida ao Senado Federal é uma mera adequação do texto constitucional a nova necessidade que os controles de constitucionalidade sejam mais ágeis e atinjam toda a população com o fim de garantir a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Desta forma, a mutação constitucional do art. 52, X da CF, iniciada pelo Ministro Gilmar Mendes, mas já defendida por outros Ministros do Supremo Tribunal, possui caráter normativo, encontrando-se devidamente respaldada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

A mutação constitucional é meio eficaz de modificação do texto constitucional. A necessidade das constantes reinterpretações das normas constitucionais devido ao seu caráter abstrato faz com que a mutação constitucional seja veementemente utilizada para adequar o sentido da Constituição a realidade social. O largo emprego da mutação constitucional como forma de integração a norma constitucional aos novos anseios sociais justifica-se na lentidão dos processos formais de reforma da Constituição e de sua dependência a vontade política.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem atuado como próprio Poder Legislativo, tendo suas jurisprudências um caráter essencialmente normativo. Tal conduta do Supremo Tribunal Federal justifica-se diante das arbitrariedades praticada pelo Poder Legislativo na criação das leis que são contrárias a Constituição e aos direitos fundamentais. A necessidade de maior agilidade do controle de constitucionalidade com fim de facilitar a fiscalização

da atribuição legislativa fez com que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reiteradamente se posicionasse pelo progresso do controle difuso.

Os debates acerca da possibilidade de equiparação dos efeitos do controle de constitucionalidade abstrato ao controle de constitucionalidade difuso são intensos, entretanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como também a própria legislação brasileira vêm evoluindo para tornar ambos os controles similares. A decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes em sede da reclamação nº 4335/AC que atribuiu a mutação constitucional ao artigo 52, X da CF, declarando que a atual competência do Senado Federal é meramente de publicar a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso somente veio para consolidar tal entendimento.

A utilização pelo Supremo Tribunal Federal de sua jurisprudência como instrumento de adequar o texto constitucional a nova realidade social tem por objetivo torná-la efetiva. Observe que no caso estudado o Supremo Tribunal Federal declarou em *Habeas Corpus* a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos por violar o princípio da individualização da pena. Deste modo, os efeitos da sentença somente seria aplicável ao paciente, ferindo o direito de diversos cidadãos que se encontram na mesma situação. Assim, garantindo a eficácia geral das decisões de controle de constitucionalidade difuso pelo Supremo Tribunal Federal, corte constitucional máxima de interpretação da Constituição, permite que a concretização dos preceitos fundamentais não seja somente aplicável àqueles com condições econômicas para interpor a ação até o Supremo e que o direito de vários cidadãos não permaneça na arbitrariedade política.

Portanto, apesar de diversos doutrinadores alegarem que a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal infringi o princípio democrático. O Supremo Tribunal Federal como defensor da Constituição deve integrar a realidade social ao texto constitucional, tendo a modificação da competência do Senado

Federal em controle de constitucionalidade difuso alcançar tal objetivo. Afinal permite uma maior agilidade por parte do Supremo Tribunal Federal na proteção aos princípios constitucionais e na efetivação dos direitos fundamentais a todos os cidadãos.

Conclui-se que a equiparação do controle difuso com o controle abstrato e a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal é somente mais uma forma de como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é capaz modificar a Constituição.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa 5 de outubro de 1988**. Org. Alexandre de Moraes. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Constituição e Supremo. Artigo 3 dos Atos das Disposições Transitórias**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2110>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959/SP**. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2082959.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2082959.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2082959.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 28 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 454/STF**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm#Reclamação:%20Cabimento%20e%20Senado%20Federal%20no%20Controle%20da%20Constitucionalidade%20-%201>>. Acesso em 28 de nov de 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Milton. **Constituição e realidade**. RF. v.187, 1960.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Moreira, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. **A objetivação do controle difuso de constitucionalidade**: novas tendências da jurisprudência constitucional brasileira. Tese (Graduação em direito). Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, 2007.

DIDIER JR. Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007

_____. Fredie; SARNO, Paulo; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: DIDEIR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limond Ltda, 1986

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. **Tradução Pedro Cruz Villalon**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHEIRO, Lya Rachel Brandão e Mendes. **A interpretação como**

meio de reforma constitucional: a mutação constitucional como direito à intimidade. Tese de mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2003.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. O inquietante fenômeno da mutação constitucional. **Revista de doutrina e jurisprudência**, Brasília, n. 84, p. 15-31, maio/ago 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta: Revista Jurídica do programa do mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI**, n. 7, p. 45-68, 2007.

**ANÁLISE CRÍTICO-CONSTITUCIONAL
ACERCA DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA
(RESOLUÇÃO TSE 22.610)**

**ANALYSIS CRITICAL AND
CONSTITUTIONAL FROM INFIDELITY IN
POLITICAL PARTY (TSE RESOLUTION
22.610)**

Claudio José Amaral Bahia

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP
Mestre em Direito Constitucional pelo Centro
de Pós-Graduação da ITE/Bauru
Professor do Programa Stricto Sensu em Direito (Mestrado),
mantido pelo Centro de Pós-Graduação
da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito de Bauru/ITE
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE
Advogado

Ana Carolina P. Abujamra

Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru
Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação
mantido pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru
Professora de Direito Processual Civil I do Direito OAPEC em
Santa Cruz do Rio Pardo
Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro
Universitário Toledo de Ensino de Araçatuba
Advogada

E-mail: anacarolabujamra@yahoo.com.br

SUMÁRIO: INTRÓITO; 2 A CONSTITUIÇÃO -
CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES; 2.1 A FIDELI-
DADE PARTIDÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASI-
LEIRAS; 2.1.2 A LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS
E A FIDELIDADE PARTIDÁRIA; 3 DA NATUREZA

JURÍDICA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610 E DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO A COMPETÊNCIA LEGIFERANTE; 3.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º 22.610 POR OFENSA À GARANTIA PÉTREIA ESTABELECIDO NO ARTIGO 5.º, II, DA CARTA MAGNA; 3.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º 22.610 POR INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE; 4 CONSIDERAÇÃO FINAL ACERCA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610: DA NECESSIDADE DE "JUSTA CAUSA" PARA DESFILIAÇÃO; 5 CONCLUSÕES; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE CONSTITUTION - PRELIMINARY CONSIDERATIONS; 2.1 PARTY LOYALTY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONS; 2.1.2 THE LAW OF POLITICAL PARTIES AND PARTY LOYALTY; 3 THE LEGAL STATUS OF RESOLUTION TSE No. 22.610 AND RESPECT TO YOUR UNCONSTITUTIONALITY LEGISLATING COMPETENCE; 3.1 UNCONSTITUTIONALITY OF RESOLUTION NO OFFENSE TO No. 22.610 BY PETRA WARRANTY SET FORTH IN ARTICLE 5º, II, THE MAGNA CARTA; 3.2 UNCONSTITUTIONALITY OF RESOLUTION NO INFRINGEMENT TO 22.610 BY PRINCIPLE OF EQUAL; 4 FINAL CONSIDERATION OF RESOLUTION ON TSE No. 22.610: THE NEED FOR "CAUSE" FOR DISAFFILIATION; 5 CONCLUSIONS; 6 REFERENCES.

Resumo: A Resolução TSE 22.610, editada em outubro de 2007, pelo preclaro Min. Cezar Peluso, causa certo furor na comunidade jurídica, haja vista, a presença latente de inconstitucionalidade, quando da tentativa de se disciplinar o processo de perda de cargo eletivo (fidelidade partidária), bem como a desfiliação partidária. Muitas polêmicas surgiram e surgem, principalmente pelo fato de que muitos de seus dispositivos, como serão abaixo demonstrados, apresentam, ainda que por via reflexa, graves violações a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constituição. Fidelidade partidária. Direito Político. Inconstitucionalidade. Desfiliação.

Abstract: The TSE Resolution 22610, published in October 2007, by Min Cezar Peluso, cause some fear in the juridical community, given the presence of latent unconstitutional, when the attempt to discipline the process of loss of elective office (party loyalty) and the nonaffiliated party. Many controversies have arisen and arise, mainly due to the fact that many of their devices, as will be demonstrated below, show, though by reflex, serious violations of fundamental rights.

Keywords: Constitution. Allegiance party. Right Politician. Unconstitutionality. Nonaffiliated.

1 INTRÓITO

A Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, causou e tem causado furor na comunidade jurídica, posto que esta derrubou o entendimento firmado de há muito, considerando que a migração partidária levada a efeito pelo eleito, sem justa causa e após 27 de março daquele ano¹, produziria o efeito de lhe retirar o mandato anteriormente conquistado nas urnas, pelo voto direto, haja vista que tal pertenceria a agremiação pela qual havia ele disputado dito pleito eleitoral.

A edição da referida Resolução, muitas polêmicas surgiram principalmente no que diz respeito a sua compatibilidade com o texto constitucional de 1988, haja vista que vários de seus dispositivos, ainda que por via reflexa, acabaram por apresentar graves violações a direitos fundamentais, o que se cumpria a todo custo evitar.

2 A CONSTITUIÇÃO - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Constituição do latim *constitutio*, tem entre outros significados, o de ação de formar um conjunto; é o conjunto de regras e leis fundamentais; princípios estabelecidos por um país para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um dos cidadãos; lei fundamental, código supremo, magna carta ou carta magna, estatuto básico, lei suprema.

A Constituição é a lei soberana do povo que abriga em seu todo, normas consideradas fundamentais e absolutas, em relação ao tempo e ao espaço. Em seu texto, os governantes ou os poderes públicos encontram limites às suas atividades públicas e políticas e

¹ Data em que exarado o julgamento da Consulta n.º 1.938 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília), feita pela então Partido da Frente Liberal perante ao TSE.

não podem se afastar das normas que lhes foram traçadas.

Em meio a tantas regras já traçadas e tão bem delineadas em um texto escrito como a Constituição Brasileira, era de se esperar um mínimo de respeito por parte daqueles que deveriam zelar por sua integridade. Mas o que se vê é a profunda incapacidade dos mesmos, em quem se confia os votos e com eles a representação das vontades, de manter distante a vaidade pessoal. O desrespeito à Constituição é reflexo do desrespeito que os governantes parecem nutrir pelo povo, e do povo por ele mesmo.

2.1 A fidelidade partidária nas constituições brasileiras

O direito eleitoral e partidário experimentou robusto desenvolvimento nos anos seguintes à Primeira Guerra Mundial, posto que acreditava-se que democracias não entrariam em conflito. Evoluem, então, os conceitos de justiça eleitoral, sistema proporcional de votação e, claro está, de partido político.

O partido político, progressivamente, passa a ajustar-se às leis constitucional e ordinária. Do ponto de vista interno, o partido vai organizar-se, adequar-se o seu funcionamento, proceder à elaboração de seus programas e proposta para a sociedade, ocupar seu lugar no terreno político, enfim, definir seus fins e meios e integrar-se na coletividade. Externamente, passará a se harmonizar com as outras instituições do Estado. Por exemplo, assuntos que poderiam ser resolvidos no foro interno, como a fidelidade partidária, passam a ser objeto de lei.

O afã normativo do estado abrange praticamente todas as áreas relativas às agremiações partidárias, deixando pouca ou nenhuma liberdade para os afiliados. Sugere, inclusive, uma justiça especial, a justiça eleitoral, que paulatinamente irá abranger não apenas o período eleitoral que a originou, mas regulamentar e disciplinar toda a vida dos partidos.

Do ponto de vista da estrutura político-partidária, o Brasil é caso

único no mundo. No país existem concomitantemente fatores que, em outras nações, seriam considerados excludentes ou conflitantes. Assim, tem-se regime presidencialista; legislativo bicameral com prerrogativas exclusivas; sistema eleitoral diferenciado em função dos cargos e vagas disputados e estrutura partidária com escassa densidade e graus extremamente baixos de fidelidade e disciplina partidária.

Fazendo um breve histórico, talvez pelo fato de até o final da década de 60, do século passado, o número de mudanças de partido, pelo menos quantitativamente, não ser muito expressivo, o certo é que tanto a Constituição do Império, como as Constituições da República de 1891, 1934, 1937 e 1946 não cogitaram da fidelidade partidária nos respectivos textos. A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 inovou ao se referir, ao instituto da disciplina partidária. Foi, porém, a Emenda Constitucional nº 1/69, à Constituição Federal de 1967, que deu status constitucional ao instituto da fidelidade partidária, ao transformar o art. 149 em art. 152, acrescido de parágrafo único. A Emenda Constitucional nº 11/78, à Constituição de 1967, manteve, no texto da Constituição, o instituto da fidelidade partidária, com uma pequena abertura somente para aqueles que se desligassem do partido pelo qual foram eleitos para participar da constituição de novo partido político. O maior exemplo, em Minas Gerais, da utilização da ressalva constitucional foram o Senador Tancredo Neves e o Deputado Magalhães Pinto que deixaram os partidos sob cuja legenda se elegeram, para participarem, como fundadores, da constituição de um novo partido, o então PP – Partido Popular. Graças à ressalva do texto constitucional, não perderam os respectivos mandatos de Senador e Deputado Federal (RAMOS, 2007). Porém, com a Emenda Constitucional nº 25/85, à Constituição Federal de 1967, o instituto da fidelidade partidária e a sanção prevista, foram pura e simplesmente, retirados do texto constitucional.

O instituto da fidelidade partidária volta a figurar no texto constitucional com a promulgação da atual Constituição da República, em seu art. 17, § 1º. A Constituição de 1988 não prevê

qualquer sanção decorrente da infidelidade partidária, remetendo a matéria para os estatutos dos respectivos partidos, excluída a possibilidade de perda do mandato em razão da infidelidade partidária.

A História Política Brasileira registra um caso exemplar de fidelidade partidária. O Deputado Mário Martins, eleito Deputado Federal pela UDN (União Democrática Nacional) passou a divergir da atuação do Partido pelo qual fora eleito: conclusão: desligou-se do partido e renunciou ao mandato.

2.1.2 A lei dos partidos políticos e a fidelidade partidária

A Lei 9.069/95 dispõe sobre os partidos políticos e regulamenta dispositivos da Constituição Federal, em seu art. 15 da referida Lei estabelece que o estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre: "fidelidade e disciplina partidária, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa". O capítulo V, cuida da fidelidade e da disciplina partidária, no qual se inclui o art. 23, que estabelece que: "A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo órgão competente, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido".

Por sua vez, o art. 24, da Lei 9.096/95 estabelece que: "Na Casa Legislativa, o integrante da bancada do partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto".

É a consagração, na Lei dos Partidos Políticos, do instituto da fidelidade partidária.

Quanto às sanções decorrentes da infidelidade partidária, cuida o art. 26, da Lei 9.096/95. Cumpre ressaltar que não há mais, no Direito Brasileiro, a sanção de perda do mandato decorrente da infidelidade partidária. Os casos de perda de mandato estão

previstos no art. 55 da Constituição da República e os mesmos não podem ser ampliados por lei infraconstitucional ou pelo estatuto dos partidos políticos.

A pena máxima que o estatuto do partido político pode estabelecer, mesmo no caso de flagrante infidelidade partidária, é a desfiliação ou a expulsão. Isto importa em dizer que, no Brasil, o mandato voltou a pertencer ao candidato eleito e não ao partido político sob cuja legenda se elegeu, embora, contraditoriamente, o inciso V, do §3º, do art. 14, da Constituição Federal estabeleça como condição de elegibilidade "a filiação partidária", e da necessidade desta para concorrer as eleições.

Outro ponto relevante a ser destacado, não a título de crítica, mas de constatação, é que, não obstante o sistema político-partidário vigente, indicar que o mandatário deve estar filiado em um determinado partido político, culturalmente, os cidadãos, em grande parte, votam nas pessoas e não nos ideais e nas agremiações.

Tal fato deveria ter sido levado em consideração, de modo mais acurado, pela Suprema Corte, quando da decisão proferida nos writs onde se discutia a problemática da fidelidade partidária. É bem verdade que muito se tem reclamado da ineficácia do Poder Legislativo em editar as espécies normativas necessárias à regulamentação das temáticas que envolvem os principais problemas da sociedade, cuja inoperância reiterada, aliada as inúmeras denúncias de corrupção e de malversação de dinheiro público que assolam a credibilidade de nossos parlamentares.

Dia após dia, acabaram, sem sombra de dúvidas, por conclamar uma participação mais ativa do Judiciário em tais questões, obrigando-o a sair, então, de seu estado natural de inércia, para, em muitas vezes, participar das soluções pertinentes como verdadeiro órgão legislador. Assim, não se discute, dentro dos moldes que permeiam e formatam o denominado Estado Constitucional, que desfruta o Poder Judiciário de legitimidade, em situações específicas e relevantes, para sanar lacunas legislativas

que se apresentem como verdadeiros entraves a consecução e a concretização dos direitos pertencentes aos cidadãos brasileiros.

Ora, é cediço que um dos caracteres que garantem a sadia separação entre as funções do poder de há muito vociferada por Montesquieu, é a existência da possibilidade de controle recíproco dos atos emanados por cada um deles. Tal controle, como dito linhas acima, é imprescindível à garantia da legitimidade e da razoabilidade dos atos de qualquer dos entes estatais, pois tende a assegurar o perfeito equilíbrio das funções do poder. Das espécies de controle intra-estatais existentes, a que mais se destaca diz respeito ao chamado controle jurisdicional, sendo certo que a fiscalização da legalidade dos fatos e atos do Estado compõe uma de suas suas funções precípua.

Tanto isso é verdade que, nos denominados Estados Constitucionais, como é o caso do Brasil, a Administração encontra-se sujeita ao fiel cumprimento de sua própria legislação, restando afastada de há muito tempo, a errônea premissa do "*the king can do not wrong*", emergindo daí, inclusive, sua responsabilização do pelos danos que causa a terceiros, via de regra, determinada pelo Poder Judiciário.

Nesse eito, poder-se-ia dizer que, em tese, a função judicial em sua essência, apresenta um ponto de sanidade do Estado, pois sua atividade se caracteriza e deve caracterizar-se, justamente, pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas à salvaguarda e a atualização dos valores constitucionais existentes, ao passo que o exercício da função legiferante, como não poderia deixar de ser, está diretamente vinculada ao povo, inclusive à passionalidade dos clamores sociais.

Daí emerge que aos olhos do Poder Judiciário, a validade da lei já não está em si própria, mas na sua conformidade e compatibilidade com os objetivos e os princípios constitucionais.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis levanta, pois, delicados problemas de delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial, cuja análise, perpassa pela estrita obediência ao decantado princípio da separação dos poderes.

Assim, não há como se descurar que o Judiciário pró-ativo, por óbvio, também encontra limitação de atuação nos ditames do texto constitucional republicano, de modo que não se pode confundir complementação de lacunas ou obscuridades com verdadeira criação inovadora de dispositivos, efeitos e contingências que até então não se mostravam presentes no seio do ordenamento jurídico pátrio.

O que se tem verificado com mais intensidade nos últimos tempos, é, em nome do princípio democrático, a paulatina substituição das pautas legislativas pelas judiciais. Ocorre que, não raras vezes, essa substituição pode se mostrar perigosa, produzindo efeitos de incerteza e insegurança no agir, o que se cumpriria a todo custo evitar.

Essa perigosa flexibilidade de limites e parâmetros do atuar judicante, teve seu início, de modo mais severo, com o *leading case* referente à cidade de Mira Estrela, mais precisamente no que pertine ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 6.º de sua Lei Orgânica, cujo dispositivo estabelecia que a Casa de Leis da referida urbe seria composta de 11 vereadores, muito embora, à época, o citado município contasse com 2.596² habitantes.

Outra demonstração preocupante e que também das hipóteses de ativismo judicial, agora no âmbito da Corte Superior Eleitoral³, se materializa no *decisum* que, por maioria de votos, houve por bem em acrescentar, de modo interpretativo, a exegese contida na alínea "g" do inciso I do artigo 1.º da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, bem como na Súmula 01/TSE, a necessidade de análise, por parte da Justiça Eleitoral, da idoneidade

² STF, RE 197.917.

³ TSE, Recurso Ordinário n.º 912.

da ação anulatória de contas proposta pela parte interessada, como sendo condição *sine qua non* para a aplicação da condição legal suspensiva veiculada nos citados dispositivos de regência⁴.

Somente uma ordem jurídica edificada de maneira a equilibrar os valores “liberdade” e “segurança”, tende a ser aceita pela sociedade onde aplicada, conseguindo, assim, conciliar e ordenar as divergências de interesses diuturnamente verificáveis entre os homens e entre estes e a sociedade e os respectivos conflitos consequentes de tais relacionamentos.

Todavia, é cediço que a jurisprudência somente incide (ou ao menos deveria incidir) sobre fatos ocorridos após sua formação, daí porque as relações jurídico-processuais formadas sob o império do anterior pensamento judicial devem (ou ao menos deveriam) ser resolvidas segundo os seus comandos.

É preciso que se deixe indene de dúvidas que a mudança da postura jurisprudencial e de posicionamento jurídico se mostra salutar; entretantes, quando de inaugural entendimento sobre determinada matéria, mormente dentre aquelas dotadas de caráter fundamental, devem ser aplicados os consagrados princípios da não-surpresa e da irretroatividade dos posicionamentos jurisprudenciais.

Tecendo comentários acerca da matéria constitucional em testilha, discorre a ilustre jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, 100/101) que

As leis – inclusive as normas constitucionais – são votadas e voltadas para o futuro, aplicando-se a partir do seu momento de elaboração e promulgação. É o presente e o futuro a matéria que interessa ao criador do Direito em geral. E tanto se dá porque a segurança jurídica repousa na certeza das relações firmadas e aperfeiçoadas sob a incidência de um ordenamento

⁴ Matéria essa discutida na ADPF 144, julgada recentemente, onde acordaram não ser possível a decretação inelegibilidade do candidato, quando houver processo em trâmite. Ou seja, há a necessidade de trânsito em julgado de sentença para que haja tal impedimento. Em seu voto, o Ministro Eros Grau, lembra de princípios como o da presunção de inocência, de culpabilidade e que inclusive, vivemos numa democracia.

que, mesmo substituído, não é prejudicado pelo que lhe sobrevém. (...) A retroatividade das leis, tal como lembrei em outra ocasião, especialmente quando concerne aos direitos fundamentais, relevo dado à liberdade, conduz ao arbítrio, à insegurança, ao abuso dos governantes, enquanto a irretroatividade constitui um baluarte da firmeza jurídica, que garante a segurança do povo no sistema organizado de vida política. (...) O sagrado princípio da não retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação (...).

É justamente sobre a ótica das discussões acima alinhavadas que se pretende levar a cabo estudo, ainda que superficial, sobre a eclosão, ao mundo jurídico, da malfadada Resolução TSE n.º 22.610.

3 DA NATUREZA JURÍDICA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610 E DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO A COMPETÊNCIA LEGIFERANTE

O Primeiramente, e pela importância, deve ser feita a correta análise do termo “resolução” nas searas constitucional e administrativa.

De fato, a Constituição Federal tratou no Título IV, Capítulo I, Seção VIII, do processo legislativo a ser dispensado pelo legislador por ocasião da elaboração das espécies normativas elencadas em seu artigo 59, traz a resolução. Esta, como bem assevera José Afonso da Silva (2006, 438), tem por escopo “[...] regulamentar matéria de interesse interno (político ou administrativo) de ambas as Casas do Congresso Nacional em conjunto ou de cada uma delas em particular. Terminada a elaboração do projeto de resolução, será esta promulgada pelo presidente do Congresso Nacional, se versar sobre matéria de interesse comum das duas Câmaras, como o Regimento Comum, sua reforma etc; se for resolução sobre matéria de interesse apenas da Câmara dos Deputados, ela começa e termina ali, com sua promulgação pelo seu presidente; se for do Senado Federal, começa nele e nele termina, com sua proclamação pelo respectivo presidente [...]”.

Já, no campo do Direito Administrativo, salienta Diogenes Gasparini (2007, 92) que a resolução “{...} é a fórmula de que se valem os órgãos colegiados para manifestar suas deliberações em assuntos de respectiva competência ou para dispor sobre seu próprio funcionamento”.

Preceitua o artigo 22, I, da Constituição Federal, que compete privativamente à União legislar, dentre outras matérias, sobre *direito processual e direito eleitoral*, atividade essa exercida através do Poder Legislativo, ou seja, do Congresso Nacional.

Como fácil de perceber, a Resolução nº 22.610 contém normas de duas naturezas: i) de ***direito material eleitoral***, quando disciplina que a desfiliação partidária, sem justa causa, ***autoriza a decretação da perda do respectivo cargo eletivo*** (cf. artigo 1º, caput) e na medida em que esclarece ***quando a dita desfiliação se considera justificada***, é dizer, os casos em que o interessado poderá assim agir sem estar sujeito à sanção em causa (cf. artigo 1º, § 1º) e, ii) de ***direito processual***, quando traça o ***iter procedimental*** a ser observado na tramitação do pedido de decretação da perda do cargo (cf. artigos 3º a 12).

Em assim sendo, é inquestionável que o diploma normativo em enfoque foi editado com usurpação do poder legiferante da União, afrontando a separação de poderes, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Deveras, à Resolução somente era lícito traçar normas tendentes a possibilitar a aplicação do direito previsto na legislação ordinária, sendo defeso, por óbvio, que através dela se criasse, modificasse, restringisse ou extinguisse esses mesmos direitos.

A exclusiva competência da União para legislar sobre a matéria em comento, aliás, não é nova no cenário normativo brasileiro, visto que foi consignada quando da edição da antiga Lei nº 1.269, de 15 de novembro de 1904, sendo alçada a dogma basilar com o advento da promulgação da *Lex Mater* de 1934, assim permanecendo até a vigente Constituição da República.

Nem se diga, de outra parte, que a normatividade irradiada do artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral, estaria a autorizar o ali denominado “Tribunal Superior” a editar normas com tais conteúdos, visto que o legislador ordinário foi absolutamente claro e preciso ao atribuir competência à Corte apenas no sentido de ***“tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”***, vale dizer, a atividade autorizada estaria a depender da *prévia existência* de legislação eleitoral, editada, por óbvio, pelo órgão legiferante constitucionalmente designado, *in casu*, o Congresso Nacional.

Em epítome, inexistindo no ordenamento jurídico pátrio qualquer legislação que expressamente proíba a desfiliação partidária, não era dado ao Egrégio Tribunal Superior Eleitoral criar hipóteses que tais, através da malsinada Resolução nº 22.610, cujo veículo normativo tem por desiderato apenas e tão-somente a adoção de providências para a ***execução*** de legislação eleitoral já ***anteriormente*** editada pelo órgão legiferante competente, até porque, *permissa venia*, não se poderia cogitar da execução ou da aplicação de algo ainda inexistente no cenário jurídico.

3.1 Da inconstitucionalidade da resolução n.º 22.610 por ofensa à garantia pétrea estabelecida no artigo 5.º, II, da carta magna

O dogma, *“ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (art.5º, II, CF), representa, a expressão máxima do regime democrático, na medida em que protege o cidadão dos abusos e das surpresas que podem ser encetados pelo Estado.

Nessa ordem de idéias, a Resolução não poderia impor verdadeira sanção, materializada na perda do cargo eletivo, a quem, à ausência de qualquer norma proibitiva, desfilou-se de sua anterior agremiação política, para juntar-se a outra, organizada segundo os preceitos constitucionais e legais de regência.

Acode considerar, que a Constituição da República elencou,

no seu artigo 55, as hipóteses em que o parlamentar deputado federal ou senador - e, por simetria, também o deputado estadual e o vereador - perderá seu mandato, de tal rol não constando a mudança de agremiação partidária. Tal elenco, por constar de norma manifestamente restritiva ou supressiva de direitos, deve ser considerado em *numerus clausus*, não admitindo ampliações, por elementar princípio de hermenêutica.

Mas não é só. A perda de mandato pela desfiliação partidária, outrora prevista na anterior ordem constitucional, foi deliberadamente suprimida pelo Constituinte de 1988. Segue daí que não poderia o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, através de simples Resolução, ressuscitar tal hipótese de perda de mandato eletivo, a qual se repita ainda uma vez, já se encontrava definitivamente inumada pela vontade do poder constituinte elaborador da vigente Lei Maior.

3.2 Da inconstitucionalidade da resolução n.º 22.610 por infringência ao princípio da igualdade

Sem nenhuma dúvida, quando o TSE estabeleceu diferentes datas para a contagem do período de fidelidade partidária, criou desigualdades entre iguais, ferindo o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei. Fez ainda coisa pior, ao desigualar os iguais, feriu o princípio de que a isonomia se faz igualando os desiguais, além de ter ferido o princípio da igualdade aristotélica.

Com as decisões de 27 de Março de 2007 e de 16 de Outubro de 2007, inusitadamente, o TSE criou imunidade para aqueles parlamentares que mudaram de Partido Político antes de 27 de Março de 2007. Criou a infidelidade partidária para aqueles parlamentares que mudaram de Partido Político entre 27 de Março de 2007 e 16 de Outubro de 2007. E, criou ainda, imunidade para aqueles ocupantes de cargos majoritários de mudaram de Partido Político até o dia 16 de Outubro de 2007, poupando o mandato de quatro senadores, fato amplamente divulgado pela mídia.

É inegável que com tais decisões o TSE, a título de definir fidelidade partidária, criou confusão partidária e ofendeu

abertamento dispositivo da Constituição Federal de que "todos são iguais perante a lei", ficando latente a inconstitucionalidade da fixação de prazos diferentes para a desfiliação partidária de parlamentares, por ofensa ao artigo 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4 CONSIDERAÇÃO FINAL ACERCA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610: DA NECESSIDADE DE "JUSTA CAUSA" PARA DESFILIAÇÃO

Os partidos políticos (pessoa jurídica de direito privado), como dito alhures, são associações constituídas para a participação da vida política de um país, para a formação da vontade nacional, com objetivos de propagação de idéias e de conquista, total ou parcial, do poder político.

A Constituição Federal adota dois grandes princípios em matéria de organização partidária, a saber: ampla liberdade partidária (soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo; aos direitos fundamentais da pessoa humana, observando-se, ainda, seu caráter nacional, proibição de recebimento de recursos estrangeiros ou subordinados a estes, prestação de contas à Justiça Eleitoral, funcionamento parlamentar de acordo com a lei) e autonomia partidária.

É de especial relevo salientar que a condição *sine qua non* para a viabilidade de judicialmente ser retirado o mandato daquele que se transferiu para outro partido político após o marco estabelecido pela Suprema Corte em 27 de março de 2007 diz respeito a ausência de "justa causa" para o referido ato. Desta feita, antes de tudo, necessário se faz entender o significado da expressão "justa causa".

O próprio dispositivo, nos quatro incisos de seu §1.º, traz hipóteses que estariam a caracterizar a "justa causa" apta a perpetuar o mandato nas mãos do eleito que migrou de partido, não se perdendo de vista que o rol ali apresentado, é meramente exemplificativo, haja vista que pela própria significação apresentada

a dita expressão, se entremostra impossível, venia concedida, enclausurar em tão poucas situações, a mudança válida de partido, ainda mais ao se levar em consideração que tais atos ocorrem sempre permeados pelas mais diversas razões e nas mais diferentes condições.

Por óbvio, tem-se que o primeiro legitimado para ação que visa a retomada do mandato que até então pertencia ao parlamentar tido por infiel é da agremiação política ao qual ele anteriormente pertencia, sendo de relevo destacar que tal medida deverá, impreterivelmente, ser tomada dentro do lapso temporal de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.

Ainda, é consabido que, sem embargo da existência de pontos manifestamente inconstitucionais, o diploma normativo que rege o procedimento sob análise é o Decreto-lei n.º 201/67, que, no seu artigo 5º, VII, disciplina que

[...]o processo, a que se refere esse artigo, deverá estar concedido dentro em 90 (noventa) dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado. TRANSCORRIDO O PRAZO SEM JULGAMENTO, O PROCESSO SERÁ ARQUIVADO, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos[...] (sic).

A doutrina pátria se apresenta uníssona quanto ao tema, como bem atesta o inexorável posicionamento do publicista Maurício Balesdent Barreira (p. 169), que assim se manifestou: “Em se admitindo a natureza política das infrações e a repercussão igualmente política (cassação do mandato, inelegibilidade) das sanções aplicáveis, estamos diante de um verdadeiro direito material, que induz à competência privativa da União para legislar”.

Navegando-se nessas águas, inexorável a conclusão de que o vertente procedimento de perda de mandato eletivo se dá, exclusivamente, por intermédio das regras estampadas no Decreto-lei n.º 201/67, cujo inciso VII do artigo 5.º restou, desrespeitado por essa douta Comissão.

Ademais, há que se ponderar, também, que a natureza jurídica do prazo retratado no inciso VII do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 201/67 é manifestamente decadencial, razão pela qual impossível se entremostrava sua prorrogação, ocorrendo o perecimento do direito, de modo que não mais será lícito ao titular tentar colocá-lo em atividade.

6 CONCLUSÕES

Como dito por todo trabalho, o tema ora debatido, é por demais espinhoso, encontra-se diante de várias agressões ao texto constitucional.

Em relação à perda do mandato, em virtude de infidelidade partidária, para os eleitos pelo sistema proporcional, o artigo 26 encontra-se em confronto com o artigo 55 da CF/88, sendo, pois, inconstitucional, salvo interpretação conforme à Constituição para lhe dar eficácia apenas em relação a perda de função no partido ou Mesa Diretora, jamais mandato. Com isto podemos chegar às seguintes conclusões:

(a) se o mandato pertence ao partido ou coligação no sistema proporcional, qual motivo não pertenceria ao partido ou coligação, também, no sistema majoritário? Ou seja, porque Prefeito, Governador, presidente da República e Senador estão fora desta decisão, de forma a consagrar, *mutatis mutandis*, que o mandato lhes pertence? Se para concorrer ao pleito a CF/88 exige filiação partidária no seu artigo 14, §3º, qual a distinção entre o sistema majoritário e proporcional? Apenas pelo quociente eleitoral e partidário? E a igualdade;

(b) como fica a soberania popular exercida nas urnas, segundo artigo 1º, parágrafo único da CF/88? – ou seja, apesar dos 513 deputados federais eleitos em 2006, apenas 31 conseguem eleger-se por conta própria, sendo os demais pelo quociente eleitoral/partidário, não se pode olvidar que as “regras do jogo” eram estas colocadas no momento da disputa, sendo que a violação por resolução do TSE corresponderia a uma lei, que no caso concreto,

deveria respeitar o artigo 16 da CF/88, ou seja, ser válido somente para as próximas eleições;

(c) a resolução do TSE, como apresentada, trata-se de ato normativo primário (que cria direito novo), porém, como sabemos, por força do CE e da Lei 9.504/97 (art.105), a resolução do TSE tem força de lei ordinária federal, jamais status constitucional. Com isto, a decisão é inconstitucional, porque o TSE atuou como legislador positivo, mas em matéria reservada a CF/88 (art. 55) e não afeta à lei ordinária federal;

(d) o artigo 55 da CF/88, não contempla nas hipóteses de perda de mandato a "infidelidade partidária nos casos previstos em lei". Desta forma, o artigo 26 da Lei 9096/95 seria inconstitucional, porquanto não presente no artigo 55 da CF/88;

(e) a perda do mandato de deputados (federais, estaduais e distritais) e vereadores eleitos pelas regras postas viola os seguintes dispositivos: e.1 - o princípio da segurança jurídica (artigo 5, caput c/c artigo 16 da CF/88 - ADI 3685/2006); e.2 - o princípio da liberdade de pensamento, de reunião, de associação e expressão (artigo 5º, IV, XVI, XVII e XX2 da CF/88); e.3 - ninguém pode ser privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (artigo 5º, VIII da CF/88); e.5 - norma constitucional de interpretação restritiva que prevê a perda do mandato é somente o artigo 55 da CF/88.

Assim, entende-se que até a Reforma Eleitoral regulamentar a nível constitucional, é flagrantemente inconstitucional, não podendo, assim, haver restrição de direitos políticos em matéria não prevista na Carta Suprema.

O dispositivo, no máximo, numa exegese de "interpretação conforme à Constituição Federal", poderia ser emprestado à perda de função ou cargo somente na Mesa Diretora ou Presidência da Câmara de Deputados ou Vereadores, ou do próprio partido, com a saída do parlamentar para outro partido, jamais perda do mandato.

Não se pode, assim, confundir perda do mandato com perda de função ou cargo de confiança partidária. O TSE, portanto, atuou como "legislador positivo" constitucional, adiantando a Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *check and balance* previsto no artigo 2º da CF/88.

Não há norma constitucional, tampouco ordinária, que estabeleça a perda do mandato do parlamentar diante da situação de troca de partido ou cancelamento da filiação partidária. O artigo 26 da Lei Partidária apenas versa sobre a perda da função ou cargo e não mandato, de forma que fazer perder o mandato seria violar o artigo 55 da CF/88.

Além dos argumentos jurídicos, temos que conhecer a confusão causada pelo próprio TSE, com o máximo de respeito. Até a decisão final da inconstitucionalidade da cláusula de barreira, decidida pelo STF nas ADI's 1351 e 1354, o TSE sugeria a adoção da mesma, provocando uma insegurança jurídica enorme no seio político.

Com isto, vários parlamentares mudaram de partido, outros partidos fizeram a fusão e incorporação, pois desconheciam o que o STF decidiria. Pois bem, agora, o próprio TSE, que gerou a troca de partidos de muitos parlamentares, exige dos políticos a perda do mandato pela troca do partido?

Aceitar esta decisão seria o mesmo que consagrar uma execução de nota promissória cobrada a sangue da própria democracia.

8 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007

BARREIRA, Maurício Balesdent. **Direito Municipal Aplicado**. Belo Horizonte:Del Rey, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** - Coordenadores Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. [Tradução de Carlos Nelson Coutinho].

_____. **Teoria Geral da Política - a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2000. Título original: Teoria Generale Della Política.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito adquirido, In: **Revista de Direito Administrativo** n. 210. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 12.ª edição, Editora São Paulo:Saraiva, 2007.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2a Edição. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1998.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. 4.ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Jurídico Atlas, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais**. In: **Interpretação Constitucional**, org. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida. Fantástico litígio judicial de uma família: drama, suspense, surpresa e mistério**. São Paulo: Planeta, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. In: **Princípios Constitucionais**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa; Qu'est-ce que le Tiers État?**. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ª edição de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (DOU 9.3.2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

A ADOÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE ADOPTION OF THE BINDING PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Luiz Régis Bomfim Filho

Aluno de Pós-Graduação em Processo Civil e Gestão do Processo
da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC
Advogado

E-mail: luizregis@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 OS PERCALÇOS AO TRÂMITE PLAUSÍVEL DO PROCESSO; 2.1 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO; 2.2 O FORMALISMO DAS LEIS PROCESSUAIS; 3. AS SÚMULAS VINCULANTES; 3.1 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45; 3.2 CONCEITO; 3.3 NATUREZA JURÍDICA; 3.4 EFEITO VINCULANTE; 4 LEI 11.417 DE 19 DE NOVEMBRO DE 2006; 4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS; 4.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA LEI 11.417/06; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE PLAUSIBLE PROCEEDINGS OF THE PROCESS; 2.1 THE WEAKNESS OF THE JUDICIAL BRANCH; 2.2 THE FORMALISM OF THE PROCEDURAL LAWS; 3 THE BINDING PRECEDENTS; 3.1 CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº45; 3.2 CONCEPT; 3.3 STATUS LEGAL; 3.4 THE BINDING EFFECT; 4 LAW Nº11.417/06; 4.1 GENERAL CONCEPTS; 4.2 THE MAIN INNOVATIONS OF THE LAW 11.417/06; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: A Emenda Constitucional nº 45, que institui a chamada Reforma do Judiciário, concedeu a prerrogativa ao Supremo Tribunal Federal de tornar suas reiteradas decisões jurisprudências, sobre matéria constitucional, vinculantes perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A aludida prerrogativa deve

obedecer a um rito descrito na Constituição Federal em seu artigo 103-A e na Lei nº 11.417/07, que o regulamenta. Destarte, ocorreram vários conflitos ideológicos entre os operadores de Direito a respeito de diversos aspectos da mencionada vinculação do entendimento dominante do STF. Discutiu-se, principalmente, acerca da morosidade do Poder Judiciário. Desta feita, o presente artigo objetiva tecer considerações sobre o instituto jurídico sùmula vinculante, abordando, em especial, aspectos relevantes sobre sua criação, regulamentação e aplicabilidade.

Palavras-Chave: Emenda Constitucional Nº 45. Efeito Vinculante. Sùmulas Vinculantes. Artigo 103-A. Lei 11.417/06.

Abstract: After the Constitutional Amendment Nº 45, that it institutes the called Reformation of the Judiciary, occurs the possibility, on the part of the Supreme Federal Court, becoming the reiterated decisions jurisprudences, on constitutional substance, binding on the other's organs of the Judiciary and Public Administration direct and indirect, in the federal, state and municipal spheres. Such possibility must obey a described proceeding in the Federal Constitution in its article 103-A and the law 11.417/06. Occurs ideological conflicts between the operators of Law about diverse aspects of the binding of these abridgements. It is argued concerning the slowness of the Judiciary Power. This article aims to make comments on the legal institute of binding precedents, studying, in particular, aspects of its creation, regulation and application.

Keywords: Constitutional Amendment nº 45. Binding Effect. Binding Precedents. Article 103-A. Law nº 11.417/06.

1 INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito consubstancia-se em uma constante e minuciosa investigação das relações sociais, culminando atingir uma sociedade justa, ordenada e solidária. É cediço que o Poder Judiciário, aplicador precípua do Direito, encontra-se sobrecarregado e, por conseguinte, lento. A manifesta hipossuficiência dos órgãos julgadores ante a imensa demanda judicial existente enseja provimentos jurisdicionais precipitados e confusos.

Além do asoberbo de ações judiciais que retarda prestação jurisdicional, o cidadão se depara ainda com a divergência de entendimentos entre os julgadores. O jurisdicionado está à mercê de um sistema judicial lotérico, em que, demonstrando uma insegurança jurídica, uma tese é acatada em determinada sala e, em vezes, em outra sala do mesmo tribunal, a mesma tese abordando a mesma questão é repelida.

Diante dessa conjuntura sócio-jurídica, em 8 de dezembro de 2004, promulgava-se a Emenda Constitucional nº 45, a então denominada "Reforma do Judiciário". Essa emenda ensejou uma série de alterações no texto constitucional, dentre as quais se introduziu o instituto das sùmulas vinculantes, cujo objetivo constitui principalmente na ênfase à celeridade e à segurança na prestação jurisdicional.

Nessa perspectiva, deve-se elucidar com afincos toda a conjuntura sócio-jurídica emergida com a instituição das sùmulas vinculantes a partir da Emenda Constitucional nº 45. Ademais, no desenrolar no presente texto, buscou-se conceituar e caracterizar o instituto sùmula vinculante na sistemática do Direito Brasileiro, observando sua eficácia e extensão.

2 OS PERCALÇOS AO TRÂMITE PLAUSÍVEL DO PROCESSO

A evolução dos relacionamentos humanos em sociedade atiza novos questionamentos que, por conseguinte, reflete nas ciências jurídicas. A constante busca por sociedade ordenada constitui a própria essência do Direito. Desta feita, o perquirir de uma paz social rende ensejo a vários debates, consubstanciados em ações judiciais, acerca das já existentes e numerosas garantias jurisdicionais. São questões complexas que raras vezes encontram consenso na doutrina ou na jurisprudência.

Diante deste panorama, a contemporânea ciência constitucional e processual dedica-se veementemente a tratar de elementos capazes de exteriorizar os valores segurança e celeridade. A aludida dedicação justifica-se em virtude da manifesta insatisfação geral com a morosidade do Poder Judiciário brasileiro em lidar com as ações que lhe são postas a apreciação. Não obstante, o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 fixa a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Sobre o mencionado ditame constitucional, alerta Misael Montenegro Filho (2006, p. 70):

A norma constitucional reproduzida é programática ou idealista. A sua só redação não garante que os processos judiciais e que os procedimentos administrativos sejam desfechados em tempo razoável, evitando-se as delongas processuais que tanto sacrificam o direito material das partes posicionadas em pólos antagônicos na empreitada judicial (autor e réu).

Em decorrência de consistir uma previsão constitucional programática, como mencionado, partindo de comando geral e abstrato, cabe ao legislador infraconstitucional se atentar em especial aos dispositivos legais assecuratórios do trâmite plausível do processo. Constituindo um paralelo com a concepção hierárquica das normas jurídicas, interessante aqui registrar os ensinamentos de Hans Kelsen (1998, p. 181):

O Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse regressus é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.

Ademais, a título introdutório, relevante o estudo acerca

dos percalços ao trâmite razoável do processo, uma vez que a introdução à Constituição Federal do artigo 103-A, que originou as súmulas vinculantes, consubstancia tentativa de conferir racionalidade e celeridade processual, buscando efetividade ao ditame constitucional da tutela jurisdicional tempestiva. Desta feita, destacam-se dois percalços: a hipossuficiência do Poder Judiciário e o formalismo das leis processuais.

2.1 A hipossuficiência do Poder Judiciário

Uma das funções primordiais do Estado Democrático de Direito brasileiro consiste em dirimir litígios entre seus cidadãos. No cotidiano da atividade jurisdicional são vários os despachos, decisões interlocutórias e sentenças proferidas diariamente pelo magistrado. Trata-se de excessiva responsabilidade àqueles incumbidos de proporcionar a jurisdição. Situação esta oriunda, principalmente, do crescimento gradual e constante do número de ações ajuizadas nos últimos anos. Daí a razão pela qual o Poder Judiciário se demonstra incapaz diante de tantos processos, rendendo ensejo a um sentimento de crédito. Fábio Perianandro de Almeida Hirsch (2006, p. 103) esclarece o seguinte:

O reflexo desse aumento de demandas se reflete, perigosa e desafiadoramente, nas portas do Poder Judiciário, gerando críticas crescentes, dissabores cotidianos e, sobretudo, descrédito quanto às suas instituições. A Constituição Federal, a reboque, também padece dessa insatisfação popular, sendo enxovalhada a cada dia.

Não obstante existir o supramencionado descrédito às instituições jurídicas, interessante ressaltar que o grande número de processos advém de certas causas um tanto que positivas à sociedade, mas negativas a celeridade processual. Cita-se como exemplo dessas causas, a maior conscientização da população acerca de seus direitos, utilizando-se mais do Poder Judiciário para solucionar suas situações litigiosas.

A elevação do nível cultural do trabalhador nas grandes capitais, a obtenção de maior número de informações através

dos meios de comunicação e certa conscientização política são fatores que contribuíram em prol da aludida aproximação do jurisdicionado às instituições judiciárias. Questões, situações e teses eminentemente jurídicas passaram a ser amplamente abordadas sob a perspectiva da atenção popular, rendendo ensejo a uma maior procura ao Judiciário com o fim de auferir efetivamente direitos. Destaca-se, então, o alerta de Mauro Cappelletti (1988, p. 164):

[...] grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo.

Ademais, como já afirmado, os juízes se deparam com um grande volume de processos diariamente. O que consubstancia, também, a própria escassez de magistrados. Ressalta-se que não configura causa do número escasso de juízes a falta de concursos, mas, sim, a falta de nomeações atinentes aos concursos já realizados. Em vezes, os tribunais encontram dificuldades para promover as devidas nomeações, uma vez que grande parte dos candidatos revela-se despreparados para a magistratura. Paradoxalmente, surgem vários novos cursos de direito no país, revelando fator alarmante no que concerne à qualidade dos mesmos.

Desta feita, conclui-se que a insuficiência do Poder Judiciário não envolve apenas o meio forense, ou seja, não é apenas jurídica, de interesse tão-somente de advogados e magistrados. Trata-se de uma questão social, de interesse da coletividade em decorrência de suas graves conseqüências ao jurisdicionado. Já afirmava Rui Barbosa (1921, p. 34): “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

2.2 O formalismo das leis processuais

É cediço o existente e excessivo apego às concepções burocráticas nas repartições públicas brasileiras. Propugna-se demasiadamente à forma e ao papel, refletindo, por conseguinte, leis processuais assaz formais. São deveras pilhas de processos nas varas judiciárias. Assim, tal burocracia surte efeitos ante as demandas judiciais em detrimento, por óbvio, a celeridade processual. Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 11) explana o seguinte:

Por imposição do seu próprio modo de ser, o direito processual sofre da natural propensão ao formalismo e ao isolamento. Ele não vai diretamente à realidade da vida, nem fala a linguagem do homem comum. O homem comum o ignora, o próprio jurista o desdenha e os profissionais do foro lamentam as suas imperfeições, sem afinar com meios para melhorá-lo. A descrença de todos na Justiça é efeito das mazelas de um sistema acomodado no tradicional método introspectivo, que não inclui a crítica do sistema mesmo e dos resultados que ele é capaz de oferecer aos consumidores finais do seu serviço -, ou seja, aos membros da população.

Paradoxalmente, interessante analisar o excesso de formalismo a lume do princípio da economia e da instrumentalidade da formas. Conforme entendimento do artigo 154, do Código de Processo Civil, os atos processuais somente exigem forma determinada quando a lei expressamente exigir. Por conseguinte, serão considerados válidos os atos que atinjam sua finalidade essencial, mesmo quando realizados de outra forma. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 74) leciona:

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação desse princípio encontra-se em

institutos como a reunião de processos em casos de conexidade ou continência (CPC, art. 105), a própria reconvenção, ação declaratória incidente, litisconsórcio etc.

Ressalta-se que certos formalismos processuais devem certamente ser respeitados, havendo hipóteses que caso não cumpridos, ensejariam a nulidade do processo por inteiro. No entanto, o que se depara normalmente no dia a dia forense, são atos processuais excessivamente eivados de formalismos, os quais uma vez evitados, poder-se-ia certamente contribuir para o deslinde mais sereno e justo no tocante às diversas lides postas à apreciação do Poder Judiciário. Por fim, relevante registrar as palavras de José de Albuquerque Rocha (2005, p. 166):

De nada valeria ter acesso aos órgãos da jurisdição se não temos o direito à abertura de um processo com as garantias constitucionais, já que este é a única forma através da qual os órgãos jurisdicionais atuam. A existência de formalismos ou limitações irrazoáveis que dificultem o acesso ao processo vulnera o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Por essa razão, devem ser eliminados.

3 AS SÚMULAS VINCULANTES

No presente tópico, analisar-se-á a instituição e vigência das súmulas vinculantes, abordando desde sua origem com a Emenda Constitucional nº 45 à sua natureza jurídica e seu efeito vinculante.

3.1 Emenda Constitucional Nº 45

As normas constitucionais constituem comandos legislativos fundamentais e supremos, que, em regra, exigem um processo legislativo árduo de mutação. Estas são oriundas de um poder extraordinário originário e soberano. Hans Kelsen (1998, p. 182) leciona:

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, grosso modo, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível

mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos. A constituição, o documento solene chamado "constituição", geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material.

No que concerne sua mutabilidade, a Constituição Federal de 1988 é caracterizada como rígida, uma vez que o processo legislativo de alteração de suas normas demanda um procedimento árduo e solene. A aludida rigidez constitucional está prevista no parágrafo segundo do artigo 60 da CF/88, o qual estabelece o quorum qualificado para aprovação das propostas de emendas constitucionais, *in verbis*: "A proposta será 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".

Destarte, a Emenda Constitucional nº 45, que consubstanciou a denominada Reforma do Judiciário, originou-se do texto básico proposto, em 26 de março de 1992, à Câmara dos Deputados pelo então Deputado Federal Hélio Bicudo (PT/SP), mediante a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96/92. Após oito anos, a PEC 96/92 é aprovada e remetida ao Senado Federal, onde recebeu o nº 29/00.

O legislador constituinte derivado, ao longo dos dez artigos que compõe a Emenda Constitucional nº 45, introduziu diversas alterações à Constituição Federal de 1988, surtindo, por conseguinte, efeitos em vários aspectos do cotidiano forense brasileiro. Ater-se-á no presente estudo ao artigo 2º da Emenda Constitucional nº 45 que acrescentou o artigo 103-A a Carta Magna de 1988, introduzindo assim o instituto jurídico súmulas vinculantes, *in verbis*:

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

[...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ademais, adentrar-se-á nos aspectos conceituais das súmulas vinculantes no tópico seguinte.

3.2 Conceito

O instituto súmula de jurisprudência consiste em um instrumento de uniformização jurisprudencial composto por teses jurídicas baseadas em reiteradas decisões no mesmo sentido. Retrata-se o entendimento majoritário dos juízes que compõem um tribunal. Lenio Luiz Streck (1998, p. 238) assim conceitua as súmulas:

Em qualquer das modalidades, a produção sumular é uma forma indireta de criação de normas gerais. A Súmula, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o âmbito da lei, criando desde zonas de intersecção até invasão de competências, o que provoca, inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e do alcance dessas fontes.

Desta feita, infere-se que caso ocorra determinado fato em situação coincidente a conteúdo de súmula, a maioria dos juízes que compõem o tribunal ora editor da súmula julgará de forma semelhante ao entendimento sumulado. No entanto, por se tratar de súmulas de caráter tão somente persuasivo, não se reflete uma obrigatoriedade em face do caráter não vinculante dessas súmulas. Relevante registrar as palavras de André Ramos Tavares (2007, p. 370):

O texto da lei, da Constituição, ou qualquer outro texto jurídico, antes de sua aplicação, assume a forma de mero enunciado, a ser considerado, de maneira determinante, na atuação do aplicador do Direito, no momento em que este formula a norma jurídica concreta. Contudo, e embora seja um fator de influência decisivo, o enunciado deve ser interpretado. E todo ato interpretativo demanda prévia tomada de posição por parte do aplicador do Direito. Não se trata de um ato totalmente neutro. A súmula preenche exatamente este espaço, servindo como mais um indicador (sinalizador) do caminho a ser trilhado pelo magistrado, ao aplicar o Direito, em nome de sua unidade e da segurança jurídica. (grifo original)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, houve a possibilidade de atribuir a característica vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, torná-las imperativas, coercíveis e com efeitos *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas esferas federais, estaduais e municipais, desde que se proceda com o previsto no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417/06. Nota-se que não ocorre a vinculação do Poder Legislativo em suas funções típicas, isto é, ele poderá, por emenda constitucional, aprovar novo texto contra o sentido da súmula. Alexandre de Moraes (2006, p. 515) aborda sobre o surgimento das súmulas vinculantes:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio de igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Destarte, compulsando os dizeres do artigo 103-A da Magna Carta de 1988, verificam-se os requisitos para a aprovação de súmula vinculante, os quais são a anuência de dois terços dos membros do STF; o fulcro em reiteradas decisões sobre matéria constitucional e o objetivo de versar sobre normas, sobre as quais haja controvérsia atual ensejadora de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O referido artigo ainda prevê a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula pelos mesmos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Registre-se que a Lei 11.417/06 ampliou o rol constitucional de legitimados ao procedimento de sumular, incluindo o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. A aludida lei infraconstitucional ainda

prevê que os Municípios também poderão requerer a revisão ou cancelamento de súmula vinculante desde que seja incidentalmente ao curso de processo em que seja parte. Ademais, leciona Décio Sebastião Daidone (2006, p. 93):

É sabido que as súmulas são elaboradas com base na conclusão de prolongada atividade técnica dos juízes, após longa discussão acerca de determinada matéria com as partes representadas por seus advogados e com seus pares nas Turmas revisoras dos Tribunais recursais, resultando em maturidade jurídica, o que, entretanto, não impede que passe por transformações que atendam as necessidades e anseios sociais, posto que a prestação jurisdicional, não deixa de ser um serviço público, embora não exclusivamente público, devido à sua importância para a manutenção do Estado de Direito. Evidentemente, os requisitos para revisão ou cancelamento, deverão ser determinados de forma criteriosa, de modo que sejam observadas as teses advindas de decisões contrárias, após reiterados julgamentos, permitindo assim a mobilidade jurisprudencial e também para que não haja comprometimento da almejada segurança.

Importante ressaltar que *a priori* o juiz não estará limitado a agir de acordo com o conteúdo de uma eventual súmula vinculante. Ele poderá entender, fundamentando dessa forma em sua sentença, que o caso concreto que esteja julgando não se enquadre com o conteúdo de súmula. Trata-se de um mecanismo processual de distinção entre o caso concreto e o precedente judicial, ora súmula vinculante. Cumpre esclarecer que a Emenda Constitucional nº 45 e Lei 11.417/06 não previram eventual responsabilidade disciplinar ao magistrado que contrariar entendimento de súmula vinculante. Assim, do ato administrativo ou decisão judicial que afrontar a súmula aplicável ou a aplicar indevidamente, caberá a Reclamação perante o STF, conforme o artigo 103-A § 3º. A referida Corte analisará a impugnação e caso julgue procedente, cassará a decisão judicial ou anulará o ato administrativo, se for o caso. A partir do acatamento da reclamação, o juiz estará obrigado a agir conforme entendimento de súmula vinculante.

Ademais, conclui-se, então, que a única hipótese plausível para que os magistrados não julguem em acordo com conteúdo de súmula vinculante se dará quando houver, por parte do julgador, a percepção de alguma peculiaridade no caso concreto que descaracterize a aplicação de súmula vinculante vigente. Salienta-se, no entanto, que a regra deverá ser a sua aplicação, pois deriva de reiteradas decisões do STF, aprovada pela maioria de seus membros, com eficácia vinculante e que, conforme a Constituição, deverá ser observada.

3.3 Natureza Jurídica

Relevante mencionar, primeiramente, que súmula significa o enunciado pacificado de um tribunal sobre determinada matéria. Tal pacificação decorre de reiterados julgamentos precedentes cujas decisões manifestaram-se em um mesmo sentido, conduzindo o tribunal a julgar sempre dessa forma. Desta feita, pode-se inferir que súmula constitui, em relação ao próprio tribunal que a enuncie, uma uniformização de interpretação de julgamento, caracterizando-se como uma fonte indireta ou facultativa de direito.

Com o advento da possibilidade de efeito vinculante, criado pela Emenda Constitucional nº 45 e regulamentado pela Lei 11.417/06, e caso seja dotada de tal efeito, a súmula ora vinculante, cuja característica ensejará força *erga omnes*, constitui, agora, uma fonte direta ou imediata de direito. Razão pela qual proporcionará sua localização acima da jurisprudência, mas em posição inferior a lei, em decorrência do fato de não ser oriunda dos órgãos constitucionalmente estabelecidos a legislar.

Em virtude do fato das súmulas vinculantes possuírem efeitos que devam ser obrigatoriamente acatados por todo território nacional, existem doutrinadores que entendem que estas constituem uma forma de transpor situações concretas para o abstrato-geral. Justifica-se isto, pois os detalhes, as particularidades e os interesses surgidos em um caso concreto e expostos pelas decisões anteriores, serão descartados com o intuito de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ser imposto perante todos. Nesse sentido, afirma Calmon de Passos (1997, p. 633):

Súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos, aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

Em decorrência dessa aproximação ao conteúdo material da lei, Mônica Sifuentes (2005, p.275) classifica as súmulas vinculantes como “ato normativo da função jurisdicional ou ato jurisdicional normativo”, pois trata de ato exclusivo e típico da função jurisdicional que prescreve uma norma jurídica destinada não mais à solução de um caso concreto, mas a uma aplicação geral e futura. Daí constantemente se afirmar de forma errônea e equivocada que o Poder Judiciário estaria legislando, afrontando a separação do poderes. Ocorre que em virtude de omissão legal e na imprescindibilidade de proferir provimento jurisdicional que supra eventual litígio processual, as cortes superiores brasileiras consolidam entendimentos de modo a constituir elemento de orientação para as demais instâncias, enquanto inexiste lei infraconstitucional que trata sobre o assunto, objeto da lide. Polêmica maior decorre no caso específico das súmulas vinculantes, posto que o posicionamento do STF há de ser obrigatoriamente aderido.

Registre-se que não se deve confundir súmula vinculante com lei, norma jurídica. Enquanto aquela possui como elementos formadores as reiteradas e idênticas decisões sobre determinada matéria ante a lei objetiva, esta baseia-se nos fatores de relevância em determinado ponto histórico da sociedade tais como: a política, a cultura e a economia. No tocante à diferença entre norma e súmula, vale destacar as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 338):

Ainda em prol da eficácia da súmula, labora a circunstância de que, enquanto a norma legal se exterioriza num comando que pressupõe a virtualidade de uma prévia interpretação (mesmo a clareza da lei pode ser investigada), já a interpretação da súmula resta facilitada, por isso que ela deriva de um longo processo de decantação de muitos julgados prolatados sobre um mesmo tema, restando ao aplicador, em primeiro lugar, bem apreender a compreensão e extensão do enunciado, para, na seqüência, aferir se o caso concreto aí está ou não subsumido. É dizer: na formação da norma, suas fontes substanciais, ou seus insumos, são os fatos socialmente relevantes, de natureza econômica, política, cultural, enquanto que na formação da súmula, seus ingredientes são os iterativos e consonantes julgados, sobre uma dada matéria. Na aplicação aos casos concretos, porém, observa-se uma aproximação entre norma e súmula, nisso que operam por um processo lógico-dedutivo, que desce do geral (o enunciado, normativo ou sumulado) para o particular, resolvendo a espécie. Nos dois casos o resultado deve ser um só: o tratamento isonômico devido aos destinatários, a saber, respectivamente, o jurisdicionado e o cidadão. (grifo original)

Assim, o instituto jurídico súmula advém, justamente, da necessidade de se estabelecer parâmetros seguros, objetivando evitar injustiças oriundas de respostas desarrazoadas destinadas a casos substancialmente análogos. Por conseguinte, com o surgimento da possibilidade de conceder o efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal, exige-se deveras cautelas seja no que concerne a sua deliberação quanto a sua emissão, seja quanto a sua redação. A atribuição da eficácia vinculante não poderá jamais constituir um óbice ao exercer da atividade jurisdicional.

3.4 Efeito Vinculante

O efeito vinculante tem como definição abrangente ser um liame, criando um vínculo entre sujeitos, não restringindo a liberdade, porém, proporcionando estabilidade e segurança nas relações sociais. Está previsto no §2º do artigo 102 da Carta Magna, inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 3/1993,

ante as decisões definitivas de mérito decorrentes das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. E, claro, no artigo 103-A do mesmo documento jurídico, com as súmulas vinculantes de aprovação do STF cujos efeitos incidiram sobre os órgãos do Poder Judiciário e sobre a administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O sentido etimológico do termo “vínculo” significa liame, laço, elo, união entre pessoas ou entes jurídicos; advém do latim *vinculu*. Vincular é operacionalizar o direito por força das decisões judiciais. O efeito vinculante pode ter um conceito mais apurado, no sentido de precedente judicial obrigatório, se aproximando com a doutrina do *stare decisis*, instituto típico da *common law*. Necessita-se, então, elucidar que basicamente são dois os grandes sistemas jurídicos adotados no mundo civilizado: o *civil law*, sistema vigente no Brasil, e o *common law*, aplicado nos países anglo-saxões, como Inglaterra e Estados Unidos. Abordando sobre os mencionados sistemas jurídicos, Mônica Sifuentes (2005, p. 53) afirma:

Vale lembrar os dois tipos de ordenamento jurídico que predominam no mundo ocidentalizado: o da tradição *romanística*, também chamado de *civil law*, englobando as nações latinas e germânicas, e o sistema da tradição *anglo-americana*, conhecido como *common law*. O primeiro se caracteriza pela superioridade da lei e do processo legislativo de criação do direito, com atribuição de valor secundário às demais fontes jurídicas. O segundo se revela pela jurisprudência que consagra, por sua vez, os usos e costumes.

O estudo do Direito anglo-americano reputa-se imprescindível para o entendimento do efeito vinculante. No dia-a-dia desse Direito, desenvolveu-se a técnica de analisar o que fora decidido no passado, visando sua adoção nas situações futuras. Ademais, afirma João Luís Fischer (2004, p.14):

O efeito vinculante surgiu naturalmente como resultado de um processo histórico em vários países – principalmente na Inglaterra –, a partir da tradição,

segundo a qual as autoridades em geral, e, mais propriamente, os juízes prestigiavam, habitualmente, em suas decisões, o acúmulo da experiência fático-jurídica anterior. Adotavam, por conseguinte, no mais das vezes, a mesma *ratio decidendi* observável na decisão anterior paradigmática. O acatamento pelo juiz hodierno de critérios legais anteriormente fixados, consubstanciados em decisões judiciais, reafirma o acerto das primeiras decisões, formando-se, com o tempo, um acervo de decisões de alto poder persuasivo e vinculante. Esse conjunto de proposições jurídicas vinculantes transforma-se em autêntico direito nascido do dia-a-dia dos conflitos judiciais, como microsituações sociais trazidas em um momento histórico. O efeito vinculante é o resultado da atuação contínua e demorada dos juízes e dos demais atuantes da cena jurídica, ou, mais precisamente, do cotidiano do foro.

Os aspectos operacionais nas cortes que adotavam sistema da *common law* ocorriam, em princípio, mediante uma decisão judicial que abrangia a resolução de um caso concreto entre duas ou mais pessoas, refletindo, assim, seus efeitos em número limitado de pessoas. No entanto, esta decisão poderia repercutir dentro do Tribunal, que adotaria sua fundamentação na interpretação geral da corte. Destarte, o juiz, que julgar situação superveniente semelhante, espelhar-se-á na aludida decisão anterior. Esta passou a constituir o denominado precedente jurisprudencial. Abordando sobre o paradigma jurisprudencial, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 307) comenta:

A eficácia prática que um paradigma jurisprudencial pode apresentar depende, em grande parte, do desenho jurídico-institucional que tenha sido pactuado na Lei Maior do país, ou seja, se aí se estabeleceu o primado do precedente judiciário (regime da *common law*, com a regra do *stare decisis*), ou, como se dá entre nós, onde o padrão de conduta é dado pelo direito positivado, ou seja, pela lei (regime da *civil law*, com a subsunção da norma a cada caso concreto). Em qualquer das duas hipóteses, parece-nos ser ainda de atualidade a fórmula *kelseniana* de que o *poder de exigir*, num certo ordenamento jurídico, pressupõe uma cláusula

não-escrita, (*norma fundamental hipotética*), que sobrepaire e confere logicidade a todo o sistema, revelada na premissa *pactum servanda*: o combinado deve ser cumprido, podendo esse combinado tanto recair no precedente judiciário como na norma legal, conforme o modelo jurídico-político que tenha sido pactuado. Igualmente, nos parece possível que no texto constitucional, originário ou derivado, se estabeleça o binômio *lei-súmula vinculativa*, assim se firmando as duas precípuas formas de expressão do Direito. (grifo original)

O precedente jurisprudencial não pode ser considerado uma norma abstrata, pois está intimamente ligado aos fatos descritos no caso concreto, motivo pelo qual a fundamentação da decisão deve ser conhecida. Quando se aplica o direito através da lei, ela se adapta ao caso concreto e, quando se aplica o direito através do precedente jurisprudencial, adota-se o efeito vinculante, ou seja, acata-se a decisão proferida em uma situação anterior em um atual caso de forma obrigatória.

4 LEI 11.417, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2006

O presente tópico abordará acerca da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a qual regulamenta o instituto das súmulas vinculantes. Tratar-se-á, inicialmente, acerca de suas considerações gerais e, após, sobre suas principais inovações.

4.1 Considerações Gerais

Após três meses de *vacatio legis*, tornar-se vigente a lei que regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal, abordando sobre a edição, revisão e cancelamento do instituto da súmula vinculante e, ainda, altera a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A referida lei originou-se do Projeto de Lei 13, de janeiro de 2006, da Comissão Mista Especial de Reforma do Judiciário, sendo aprovada no Senado Federal em dois turnos, sem emendas, em 9 de fevereiro de 2006, e remetida para a Câmara dos Deputados. Nesta, denominou-se o Projeto de Lei sob a numeração

6.636/2006, ocorrendo a aprovação em turno único, em 30 de novembro de 2006, com emenda de redação. Vale registrar que a Carta Constitucional brasileira estabelece a necessidade do projeto de lei retornar à Casa iniciadora na hipótese deste sofrer emendas:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as alterações apenas de redação não ensejam o retorno da matéria ao Senado Federal, mantendo a tramitação conclusiva na Câmara dos Deputados, conforme ocorreu no Projeto de Lei 6.636/06.

Assim ocorreu a tramitação no Congresso Nacional da lei que regulamenta a possibilidade de conferir o caráter vinculante às súmulas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Analisar-se-á a seguir as inovações que a Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006 proporcionou ao ordenamento jurídico pátrio.

4.2 Principais inovações da Lei 11.417/06

A referida lei trata de pontos relevantes e inovadores dentro da dinâmica de edição, revisão, cancelamento e vigência das súmulas vinculantes. No desenrolar desse tópico, expressar-se-á tais pontos, havendo uma preocupação em demonstrar de forma clara e simples as principais inovações perpetradas pela Lei em comento que são as seguintes:

4.2.1 Legitimidade ativa dos tribunais e da defensoria

Diante do rol de legitimados, previstos na Constituição Federal, a provocar o processo de criação de enunciado de súmula vinculante, a Lei 11.417/06 implementou um alargamento. Consta nos dizeres de seu inciso XI artigo 3º que os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares são aptos

a propor edição, revisão ou cancelamento de conteúdo de súmula vinculante assim como os demais previstos na Carta Magna.

Nota-se que no tocante aos demais órgãos do Poder Judiciário, a Lei 11.417/06 não inclui no rol de legitimados os juízes de primeira instância bem como o Conselho Nacional de Justiça. Registre-se que também não foram incluídos os tribunais de Justiça desportiva nem os tribunais de contas.

Ademais, registre-se que o artigo 3º, VI, incluiu o Defensor Público-Geral da União como legitimado ao procedimento sumular.

4.2.2 Legitimidade ativa dos municípios

Na seqüência de alargamento dos legitimados a requerer a criação de súmula vinculante, o parágrafo 1º do artigo 3º inclui a referida faculdade aos municípios, *in verbis*: "O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo".

Verifica-se, a partir do supramencionado parágrafo, que diferentemente dos demais legitimados, os municípios somente poderão exercer a referida competência de forma incidental ao longo do curso do processo em que seja parte.

4.2.3 Manifestação de terceiros

Ante aos indiscutíveis debates e polêmicas que a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante ensejaram, o legislador ordinário prevê a viabilidade de manifestações de terceiros em decorrência, principalmente, do fato de que a pacificação dos conflitos jurídicos, sociais e econômicos não ocorre só com comandos unilaterais obrigatórios. Tal manifestação deverá ocorrer mediante admissão do relator, em decisão irrecurável, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme o parágrafo 2º do artigo 3º da Lei 11.417/06, *in verbis*:

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante,

o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Cabe lembrar que a súmula vinculante constitui instituto jurídico que surtirá efeitos sobre todo meio forense brasileiro, razão pela qual deverá existir bastante cautela no procedimento de edição. Razão pela qual pode-se concluir que a aludida manifestação consubstancia em uma possibilidade interessante em prol da própria democracia brasileira.

4.2.4 Eventual restrição ou postergação dos efeitos da súmula vinculante

O efeito vinculante poderá não vir a possuir eficácia imediata após a edição de súmula vinculante, em decorrência razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, conforme o artigo 4º da Lei 11.417/06, *in verbis*:

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Assim, possibilita-se restrição ou postergação a outro momento do efeito vinculante mediante a anuência de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Atinente ao artigo ora em comento, salienta-se o comentário de André Ramos Tavares (2007, p. 63):

Este dispositivo é, de longe, o mais polêmico dispositivo contido na Lei em comento, ao permitir que o STF opere alguma sorte de restrição (não especificada com o mínimo de nitidez necessária para uma atribuição tão delicada) na já polêmica eficácia imediata e vinculante das súmulas. Na realidade, essa permissão legal coloca uma questão que, aparentando ser uma frívola formalidade, pode apresentar conseqüências funestas para o controle concreto-difuso no Brasil.

Destarte, conclui-se que eventual postergação ou restrição do efeito vinculante de súmula poderá ensejar graves danos à segurança jurídica. Dever-se-á utilizar os mecanismos procedimentais do artigo 4º da Lei 11.417/06 tão-somente sob o fulcro de razões deveras relevantes.

4.2.5 Exigência do esgotamento das vias administrativas

Estabelece o parágrafo primeiro do artigo 7º da Lei 11.417/06 que em se tratando de ato ou omissão da administração pública, o uso da reclamação oriunda do não acatamento ou da utilização de forma incorreta de súmula vinculante só poderá ocorrer após o esgotamento das vias administrativas.

Constitui-se o denominado contencioso administrativo obrigatório mitigado previamente à propositura da reclamação constitucional. Tal denominação ocorre em virtude do fato de que a exigência de esgotamento aplica-se tão-somente à reclamação por descumprimento de súmula vinculante, não para as demais medidas judiciais cabíveis, conforme se interpreta os seguintes dizeres do artigo 7º “caput” da Lei em comento: “[...] sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

A aludida exigência do esgotamento das vias administrativa consubstancia uma contenção de modo a viabilizar a própria prática do instituto da reclamação previsto constitucionalmente.

4.2.6 Responsabilidade do Administrador Público

A Lei 11.417 estatui, em seu artigo 9º, alterações a Lei 9.784/99, ensejando a responsabilidade pessoal plena da autoridade e órgãos administrativos pelo descumprimento de preceito sumular vinculante cuja incidência para caso semelhante já fora objeto de determinação por meio de reclamação ao Supremo Tribunal Federal. Ressaltando que há de se esgotar as vias administrativas para possível reclamação conforme comentado no tópico anterior.

Entende-se que as modificações provenientes do artigo 9º constituem uma forma de compelir a Administração Pública a cumprir com o conteúdo estabelecido de súmula vinculante.

Destarte, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, vigorar-se-á com as seguintes modificações:

Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula conforme o caso.

[...] -

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Inúmeras ações judiciais originam-se de lides no âmbito administrativo. Daí a razão pela qual a aludida responsabilidade do administrador público reforçará o cumprimento de súmula vinculante, podendo ensejar a resolução de várias discussões sem a necessidade de mover a máquina judiciária em causas idênticas e repetitivas.

5. CONCLUSÃO

No cotidiano forense, observa-se que a atividade jurisdicional em variados aspectos que a integram consubstancia alvo de deveras críticas. É cediço que a morosidade no que concerne à prolação dos provimentos jurisdicionais corrompe a imagem do próprio Poder Judiciário, ensejando uma sensação de inoperância e descrédito em seus órgãos e servidores. Trata-se, de fato, uma verdadeira afronta à própria garantia do acesso à justiça.

Ademais, no tocante à aludida lentidão da máquina judiciária, verifica-se, como fator que propicia tal característica, a crescente multiplicação de processos cujas causas são semelhantes ou, em várias vezes, idênticas. Trata-se de situação que prejudica a todos.

Na prática forense, os juízes e os respectivos servidores passam a cometer atividades repetitivas e exaustivas diante da demanda judicial análoga em detrimento ao trâmite razoável do processo. Registre-se que os jurisdicionados e os respectivos causídicos são igualmente prejudicados com a situação em questão ao perceberem o lapso temporal interminável do desenrolar de suas causas.

Infere-se, também, em uma abordagem quanto à estabilidade jurídica, que são vários os julgados contra os quais se insurgem desconformes e desarrazoados com a própria jurisprudência dominante. Não obstante o ordenamento jurídico brasileiro adotar a liberdade de motivação e julgamento dos magistrados, deve-se vislumbrar certa razoabilidade de modo a evitar o caos jurisprudencial suscetível de ensejar diversos fatores prejudiciais ao jurisdicionado.

Neste contexto, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 45. Dentre outras alterações, a referida emenda acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal, instituindo as súmulas vinculantes, dispositivo jurídico acarretador de grandes debates e controvérsias. O dispositivo jurídico em comento constitui mecanismo que reflete o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal cujo acatamento é obrigatório aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta. Importante salientar que o legislador constituinte acertadamente enunciou no parágrafo primeiro do artigo 103-A que o objetivo da súmula será "a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

Destarte, atuando com o poderio vinculante e como agente unificador de entendimentos, a súmula vinculante enquadra-se perfeitamente como um dos elementos solucionadores da atual situação morosa do Poder Judiciário. Registre-se que o aludido instituto não consiste fator exauriente. Não de existir outros mecanismos que igualmente contribuam para um exercer da jurisdição mais célere e segura.

No entanto, deve-se vislumbrar plausibilidade no procedimento de edição sumular. Propugna-se cautela ao elaborar enunciado vinculante, o qual haverão de respeitar os ditames constitucionais. O Supremo Tribunal Federal jamais poderá exorbitar o âmbito de sua competência, agindo como verdadeiro legislador. O verbete vinculante deverá possuir o fulcro em reiteradas decisões sobre matéria constitucional tão-somente, devendo ser claro e curto. Os dizeres da súmula vinculante não poderão render ensejo a novas interpretações nem contemplar distintos dispositivos jurídicos passíveis de ocasionar eventuais exceções.

As súmulas vinculantes consubstanciam grande novidade à conjuntura sistemática, legal e jurisprudencial brasileira. Conclui-se que o acatamento obrigatório da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal possuirá repercussões deveras positivas, considerando a adoção das devidas cautelas e observadas as diretrizes constitucionais.

6 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Revista Dionysos, 1921.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Emenda Constitucional Nº 45 de 08 de Dezembro de 2005**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, Senado, 2005.

_____. **Lei Federal nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, Senado, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**.

Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DAIDONE, Décio Sebastião. **A Súmula Vinculante e Impeditiva**. São Paulo: LTr, 2006

DIAS, João Luís Fischer. **O Efeito Vinculante**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. O Poder Judiciário brasileiro e a Reforma pela Emenda n. 45/2004: uma análise pelos olhos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Evaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Org). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PASSOS, J.J. Calmon. Súmula vinculante. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 6, set./dez. 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2005.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia**,

poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vincul
2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucion**
ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentá**
à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

OS DESAFIOS DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL FRENTE À GLOBALIZAÇÃO

THE CHALLENGES OF THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER TO FACE GLOBALIZATION

Lorena Magalhães Paiva

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR
Pesquisadora do PAVIC (Programa Aluno Voluntário de Iniciação Científica)

E-mail: lo_magalhaes@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO; 3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 4 A GLOBALIZAÇÃO E OS DESAFIOS DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 ORIGINS OF CONSTITUTIONALISM; 3 THE DEMOCRATIC STATE OF LAW; 4 GLOBALIZATION AND THE CHALLENGES OF THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: Este artigo discute os desafios relacionados à nova ordem constitucional do século XXI. Aborda a origem do constitucionalismo e do Estado democrático de direito, analisando os efeitos da globalização sobre a construção de novos mecanismos constitucionais capazes de satisfazer as necessidades globais.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Globalização. Direitos Sociais..

Abstract: This article discusses challenges related to the new constitutional order of the XXI century. Discusses the origin of constitutionalism and the democratic state of law, analyzing the effects of globalization on the construction of new constitutional mechanisms able to meet global needs.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Globalization. Social Rights.

1 INTRODUÇÃO

A conjuntura internacional contemporânea tem apresentado desafios à sociedade, posto que, com as ondas globalizantes, o próprio direito necessita ser reformulado, a fim de se adequar a uma nova ordem constitucional, responsável por gerir relações que fogem aos limites geográficos de cada Estado, atingindo a universalidade.

Faz-se necessário o estudo acerca da origem do constitucionalismo para que seja possível uma melhor compreensão das idéias e filosofias que serviram de base para a formação dos institutos que compõem o Estado Democrático de Direito.

O texto em análise visa despertar o olhar crítico dos leitores para as transformações que o mundo vem sofrendo, tendo como foco os desafios da nova ordem constitucional do século XXI diante de um mundo globalizado que sofre com as desigualdades sociais e com a prevalência dos interesses da economia.

2 ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO

Durante a Idade Média, a Igreja Católica, devido ao seu domínio ideológico sobre a população, servia de instrumento para dar legitimidade aos monarcas absolutistas, declarando-os representantes de Deus na Terra. Dessa forma, concentrando todos os poderes em suas mãos, os atos dos reis eram incontestáveis, posto que divinos.

Com o advento do Movimento Iluminista, nos séculos XVII e XVIII, todos os fenômenos naturais, sociais e até mesmo as crenças religiosas passaram a ser explicados de maneira racional. KANT (1993, p.73), um dos mais importantes expoentes do Iluminismo, afirma que:

O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta

não de uma deficiência do entendimento, mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. Sapere aude! Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do Iluminismo.

Os pensadores iluministas tinham como ideal a expansão dos princípios do conhecimento crítico a todos os campos do saber. Esse movimento representava a hegemonia intelectual da visão de mundo da burguesia européia, rejeitando as tradições e a intolerância religiosa do Antigo Regime, caracterizando a secularização do poder.

Em sua obra "O Espírito das Leis", o filósofo iluminista MONTESQUIEU (1963, p.94) defendia a tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, pois essa separação seria essencial para a garantia da liberdade do cidadão e para a sua segurança perante o Estado e perante os outros cidadãos. O referido filósofo afirma que:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.

Sobre esse tema, ensina MAGALHÃES (2001, p.50):

Entendia-se que a separação dos poderes, um dos pilares do nascente constitucionalismo europeu, deveria ser absoluta, de tal modo que o juiz era visto como mero aplicador da lei, não podendo, por isso, interpretá-la senão gramaticalmente, para não substituir a vontade do legislador pela sua e, conseqüentemente, para não se intrometer na esfera de competência do outro Poder.

As idéias iluministas abriram caminho para a Revolução

Francesa, permitindo a ascensão da burguesia e o declínio das monarquias absolutistas. Em meio a essas transformações, essa nova classe ascendente precisava se apegar à lei a fim de permanecer e se fortalecer no poder. Surge, então, o Movimento pela Codificação, que criou o Código Civil Francês e o Código Comercial Napoleônico.

Dessa forma, diante da necessidade de novas garantias, surge o constitucionalismo, dotado de um conjunto de princípios básicos destinados à limitação do poder político em geral e do domínio sobre os cidadãos em particular, além de garantir a defesa de certos valores fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a segurança e o direito de propriedade. A ideologia dessa nova fase compreende o liberalismo político, social e econômico.

Segundo CANOTILHO (1987, p.452-453):

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. É no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno (que pretende opor ao constitucionalismo antigo) para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir do século XVIII, questiona, nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

TAVARES (2003, p.347-385) identifica quatro sentidos para o constitucionalismo:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar

os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

De acordo com Paulo Bonavides, no constitucionalismo dos países ocidentais, distinguem-se três modelos sucessivos de Direito Constitucional. O primeiro deles é de geração originária, ou seja, é o Direito Constitucional do Estado Liberal, trazido pela Revolução Francesa, que se preocupava em garantir as liberdades humanas.

Logo após, surgiu o Direito Constitucional de segunda geração, caracterizado pelo Estado Social, nascido dos movimentos revolucionários e sociais ocorridos no México, na União Soviética e na República de Weimar. Porém, adverte o referido autor que este Direito Constitucional só prosperou nos países do Primeiro Mundo, uma vez que neles o princípio igualitário foi implantado de maneira mais efetiva e programática. Segundo BONAVIDES (2003, p. 98), nos países de Terceiro Mundo:

Tem-se observado a ocorrência de um Estado Social regressivo, já na esfera teórica, já no patamar programático. Tudo em consequência das formulações neoliberais da globalização, envolvendo fatores econômicos, financeiros e de mercado, que implicaram na destruição dos modelos sociais e na perda de expansão de seus valores. Assim, trata-se, em verdade, de um Direito Constitucional avariado, decadente, estagnado, que perde densidade institucional, normativa e jurisprudencial à medida que a fusão federativa se acelera no Velho Continente.

Já o Direito Constitucional de terceira geração refere-se aos direitos coletivos, também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, em que o Estado tem a obrigação de proteger a coletividade de pessoa, promovendo a defesa do meio ambiente, da qualidade de vida, da paz, da autodeterminação dos povos, do consumidor, da criança e do idoso.

Atualmente, é pacificada a existência dos Direitos Constitucionais de quarta geração, referentes ao direito das minorias, que correspondem aos novos direitos sociais decorrentes

da evolução da sociedade e da globalização. Envolvem questões relacionadas à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco, além dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

E, por fim, mais recentemente, Paulo Bonavides defende a existência da quinta Geração de Direitos Constitucionais, traduzida pelo direito à paz, uma vez que esta representa a "alforria moral, social e espiritual dos povos com a idéia de concórdia", conforme explicado pelo constitucionalista durante a realização do II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é caracterizado pelo império da lei, em que é garantido o respeito às liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, por meio do estabelecimento da proteção jurídica.

Nesse modelo estatal, na expressão de SILVA (2003, p.121), as leis devem modificar o status quo sob a diretriz do Estado:

[...]pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir da realidade social.

Segundo o supracitado autor, o povo deve ter participação crescente no processo histórico e na formação dos atos do governo. Para ele, deve-se destacar a conjunção entre ação e consciência, técnica e práxis, conhecimento e virtude política, tendo-se clareza de que lhe é essencial a saúde e a educação pública.

Uma definição de Estado Democrático de Direito é apresentada por MORAES (2000, p.43), como sendo "a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais". O governo democrático tem, portanto, como fundamentos a igualdade e a liberdade política.

Conforme expõe SILVA (2003, p.119), o Estado Democrático de Direito:

se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e perante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, a simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

O conceito de Estado moderno assenta-se sobre quatro elementos básicos: a soberania, o território, o povo e a finalidade. DALLARI (2003, p.118) o define como "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território".

No Brasil não é possível falar na existência de um povo, haja vista a ausência de um sentimento e de uma identidade nacional, o que impede uma ação coletiva de mobilização política capaz de mudar os rumos da sociedade.

A construção da identidade utiliza-se, dentre outros, do conteúdo histórico e cultural das instituições sociais. A identidade do brasileiro não foi formada a partir de ideais, laços históricos, culturais ou religiosos, mas sim de instituições e organizações políticas dominantes desde a sua colonização. Dessa forma, pode-se afirmar que a construção da identidade do cidadão brasileiro é oriunda de relações de poder e não da efetiva participação dos grupos sociais.

Além disso, o Brasil enfrenta sérios problemas sociais que impedem o seu desenvolvimento como Estado Democrático de Direito. Como é possível falar em democracia quando a maioria da população vive abaixo da linha da pobreza, sem acesso à saúde, à moradia e à educação? Como é possível falar em democracia quando o voto é transformado em valiosa moeda de troca durante as eleições?

A verdadeira democracia só é construída sob a base sólida da concretização dos direitos sociais, pois estes possibilitam a formação de verdadeiros cidadãos, conscientes e preocupados em transformar a realidade em que vivem.

4 A GLOBALIZAÇÃO E OS DESAFIOS DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Com o advento da globalização, além da comunicação, relações econômicas, sociais e jurídicas sofreram relevantes transformações, uma vez que o mundo agora faz parte de uma teia inter-relacional, em que o próprio Direito tem que se adequar às novas necessidades mundiais. Sobre o tema, ensina RAMOS (1996, p.91-92):

[...] na sociedade complexa dos dias de hoje, em face da globalização, as relações internacionais ganham cada vez mais maior protagonismo em face das relações internas de cada país, e isso questiona o Direito do Estado moderno, que sob vários aspectos entra em crise.

Essa idéia de um direito global faz parte da própria conjuntura contemporânea, pois, para que haja a efetivação das relações internacionais, sejam elas privadas ou públicas, é necessária a existência de segurança jurídica, que somente será alcançada por bases legais sólidas e confiáveis. Isso, enfatizando a questão econômico-comercial, sem falar, também, da importância do “supra-direito”, tão em voga nos debates internacionais, posto que transcende o espaço físico de cada Estado-Nação, por ser de interesse comum, como é o caso dos Direitos Humanos e do direito do Meio-Ambiente.

ALBAGLI (199, p.290), em seus ensinamentos, diz que:

Processos de geração, acesso, fluxo, disseminação e uso de informações e conhecimentos, bem como que regulem as novas práticas e relações que se estabelecem em torno dessas atividades. Tal dinâmica define-se a partir da criação de uma série de institutos normativos bem como da reformulação ou adaptação daqueles preexistentes, os quais irão incidir, direta ou indiretamente, sobre as atividades de informação e conhecimento. Ao mesmo tempo, à medida que o processo de globalização avança, recoloca-se o papel dos aparatos e instrumentos

reguladores.

Indubitavelmente, o surgimento de blocos de países, como a União Européia, visando à cooperação mútua, não só econômica, como também social e política, caracteriza-se como um dos maiores desafios para o constitucionalismo deste século, posto que, diante de uma enorme diversidade cultural, torna-se imprescindível a criação de mecanismos constitucionais internacionais que garantam o respeito aos direitos de cada nação, bem como uma convivência pacífica elas.

Em palestra proferida no dia 25 de março de 2009, na Universidade de Fortaleza, com o tema “Integração européia: um abandono de soberania?”, o ministro-conselheiro da Embaixada Francesa em Brasília, Xavier Lapeyre de Cabanes, expôs como os países europeus têm conseguido enfrentar os obstáculos impostos pelas diferenças entre seus povos, a fim de se adequarem ao fenômeno da globalização. Interessante ressaltar que a estratégia utilizada por esse mega-bloco para alcançar o sucesso tem sido o diálogo e o respeito à opinião das diferentes nações-membros. O consenso é a palavra-chave que define a forma como a União Européia vêm se desenvolvendo, um exemplo a ser seguido pelos inúmeros países que ainda insistem em usar a força e a influência como instrumentos para se alcançar os seus objetivos.

E assim, questões políticas, econômicas, sociais e ambientais vêm sendo discutidas nos grandes centros mundiais, demonstrando, a partir da cooperação mútua, a necessidade de unir forças em prol do desenvolvimento responsável e solidário de cada Nação.

Com o advento da globalização e da crescente implementação de políticas neoliberais, os direitos sociais, como prestações positivas estatais, são os mais prejudicados, uma vez que, enfraquecido com a política de livre economia e de privatização, o Estado não dispõe de forças suficientes para impor normas de caráter social, as quais ficam limitadas aos interesses do capitalismo.

Conforme aponta CANOTILHO (1987, p.452/453), os direitos sociais implicam em “verdadeira imposição constitucional,

legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.

Dessa forma, espera-se dessa nova ordem constitucional a incorporação do constitucionalismo fraternal e de solidariedade ao social, buscando, incessantemente, a verdade, a solidariedade, a justiça social, o consenso, a continuidade, a participação da população nos processos políticos, a integração entre os povos e a universalização dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, sendo eliminadas quaisquer formas de discriminação.

5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o tema em análise é bastante fértil, sendo necessários vários debates para exaurir todas as indagações acerca do fenômeno global e de seus impactos na nova ordem constitucional.

Os acontecimentos internacionais refletem rapidamente em questões de interesse público interno, fazendo parte da essência do Direito, da Constituição e do Estado a garantia pelo menos do mínimo necessário para se viver com dignidade e se exercer a cidadania.

A união de forças e o diálogo são as novas estratégias para o desenvolvimento da humanidade, que, cada vez mais, enxerga a necessidade de uma ação conjunta para a manutenção da vida na Terra. E, assim, a globalização trabalha na construção de um único Direito e de uma única sociedade.

Os problemas sociais representam uma ameaça ao Estado Democrático de Direito: como se pode falar em democracia quando a concentração da renda exclui a maior parcela da sociedade da participação da vida política do país? Está ocorrendo um processo de “desumanificação” do homem. As pessoas estão sendo transformadas em números, correspondentes às taxas de exclusão financeira, social, política e jurídica.

Sobre a realidade brasileira, especificamente, ensina a professora POMPEU (2005, p.111):

faz-se necessário sobremaneira a democratização da economia, para que seja possível superar a exclusão social brasileira com seus assustadores dados de indigência e de desrespeito aos direitos humanos. Pesquisas demonstram que a população brasileira vivendo abaixo da linha de pobreza ainda perfaz 31% da sua totalidade.

Um dos maiores desafios dessa nova ordem constitucional será a criação de mecanismos que limitem a atuação do Estado, a fim de que este possa planejar, administrar, incentivar e regular melhor a economia, bem como aplicar melhor os tributos arrecadados, para que seja possível dar efetividade à concretização dos direitos sociais, reduzindo, assim, as desigualdades sociais e promovendo o desenvolvimento humano.

Dessa forma, a efetivação dos direitos sociais e a construção de um Direito supranacional justo e igualitário serão os grandes desafios do constitucionalismo deste século.

6 REFERÊNCIAS

- ALBAGLI, Sarita. **Novos espaços de regulação na era da informação e do conhecimento**. Informação e globalização na era do conhecimento. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed.. Almedina, Coimbra, 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.
- KANT, Emmanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1993.
- MAGALHÃES, Glauco Barreira Filho. **Hermenêutica e Unidade**

Axiológica Constituição. Editoras: Mandamentos e Fortlivros, 2001.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. Livro II.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2000.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial.** Fortaleza: ABC, 2005.

RAMOS, Wilson Filho. **Direito e Neoliberalismo.** Paraná: EDIBEJ, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 22ª ed. Malheiros Editores Ltda : São Paulo, 2003

TAVARES, André Ramos. **Curso direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

A INFLUÊNCIA BÍBLICA PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE INFLUENCE OF THE BIBLE CONSTITUTIONALISATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques

Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Professora da Escola Superior de Magistratura – ESMEC

Professora do Curso Professor Jorge Hélio

Coordenadora de Políticas da Direito Democracia e

Desenvolvimento

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

Especialista em Direito Público pela UFC

E-mail: rlia@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONTRIBUIÇÃO DA IGREJA CRISTÃ PRIMITIVA; 3 DACÁLOGO, OS PRINCIPAIS MANDAMENTOS; 4 INFLUÊNCIA DA BÍBLIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5 NOVA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CONTRIBUTION OF EARLY CHRISTIAN CHURCH; 3 DACÁLOGO, MAJOR COMMANDMENTS; 4 THE INFLUENCE OF THE BIBLE FOR FUNDAMENTAL RIGHTS; 5 NEW HERMENEUTICS FUNDAMENTAL RIGHTS; 6 CONCLUSION; 7 REFERENCES.

Resumo: Neste original artigo, a autora demonstra a influência de vários trechos bíblicos nas atuais previsões de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais previstas na Constituição Federal brasileira de 1988.

Palavras-chave: Bíblia Sagrada. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Universalidade. Cristianismo.

Abstract: In this original article, the author shows the influence of various biblical

passages on current forecasts of fundamental rights, especially social rights provided for in the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keywords: Holy Bible. Fundamental Rights. Federal Constitution. Universality. Christianity.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, cumpre-se esclarecer que não pretende-se dar ao seguinte artigo uma visão religiosa. Também não se alvitra, nem tem-se espaço suficiente para tratar com profundidade teológica temas polêmicos sobre a história da igreja cristã em relação aos direitos fundamentais. É sabido que em nome da religião muito se tem contribuído para a efetivação ou até para a violação dos direitos fundamentais ao longo da evolução da humanidade.

Escolheu-se enfocar simplesmente a Bíblia Sagrada, preferindo beber direto da fonte e não em correntes já turvas. Não há como desconsiderar o valor histórico, arqueológico, antropológico e científico da escritura bíblica. Tomando especialmente os Dez Mandamentos e o Sermão do Monte, traz-se neste artigo uma simples e, para alguns, surpreendente relação da Bíblia com os direitos humanos positivados na maioria das constituições do mundo, inclusive na constituição brasileira.

A Bíblia reflete uma caminhada ao longo do tempo. Sendo referência para judeus e cristãos no mundo inteiro, suas previsões inovadoras tanto para a época histórica em que foi escrita como estabelecendo um comparativo com a Lei Maior em nosso país. Não há como negar a influência das escrituras para a evolução dos direitos sociais previstos constitucionalmente, bem como o seu caráter universalista. As previsões bíblicas não só representam os mandamentos de Deus para seu povo escolhido como Seu desejo para todas as pessoas que vivem em sociedades, sejam elas antigas ou atuais.

O fio condutor que percorre as histórias narradas nas Bíblia, bem como os mandamentos nela expressos, é a experiência de uma palavra de Deus convocando a pessoa ou a comunidade humana para algum tipo de ação. Portanto, no que tange ao tema globalização e a concretização dos direitos sociais, procura-se

demonstrar com a presente pesquisa que as sagradas escrituras têm muito a contribuir.

A seguir, destaca-se a pessoa de Jesus Cristo e seus ensinamentos expressos sinteticamente no conhecido Sermão do Monte, relatado no Evangelho de Mateus, em seu capítulo cinco. Mesmo se não considerarmos a Jesus como o Filho de Deus, o próprio Deus encarnado em ontologia humana, não se pode deixar de analisá-lo como uma figura histórica, real, filosófica, com ensinamentos e posturas revolucionárias. O fato é que Ele dividiu a história em antes e depois.

Pretende-se demonstrar que vários direitos hoje considerados fundamentais já encontravam sua previsão na Bíblia, antes mesmo de ser escrita qualquer Constituição de um Estado, até muito antes do surgimento da noção de Estado.

2 CONTRIBUIÇÃO DA IGREJA CRISTÃ PRIMITIVA

O Cristianismo, com um rol tão impressionante de serviços no campo social e humanitário, recebeu em relativamente pouco tempo um sólido apoio popular por onde se espalha. Esse apoio se traduz posteriormente, em avanços jurídicos, poder político e prestígio cultural. O Cristianismo venceu por uma atuação persistente e corajosa na base do edifício social e político da sociedade. Constituiu-se uma "utopia que funciona" no seio do submundo romano. Conseguiu para muitas pessoas e muitos grupos uma cidadania real... (PINSKY, 2003, p. 157.)

Os cristãos mesmo sendo perseguidos e levados à Arena para serem mortos por leões, conseguiram se destacar no seio da sociedade romana, desafiando o Império. Elenco alguns diferenciais dos cristãos no Império Romano, expostos no livro História da Cidadania, no capítulo As Comunidades Cristãs dos Primeiros Séculos.

- Enterro dos falecidos - os cristãos enterravam e pagavam covas para os seus e para vizinhos e amigos, que não podiam pagar por um enterro digno.
- Hospitalidade - característica notória dos cristãos, acolhendo inclusive desconhecidos, estrangeiros e marginalizados.

- Serviço regular de alimentação e hospedagem para os necessitados, viúvas e órfãos - cristãos tinham uma atenção especial, encontrando-se em toda a Escritura orientações para o cuidado com esses segmentos da sociedade.

- Visitas a doentes - os cristãos, em prejuízo de sua própria saúde, não deixavam de visitar e cuidar dos doentes, especialmente as vítimas de peste e pessoas que eram isoladas do convívio dos outros, como os leprosos.

- Visita aos presos - os encarcerados também recebiam uma atenção especial dos cristãos, sendo por eles visitados e assistidos em suas necessidades.

- Identidade social e dignidade aos estrangeiros - o estrangeiro encontrava no meio dos cristãos uma identidade, um local acolhedor, tendo sido totalmente desconsiderados na sociedade romana.

- Registro de mulheres - há na Bíblia e nos registros da história do povo hebreu muitos registros de mulheres, o que na época era inovador, tendo o destaque de mulheres que ocuparam posições de liderança, livros da Bíblia com nomes de mulheres, tendo sido exaltadas por seus feitos, como o caso da rainha Ester.

Evidentemente, o contexto de relações sociais presentes das comunidades dos primeiros cristãos, expressavam, quando não transcendiam, valores e princípios norteadores dos atuais direitos humanos fundamentais. Se observarmos o texto abaixo, fazendo um paralelo entre a máxima da revolução francesa "Liberdade, Igualdade, Fraternidade", por vezes usada para representar os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, veremos que os cristãos primitivos antecipavam a efetividade dos direitos ainda hoje almejada pelas sociedades:

Muitos acreditaram na mensagem de Pedro e foram batizados. Naquele dia quase três mil se juntaram ao grupo dos seguidores de Jesus. E todos continuavam firmes, seguindo os ensinamentos dos apóstolos, vivendo em amor cristão, partindo o pão juntos e fazendo orações. Os apóstolos faziam muitos milagres e maravilhas, e por isso todas as pessoas estavam cheias de temor. Todos os que criam estavam juntos e unidos e repartiam uns com os outros o que tinham. Eles vendiam as suas

propriedades e outras coisas e dividiam o dinheiro com todos, de acordo com a necessidade de cada um. Todos os dias, unidos, eles se reuniam no pátio do Templo. E nas suas casas partiam o pão e participavam das refeições com alegria e humildade.

Eles louvavam a Deus por tudo e eram estimados por todos. E cada dia o Senhor juntava ao grupo as pessoas que iam sendo salvas. (ATOS DOS APÓSTOLOS 2, 41-47).

3 DECÁLOGO - OS PRINCIPAIS MANDAMENTOS

O Decálogo, em sua expressão clássica, é encontrado duas vezes no Antigo Testamento, em Êxodo 20, 1-17 e Deuteronômio 5, 6-21. Na primeira vez em que é mencionado, o povo de Deus está ao pé do Monte Sinai, ou seja, Israel está no início de sua jornada pelo deserto, depois da fuga do cativeiro no Egito. Na segunda vez, são encontrados provavelmente em forma de repetição didática e enfática, quando Israel está no fim da jornada. Constituem o cerne ou o princípio da lei e são, ao mesmo tempo, o conteúdo fundamental da ética cristã (REIFLER, 1992, 47). Por essas razões, elegi-os para traçar sua relação com os ensinamentos do Novo Testamento, como forma de visualizar a unidade da Bíblia e a firmeza do ensino (tabela 01), bem como analisá-los de sorte a mostrar que os mandamentos são normas de caráter individual e social, sendo fundamento para a proteção de direitos fundamentais hoje conhecidos (tabela 02).

TABELA 1.

1º MANDAMENTO	Não terás outros deuses diante de mim.	Também sabemos que o Filho de Deus é vindo e nos tem dado entendimento para reconhecermos o verdadeiro; e estamos no verdadeiro, em seu Filho, Jesus Cristo. Este é o verdadeiro Deus e a vida eterna. Filhinhos, guardai-vos dos ídolos. I João 5, 20-21
2º MANDAMENTO	Não fizes para ti imagem de escultura, nem semelhança alguma do que há em cima no céu, nem embaixo na terra, nem nas águas debaixo da terra;	Inculcando-se por sábios, tornaram-se loucos e mudaram a glória do Deus incorruptível em semelhança da imagem de homem corruptível, bem como de aves, quadrúpedes e répteis. (...) pois eles mudaram a verdade de Deus em mentira, adorando e servindo a criatura em lugar do Criador... Romanos 1, 22-25
3º MANDAMENTO	Não tomarás o nome do SENHOR, teu Deus, em vão, porque o SENHOR não terá por inocente o que tomar o seu nome em vão.	Acima de tudo, porém, meus irmãos, não jureis nem pelo céu, nem pela terra, nem por qualquer outro voto; antes, seja o vosso sim sim, e o vosso não não, para não cairdes em juízo. Tiago 5, 12
4º MANDAMENTO	Guarda o dia de sábado, para o santificar, como te ordenou o SENHOR, teu Deus	O sábado foi estabelecido por causa do homem, e não o homem por causa do sábado; de sorte que o Filho do Homem é Senhor também do sábado. Marcos 2, 27-28
5º MANDAMENTO	Honra a teu pai e a tua mãe, como o SENHOR, teu Deus, te ordenou, para que se prolonguem os teus dias e para que te vá bem na terra que o SENHOR, teu Deus, te dá.	Filhos, obedecerei a vossos pais no Senhor, pois isto é justo. Honra a teu pai e a tua mãe (que é o primeiro mandamento com promessa, para que te vá bem, e sejas de longa vida sobre a terra. Efésios 6, 1-3

1º MANDAMENTO	Não terás outros deuses diante de mim.	Também sabemos que o Filho de Deus é vindo e nos tem dado entendimento para reconhecermos o verdadeiro; e estamos no verdadeiro, em seu Filho, Jesus Cristo. Este é o verdadeiro Deus e a vida eterna. Filhinhos, guardai-vos dos ídolos. I João 5, 20-21
6º MANDAMENTO	Não matarás.	Pois isto: Não adulterarás, não matarás, não furtarás, não cobiçarás, e, se há qualquer outro mandamento, tudo nesta palavra se resume: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. O amor não pratica o mal contra o próximo; de sorte que o cumprimento da lei é o amor. Romanos 13, 9-10
7º MANDAMENTO	Não adulterarás.	Certo homem de posição perguntou-lhe: Bom Mestre, que farei para herdar a vida eterna? Respondeu-lhe Jesus: Por que me chamas bom? Ninguém é bom, senão um, que é Deus. Sabes os mandamentos: Não adulterarás, não matarás, não furtarás, não dirás falso testemunho, honra a teu pai e a tua mãe. Lucas 18, 18-21
8º MANDAMENTO	Não furtarás.	Aquele que furtava não furtar mais; antes, trabalhe, fazendo com as próprias mãos o que é bom, para que tenha com que acudir ao necessitado. Efésios 4, 28
9º MANDAMENTO	Não dirás falso testemunho contra o teu próximo.	Não mintas uns aos outros Colossenses 3, 9 Irmãos, não faleis mal uns dos outros. Aquele que fala mal do irmão ou julga a seu irmão fala mal da lei e julga a lei; Tiago 4, 11
10º MANDAMENTO	Não cobiçarás a mulher do teu próximo. Não desejarás a casa do teu próximo, nem o seu campo, nem o seu servo, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo.	Mas a impudícia e toda sorte de impurezas ou cobiça nem sequer se nomeiem entre vós, como convém a santos; Efésios 5, 3

TABELA 2.

MANDAMENTO	DESCRIÇÃO	ASSUNTO	DIREITO PROTEGIDO
1º e 2º	Adoração	Moral teológica	Respeito ao culto
3º	Nome de Deus	Moral teológica	Respeito ao culto
4º	Sábado	Moral teológica / individual	Descanso
5º	Autoridade	Moral individual	Velhice e família
6º	Homicídio	Moral individual	Vida
7º	Adultério	Moral social	Casamento e integridade
8º	Roubo	Moral social	Propriedade e trabalho
9º	Falso testemunho	Moral social	Honra
10º	Cobiça	Moral social	Paz social

4 INFLUÊNCIA DA BÍBLIA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A seguir, passo a traçar um paralelo entre uma série de direitos fundamentais enumerados na Constituição Federal brasileira de 1988 e a previsão de correlatos ensinamentos previstos na Escritura, tanto no Antigo como no Novo Testamento. Alguns institutos bíblicos constituem até um avanço, em termos de proteção aos direitos fundamentais, ainda não respaldado ou atingido pelas constituições dos estados modernos.

REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES. SOCIEDADE JUSTA E SOLIDÁRIA

Art. 3º, CF/88 - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras

formas de discriminação.

Quando entre ti houver algum pobre de teus irmãos, em alguma das tuas cidades, na tua terra que o SENHOR, teu Deus, te dá, não endurecerás o teu coração, nem fecharás as mãos a teu irmão pobre; antes, lhe abrirás de todo a mão e lhe emprestarás o que lhe falta, quanto baste para a sua necessidade.
DEUTERONÔMIO 15, 7-8

Aprendeí a fazer o bem; atendei à justiça, repreendei ao opressor; defendei o direito do órfão, pleiteai a causa das viúvas

ISAÍAS 1, 17

Ai dos que decretam leis injustas, dos que escrevem leis de opressão, para negarem justiça aos pobres, para arrebatarem o direito aos aflitos do meu povo, a fim de despojarem as viúvas e roubarem os órfãos!
ISAÍAS 10, 1-2

Ai daquele que edifica a sua casa com injustiça e os seus aposentos, sem direito! Que se vale do serviço do seu próximo, sem paga, e não lhe dá o salário;
JEREMIAS 22, 13

Não oprimindo a ninguém, não roubando, dando o seu pão ao faminto e cobrindo ao nu com vestes; desviando a sua mão da injustiça e fazendo verdadeiro juízo entre homem e homem; andando nos meus estatutos, guardando os meus juízos e procedendo retamente, o tal justo, certamente, viverá, diz o SENHOR Deus.

EZEQUIEL 18, 7-9

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Art. 5º, CF/88 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Também disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; tenha ele domínio sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos, sobre toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam pela terra. Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. E Deus os abençoou e lhes disse: Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todo animal que rasteja pela terra.

GÊNESIS 1, 26-28

DIGNIDADE AOS PRESOS

Art. 5º, VII, CF/88 - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Lembrai-vos dos encarcerados, como se presos com eles; dos que sofrem maus tratos, como se, com efeito, vós mesmos em pessoa fósseis os maltratados.

HEBREUS 13, 3

DIREITO A INTIMIDADE, A HONRA

Art. 5º, X, CF/88 - 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;

Não façam altares com degraus, para que, quando vocês subirem por eles, a sua nudez não apareça.

EXODO 20,26

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Art. 5º, XXII, CF/88 - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

ANO DO JUBILEU

Pois esse ano, que vem depois de cada quarenta e nove anos, é o ano sagrado da libertação, em que vocês anunciarão liberdade a todos os moradores do país. Nesse ano todos os que tiverem sido vendidos como escravos voltarão livres para as suas famílias, e todos os campos que tiverem sido vendidos voltarão a pertencer ao primeiro dono. Nesse ano ninguém semeará os seus campos, nem colherá o trigo que crescer por si mesmo, nem podará as parreiras, nem colherá as uvas, pois o Ano da Libertação é sagrado para o povo, e nele todos se alimentarão somente daquilo que a terra produzir por si mesma. No Ano da Libertação todas as terras que tiverem sido vendidas voltarão a pertencer ao primeiro dono. [...] Mas alguém é capaz de perguntar como é que haverá comida durante o sétimo ano, quando ninguém vai semear nem fazer a colheita. A resposta é que Deus abençoará a terra, e no sexto ano ela produzirá colheitas que serão suficientes para três anos. Quando vocês semearem os seus campos no oitavo ano, estarão comendo daquilo que colheram no sexto ano, e haverá bastante para comerem até a colheita do nono ano. A terra é de Deus; portanto, ela não será para sempre daquele que a comprar. Deus é o dono dela, e para ele nós somos estrangeiros que moram por um pouco de tempo na terra dele.

LEVÍTICO 25, 8-23

DIA DE DESCANSO SEMANAL

Art. 7º, XV, CF/88 - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

E, havendo Deus terminado no dia sétimo a sua obra, que fizera, descansou nesse dia de toda a sua obra que tinha feito.

GÊNESIS 2, 2

Guarde o sábado, que é um dia santo.

Faça todo o seu trabalho durante seis dias da

semana; mas o sétimo dia é o dia de descanso dedicado a mim, o seu Deus. Não faça nenhum trabalho nesse dia, nem você, nem os seus filhos ou as suas filhas, nem os seus escravos ou as suas escravas, nem os seus animais, nem os estrangeiros que vivem na terra de vocês. Em seis dias eu, o Deus Eterno, fiz o céu, a terra, o mar e tudo o que há neles, mas no sétimo dia descansei. Foi por isso que eu, o Deus Eterno, abençoei o sábado e o separei para ser um dia santo.

ÊXODO 20, 1-11

EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Art. 5º, XXXV, CF/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Procura dentre o povo homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que aborreçam a avareza; põe-nos sobre eles por chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinquenta e chefes de dez; para que julguem este povo em todo tempo. Toda causa grave trarão a ti, mas toda causa pequena eles mesmos julgarão; será assim mais fácil para ti, e eles levarão a carga contigo.

ÊXODO 18, 21-22

DIREITO A INDENIZAÇÃO POR DANO

Art. 5º, V, CF/88 - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Se durante uma briga um homem ferir o outro com uma pedra ou com um soco, ele não será castigado se aquele que foi ferido não morrer. Mas, se este ficar de cama, e mais tarde se levantar, e começar a andar fora da casa com a ajuda de uma bengala, então aquele que o feriu terá de pagar o tempo que o outro perdeu e também as despesas do tratamento. Se alguns homens estiverem brigando e ferirem uma mulher grávida, e por causa disso ela perder a criança, mas sem maior prejuízo para a sua saúde,

aquele que a feriu será obrigado a pagar o que o marido dela exigir, de acordo com o que os juízes decidirem.

ÊXODO 21, 18

DIGNIDADE AO ESTRANGEIRO

Art. 5º, CF/88 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Não maltratem, nem persigam um estrangeiro que estiver morando na terra de vocês. Lembrem que vocês foram estrangeiros no Egito. Não maltratem as viúvas nem os órfãos. Se vocês os maltrataram, eu, o Deus Eterno, os atenderei quando eles pedirem socorro.

ÊXODO 22, 21-23

DIREITO AO JULGAMENTO JUSTO

Art. 5º, LVII, CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Não espalhe notícias falsas e não minta no tribunal para ajudar alguém. Não siga a maioria quando ela faz o que é errado e não dê testemunho falso para ajudar a maioria a torcer a justiça. Não faça injustiça, nem mesmo para favorecer o pobre. Não faça acusações falsas, nem condene à morte uma pessoa inocente. Pois eu condenarei aquele que fizer essas coisas más. Não aceite dinheiro para torcer a justiça, pois esse dinheiro faz que as pessoas fiquem cegas e não vejam o que é direito, prejudicando assim a causa daqueles que são inocentes.

ÊXODO 23, 1-8

DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Art. 225, CF/88. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Durante seis anos você semeará as suas terras e colherá o que elas produzirem.

Porém no sétimo ano deixe que a terra descanse e não colha nada que crescer nela. Mas os pobres poderão comer o que crescer ali, e os animais selvagens comerão o que sobrar. Faça isso também com as suas plantações de uvas e de azeitonas. ÊXODO 23,10-11

ANO SABÁTICO

O Deus Eterno falou com Moisés no monte Sinai e mandou que ele desse ao povo de Israel as seguintes leis. Quando vocês entrarem na terra que o Deus Eterno lhes vai dar, deixem que de sete em sete anos a terra descanse, em honra do Deus Eterno. Durante seis anos semeiem os seus campos, podem as parreiras e colham as uvas. Mas o sétimo ano será um ano de descanso sagrado para a terra, um descanso dedicado ao Deus Eterno. Nesse ano ninguém semeará o seu campo, nem podará as suas parreiras. Ninguém colherá o trigo que crescer por si mesmo, nem podará as parreiras, nem colherá as uvas. Será um ano de descanso completo para a terra. Os campos não serão semeados, mas mesmo assim produzirão o bastante para alimentar todos os israelitas, os seus escravos e as suas escravas, os seus empregados, os estrangeiros que vivem no meio do povo e também os animais domésticos e os animais

selvagens. Tudo o que a terra produzir servirá de alimento.

LEVÍTICO 25, 1-7.

5 NOVA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Sermão do Monte é uma espécie de "supra-sumo" elaborado por Mateus, baseado nos ensinamentos de Jesus. Não me parece uma mensagem focalizada a dar respostas a todas as perguntas da vida; mas, sem dúvida alguma, é relevante para o tipo peculiar de vida proposto por Jesus. É uma proposta suficiente em si mesma e aponta para a realização plena de nossa humanidade. (...) O Sermão do Monte nos ajuda a entender a vida a partir de novos prismas, valores, princípios, virtudes e perspectivas. Na verdade, o que Jesus apresenta não deveria ser considerado tão novo assim - é o sentido humano pleno para o qual todos fomos criados. Criados para a vocação de ser gente. (QUEIROZ, 2003, 25)

Focalizando o Sermão do Monte, enunciado nos capítulos 5, 6 e 7 do Evangelho de Mateus, dos quais sugerimos uma leitura atenta, preferimos resgatar a essência do Cristianismo, em vez de percorrer a história da igreja cristã. E na busca pela essência, o prisma ainda mais específico na pessoa de Jesus Cristo e em seus ensinamentos resumidamente expostos nesta passagem da Bíblia.

Considerando Hermenêutica como sendo a ciência que estuda as formas de interpretação, de uma forma bem simples, intitulamos Nova Hermenêutica por ser uma diferente forma de se estudar a interpretação dos direitos fundamentais. Também pode ser considerada Nova Hermenêutica por trazer conceitos antigos, escritos séculos antes de Cristo, mas numa linguagem atual e para aplicação no século XXI.

O livro de Mateus não é o primeiro dos quatro evangelhos canônicos e há fortes argumentos para que o livro tenha sido escrito entre os anos 70 e 80 D.C., ou melhor, 30 a 50 anos depois de Jesus ter andado com seus discípulos em Jerusalém. Mateus faz

pontes estratégicas de comunicação com a história e a experiência religiosa dos judeus. Ele inclui profecias do Antigo Testamento e faz alusão permanente às leis bem conhecidas dos judeus, realçando o conteúdo do Dez Mandamentos. (QUEIROZ, 2003, 20) E esta menção, denota a coerência bíblica, na qual alimenta-se o presente artigo também.

Como já descrito, os ensinamentos concisos dos Dez Mandamentos, encontram disposição renovada no Novo Testamento. Os Direitos Fundamentais positivados em nossa Constituição Federal já encontravam previsão vários séculos antes, inclusive até em uma dimensão mais avançada. Por exemplo, a proteção do direito de propriedade e o seu novo enfoque dado em 1988, de que deve atender a sua função social, já se encontra como mandamento dado pelo próprio Deus ao seu povo, na forma do instituto "Ano do Jubileu", que desestruturava o acúmulo de riquezas, na medida em que todas as propriedades retornavam aos seus primeiros donos a cada cinquenta anos, praticamente a cada geração. Vale ressaltar que os primeiros donos tinham quase que a mesma porção de terra, tendo em vista que foram divididas entre as doze tribos, logo após o povo hebreu ter chegado à Terra de Israel. Com o Jubileu, as desigualdades sociais que porventura tivessem surgido, em cada cinco décadas eram sujeitas a um nivelamento. Existia a propriedade privada da terra, da casa, animais, utensílios domésticos e de trabalho, mas com um conceito diferente. Essa propriedade era destinada ao trabalho e à produção, nunca como fonte de ócio, mero acúmulo ou de especulação imobiliária. Sendo as propriedades bens inelásticos, o acúmulo por uns iria, necessariamente, conduzir ao empobrecimento dos outros. O Senhor proibia a venda da terra como título de perpetuidade, alegando o caráter transitório da passagem do homem pela terra e de a recebermos com uma finalidade, "porque a terra é minha..." (Levítico 25:23), dizia Ele. (CAVALCANTI, 1988, 28)

Outro avanço bem característico é a instituição do "Ano Sabático", na proteção do direito ambiental, direito de terceira geração, na concepção de Paulo Bonavides. A cada sétimo ano

era o ano de descanso para a terra, providência de profundas implicações agrônômicas e ecológicas. Não se devia cultivar nada, o que nascesse por si mesmo era permitido aos pobres comer e as sobras eram dadas aos animais. Para acalmar temores, Deus assegurava uma safra excepcional cada sexto ano. (CAVALCANTI, 1988, 28)

Os enunciados do Sermão do Monte também constituem avanços e contribuem imensamente para a aplicação dos direitos fundamentais. É um avanço na lei dos profetas, dos fariseus, dos escribas. Seria um avanço em nosso ordenamento jurídico atual, porém não para revogá-lo, mas para lhe dar pleno sentido.

Não pensem que eu vim para acabar com a Lei de Moisés ou com os ensinamentos dos Profetas. Não vim para acabar com eles, mas para dar o seu sentido completo.

Eu afirmo a vocês que isto é verdade: Enquanto o céu e a terra durarem, nada será tirado da Lei - nem a menor letra, nem qualquer acento. E assim será até o fim de todas as coisas.

Portanto, qualquer um que desobedecer ao menor mandamento e ensinar os outros a fazerem o mesmo será considerado o menor no Reino do Céu. Por outro lado, quem obedecer à Lei e ensinar os outros a fazerem o mesmo será considerado grande no Reino do Céu.

Pois eu afirmo a vocês que só entrarão no Reino do Céu se forem mais fiéis em fazer a vontade de Deus do que os professores da Lei e os fariseus. (EVANGELHO DE MATEUS 5, 17-20)

Jesus estava se referindo tanto aos Dez Mandamentos quanto a textos judaicos que não encontram previsão no Velho Testamento (conjunto de 613 mandamentos oriundos das leis cerimoniais e morais do Judaísmo), até por representar o texto apenas o ponto de partida para extrair a verdadeira interpretação. Jesus, em todo o Sermão do Monte, busca interpretar o espírito dos mandamentos divinos e humanos e o faz como nenhum outro intérprete da lei

faria. Na verdade, Ele vem para ampliar a compreensão do texto, faz uma Nova Hermenêutica e busca criar princípios dinâmicos que indiquem o sentido e o conteúdo de cada mandamento.

No decorrer do discurso, Jesus parte de mandamentos conhecidos e dá a eles uma interpretação extensiva. Por exemplo, cumprir a ordem “não matarás” já não basta para um cidadão se sentir tranqüilo. Proteger apenas o direito à vida, já não é suficiente. Enumerar de forma exemplar os direitos fundamentais no texto constitucional já não é suficiente. Até a sua efetivação completa, de todos os direitos fundamentais, ainda não seria suficiente.

O homicídio, como todos os outros crimes que atentam contra bens juridicamente valorados, são decorrentes da manifestação de sentimentos humanos maliciosos. A raiz do problema aloja-se dentro da pessoa. O assassinato doloso não começa com uma arma na mão; inicia-se com uma intenção maldosa, fermenta-se no ódio do coração, concretiza-se a partir da internalização da idéia da morte. Contudo, a legislação, nem mesmo o Código Penal, sozinhos, não têm o poder para erradicar essa fermentação fúnebre de dentro das pessoas. A lei pode até exercer o seu papel de inibir e de punir a conduta delituosa, mas não tem quase nenhum poder de prevenir. O próprio Jesus é capaz de resumir o respeito aos direitos fundamentais e o equilíbrio entre a sua aplicação: “Façam aos outros o que querem que eles façam a vocês; (ou não façam aos outros aquilo que não gostariam que se fizesse a vocês), pois isso é o que querem dizer a Lei de Moisés e os ensinamentos dos Profetas.”

Entretanto, de onde vem a autoridade de Jesus em ensinar, e a ir além da lei de Moisés, dos ensinamentos dos Profetas, a ir além do Legislativo, além da letra da Constituição?

Quando Jesus acabou de proferir estas palavras, as multidões estavam admiradas com a sua maneira de ensinar.

Ele não era como os professores da Lei; pelo contrário, ensinava como quem tem autoridade, e

não como os escribas.
(EVANGELHO DE MATEUS 7, 28-29)

A singularidade dos ensinamentos de Jesus deve-se a vários fatores, dentre os quais John Stott discorre de maneira magistral em sete itens: a autoridade de Jesus como mestre, como Cristo, como Senhor, como Salvador, como Juiz, como Filho de Deus e como o próprio Deus encarnado em forma humana. (STOTT, 1981, 225 a 235) Também porque Jesus ensinava corretamente o paradigma certo, porque lidava com a erradicação do mal, porque ensinava de maneira a libertar as pessoas do peso da lei, porque priorizava as pessoas e não bens e instituições. Era nisso que a Sua justiça excedia a dos escribas e fariseus. E profetas. E legisladores. E Poder Constituinte. Jesus ensinava “como quem tem autoridade”, não só pela coerência do que dizia e falava, mas principalmente por falar e fazer a coisa certa. (QUEIROZ, 2003, 215).

6 CONCLUSÃO

De fato, Jesus está indicando novos caminhos na interpretação dos direitos fundamentais, quando toca nas motivações, nos valores, razão e sentimentos das pessoas. Seu discurso é sempre: “Ouviste o que foi dito aos antigos...” e conclui com um “Eu porém vos digo”. Verdadeiramente uma Nova Hermenêutica dos Direitos Fundamentais.

Respondeu-lhe Jesus: Amarás o Senhor, teu Deus, de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu entendimento. Este é o grande e primeiro mandamento. O segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas. (EVANGELHO DE MATEUS 22, 37-40)

O resumo do ensino de Jesus toca profundamente as relações humanas e avança em um princípio que, se concretizado elevaria em muito o nível de relacionamento entre as pessoas, o princípio da igualdade. Jesus, como novo hermenêuta, vai além, propondo o amor ao próximo, uma forma revolucionária de implementar uma sociedade realmente livre, justa e solidária.

7 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CAVALCANTI, Robinson. **Cristianismo e Política: Teoria Bíblica e Prática Histórica**. São Paulo: Editora Vinde, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo, Saraiva, 2009.

CURY, Augusto Jorge. **Análise da Inteligência de Cristo: O Mestre dos Mestres**. São Paulo: Academia da Inteligência, 1999.

KELSEN, Hans. **O que é a Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da Ciência**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEELING, Michael. **Fundamentos da Ética Cristã**. Trad Ahron Sapsejian. São Paulo: ASTE, 2002.

LEWIS, C. L. **A Essência do Cristianismo Autêntico**. ABU Editora: São Paulo, 1980.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos, uma luta argumentativa dos valores clássicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PAULA, Ricardo Henrique Arruda de. **Cidadania e Individualismo em Aristóteles e Cristo: estudo comparativo de antropologia filosófica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PINSKY, Jaime e Carla Bassanezi Pinsky (orgs). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

QUEIROZ, Carlos. **Eles Herdarão a Terra**. Curitiba: Encontro, 1998.

Ser é o Bastante: felicidade à luz do Sermão do Monte. Curitiba: Encontro, 20003.

REIFLER, Hans Ulrich. **A Ética dos Dez Mandamentos**. São Paulo: Edições Vida Nova, 1992.

SICRE, José Luís. **A Justiça Social nos Profetas**. Trad. Carlos Felício da Silveira. São Paulo: ed. Paulinas, 1990.

STOTT, John R. W. **Contracultura Cristã - a mensagem do Sermão do Monte**. 1. Ed. São Paulo: ABU, 1981.

TENNEY, Merrill C. **Vida Cotidiana nos tempos bíblicos**. Flórida (EUA): Editora Vida, 1986.

O PRINCÍPIO DA INTERDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PUNITIVAS E SEUS REFLEXOS NA PRETENSÃO PUNITIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS

THE PRINCIPLE OF THE INTERFACE BETWEEN ADMINISTRATIVE AND JUCIAL PUNISHMENT INSTITUCIONS AND ITS EFFECTS IN THE PUNITIVE PRETENSION IN TAX CRIMS

Luís Henrique Vieira Rodrigues

Procurador-Geral do Município de Nova Lima/MG
Professor licenciado de Direito Empresarial das Faculdades Del Rey
Mestrando em Direito Público pela PUC/MG
Membro do Núcleo de Pesquisa Jurídica/NUJUP da PUC/MG
Advogado

E-mail: luishvrodriques@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: O ILÍCITO, A SANÇÃO E O TRIBUTO; 2 NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS; 3 PRINCÍPIOS GERAIS DA REPRESSÃO; 4 ASPECTOS PRÁTICOS: PREJUDICIALIDADE DA INSTÂNCIA JUDICIAL PUNITIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS; 5 CONCLUSÕES; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION: SMUGGLING, A TRIBUTE AND PUNISHMENT; 2 LEGAL SANCTIONS TAX; 3 GENERAL PRINCIPLES OF REPRESSION; PRACTICALITIES; 4 DAMAGE PUNITIVE ORDER OF PROCEEDINGS IN TAX CRIMES; 5 CONCLUSIONS; 6 REFERENCES.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade de adoção de princípios gerais da repressão, a orientarem a o exercício da potestade punitiva, em todas as atuações estatais. Como meio de comprovar tal argumento elege garantias constitucionais e o direito tributário, em sua feição repressora, como formas exemplificativas. Ao tratar dos conceitos de ilícito, sanção e tributo, avalia

a natureza jurídica das sanções tributárias, à criminalização do ilícito tributário, as sanções políticas, os princípios gerais da repressão, e seus efeitos práticos, redundando em casos jurisprudenciais acerca inépcia da denúncia genérica em crimes tributários.

Palavras-chave: Direito Tributário. Sanções tributárias. Direito Penal. Princípios gerais da repressão.

Abstract: The objective of the present article is to analyse the possibility of adoption of general principles to repression to orientate the exercise of punish power of state in all of its forms to act. How example to prove this argument chose the constitutional rights and the tax law in those punishment form. When treat of concept of illicit punition and tax to value the legal nature of these tax punitions the legalize of tax illicit the politics punitions general principles of repression and its practice effects. The result is the leading cases about the inept of initial peition of general denunciation in tax crims.

Keywords: Tax law. Tax penalties. Criminal law. General principles to repression.

1 INTRODUÇÃO: O ILÍCITO, A SANÇÃO E O TRIBUTO

O direito tributário tem como objeto de estudo a instituição, cobrança e arrecadação de tributos. Como ramo autônomo, para dotar de cogência e fazer valer os comandos emanados como decorrência do exercício do poder de tributar, se faculta ao legislador, a possibilidade de instituir normas sancionatórias aplicáveis no caso de descumprimento dos preceitos formalmente estatuídos. Ainda que não seja precipuamente o objeto de estudo do direito tributário a instituição e imposição de penalidades, o exercício desta potestade, deve se ater aos preceitos norteadores exibidos pelo *ius tributandi*. Todavia, ao se considerar a pouca maturidade teórica deste ramo do direito, no trato com o ilícito, temos que muitas das vezes, outros ramos do direito, por estarem tratando há mais tempo de determinada matéria, apresentam soluções mais apropriadas como subsídio para a resolução de questões controvertidas. Assim, recomenda-se a adoção de soluções hauridas em outros ramos do direito, a fim de adequar a aplicação de penalidades, de modo que esta contribuição não pode prescindir de uma análise rigorosa, à luz da estrutura e natureza jurídica da norma tributária, para efeito da validade do exercício deste poder de estado.

Particularmente, no que diz respeito ao direito tributário, e suas técnicas sancionatórias, temos que o direito penal servirá

como segura fonte de direito, considerando o fato de que as normas tributárias sancionadoras, e as normas penais tipificadoras de crimes tributários, ainda que possuam estrutura metodológica diferenciadas, estão a proteger, em algumas ocasiões, bens juridicamente tutelados, comuns. Portanto, a par desta idéia, consideramos a existência de um direito tributário sancionador, em construção, que não pode e não deve se ater estritamente às soluções urdidas à luz do *ius tributandi*, nem tampouco adotar de forma desmesurada soluções de outros ramos, como o penal e o administrativo, à revelia da natureza jurídica da relação jurídica em comento. Logo, considerando-se a possibilidade de existirem normas tributárias (aplicadas administrativamente) e penais, aplicáveis a um mesmo fato, não se pode perder de vista da mesma maneira, a possibilidade de ocorrer a aplicação cumulada das mesmas.

Neste momento, o operador do direito deverá se insurgir contra a aplicação exacerbada e desproporcional de sanções, sendo que um dos argumentos que poderá vir ao seu socorro, é o que adota o raciocínio a reputar a interdependência das instâncias punitivas como princípio garantidor da correta aplicação da sanção tributária conforme crimes tipificados, de forma proporcional ao ilícito que lhe é pressuposto. Este princípio e sua aplicabilidade, pois, será objeto da presente análise jurídica.

Analisar o conceito de sanção, seus pressupostos e modalidades é tema basilar e de importância elevada para os propósitos do presente artigo; notadamente ao se considerar que a sanção pressupõe a prática de um ilícito a determinar-lhe e marcar-lhe a natureza. Em certo momento, acreditou-se que o ilícito funcionava como negação do direito, e a sanção, como negação da negação, seria o elemento sistêmico a restaurar a ordem jurídica ao imputar uma limitação à esfera jurídica do autor da conduta socialmente reprovada. Este raciocínio, ainda que de alta importância para a época, considerava o ilícito como fator extra-sistêmico, "fora do direito", inapto, portanto a criar, modificar ou extinguir direitos em decorrência de não possuir, de acordo com tal raciocínio, condição jurígena; foi kelsen (KELSEN, 1987, p.124),

o responsável pela adoção de outro paradigma, reputador do ilícito como componente do sistema normativo a desafiar a incidência de sanções, instaurando desta forma, uma relação jurídica de punição, ou reparação, v.g.. Para o citado doutrinador austríaco, as sanções são atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão pela ordem jurídica.

Para Bobbio (BOBBIO, 2005, p. 161) “não há dúvida de que o principal efeito da institucionalização da sanção é a maior eficácia das normas jurídicas.”

As sanções podem se apresentar segundo as seguintes funções e pressupostos: i) preventiva, visando coibir práticas reputadas inconvenientes; ii) didática, visando de maneira pedagógica, evitar a reincidência de infrações que não acarretem lesividade, v.g., ao erário; iii) repressiva; quando do cometimento de um ilícito, tendo finalidade punitiva; iv) reparatória, diante do dano, com finalidade de compensar o dano sofrido. Sobre esta última, comenta Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p.61):

A função reparatória não é identificável nas sanções penais punitivas, cujos objetivos são outros, tais como a repressão, a reabilitação e a inibição da conduta delituosa. Haverá aplicação destas sanções em decorrência da prática do ato delituoso, independentemente da demonstração de dano e sem prejuízo ao dever de sua reparação.

Conforme a letra do Art. 3º do CTN, tributo é a prestação pecuniária, compulsória, não decorrente de sanção por ato ilícito, instituído em lei, cobrado através de atividade administrativa vinculada. Para a presente análise, talvez o fator que mereça destaque, é aquele que marca como condição essencial do tributo, a licitude do arcabouço fático-jurídico da base impositiva. Luciano Amaro (AMARO, 2005, p.276), ao discorrer sobre o tema, assevera com propriedade:

A questão, segundo nos parece, não é, propriamente, a de se tributarem ou não atos ilícitos. Ato ilícito, como tal, não é fato gerador de tributo, mas suporte fático de sanção que (mesmo quando se cuida de

infração tributária) com aquele não se confunde (CTN, art. 3º).

Também neste sentido se posicionou o Pretório Excelso, no RE 94.001 (pleno, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 11.06.82). Frise-se que a despeito de tratar-se o caso em tela da adoção de técnicas extrafiscais, mutatis mutandis, o julgado é de extrema serventia e importância para a presente análise, na medida em que finca consistentes argumentos sobre os limites ontológicos do exercício do ius tributandi, verbis (GODOI, 2002, p. 148):

[...] Tributo não é multa, nem pode ser utilizado como se o fosse. [...] Já o poder de polícia que reprime, por meio de sanção, o ato ilícito existente, não pode dar margem a tributo com a finalidade extrafiscal de cessar a ilicitude”-destacamos”. O Ministro Moreira Alves advertiu expressamente que “o poder de tributar para fins extrafiscais não é absoluto”, sendo que o principal limite do legislador seria o respeito ao próprio conceito de tributo (art. 3o. do CTN).

Feitas estas breves considerações acerca da natureza jurídica do tributo, notadamente quanto à licitude de sua base impositiva, passemos à análise da natureza jurídica das sanções tributárias.

2 NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS

Para Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p. 132),

Apesar da similitude estrutural e metodológica, as normas impositivas, ou primárias, contêm sempre em seu antecedente, a descrição abstrata de um fato lícito e seu conseqüente, uma relação jurídica obrigacional, que erige direitos e deveres correlatos. As normas sancionadoras, d’outra margem, descrevem em seu antecedente um fato marcado pela pecha da ilicitude, imputando-lhe, em seu comando, uma conseqüência desfavorável: pena ou castigo, uma sanção.

É dizer que enquanto a norma jurídica tributária de caráter impositivo descreve em seu antecedente normativo uma

conduta lícita, indicando no conseqüente normativo o nascimento da obrigação tributária, a norma jurídica tributária de caráter sancionatório, indica em seu conseqüente normativo uma sanção a ser suportada em detrimento da inobservância de preceito estatuído pela ordem jurídica. Ainda, importante distinguir as diferentes normas jurídicas sancionatórias que podem advir tendo como origem uma mesma conduta: a conduta juridicizada como ilícito estritamente tributário, ou delituosa de índole fiscal, a desafiarém regramentos diferenciados.

No primeiro caso, portanto, teríamos normas cuja natureza jurídica estariam arrimadas no *ius tributandi*, segundo suas limitações ontológicas ("conceito de tributo") e quantitativas - observância da vedação ao efeito de confisco e respeito à capacidade contributiva (TYPKE, 2002); enquanto que no segundo, normas arrimadas no *ius puniendi*, tendo como pressuposto à aplicação das sanções a este regime inerente (privativa de liberdade, restritiva de direitos, v.g.) a instauração de processo regular, segundo garantias constitucionais (ampla defesa, contraditório, etc.) Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p.146), ao comentar acerca da necessidade de diferenciação entre ambos regimes jurídicos, adverte:

A propósito, a inegável existência e regimes jurídicos peculiares às infrações tributárias delituosas e não-delituosas no direito pátrio representa, em si mesma, óbice intransponível à aceitação, no Brasil, da identidade da natureza jurídica de ambas, porquanto revelam e evidenciam sua distinção: as infrações fiscais delituosas estão inseridas no regime jurídico próprio do Direito Penal, enquanto as não-delituosas encontram-se inseridas no regime jurídico próprio do Direito Tributário, sob as influências supletivas do Direito Administrativo. Com efeito, caso possuíssem a mesma natureza jurídica, estariam sujeitas ao mesmo regime jurídico. Em outras palavras, se possuem regimes jurídicos distintos é porque têm naturezas jurídicas distintas.

Para Ricardo Lobo Tôres (TORRES, 2007, p. 326), as principais características das normas sancionadoras tributárias são as seguintes:

Sujeitam-se aos princípios constitucionais penais da tipicidade e da legalidade (Art. 5º. XXXIX). Aplica-se segundo o princípio da personalização, não podendo passar da pessoa que cometeu o ilícito (Art. 5º. XLV).

Não se converte, quando se tratar de multa, em pena privativa da liberdade (Art. 5o. LXVII). Não retroage, salvo quando beneficiar a situação do réu (art. 5º. XL). Não se subordina, para a aplicação pelo Judiciário, à prejudicialidade do procedimento administrativo (art. 5º, XXXV). Sujeita-se aos demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, que condicionam a aplicação de penas, como os princípios da boa-fé, do federalismo, da independência dos juízes, do Estado e Direito, etc. (grifamos).

Tema adiante versado, a questão da prejudicialidade do processo administrativo fiscal, para o autor, não se apresenta como óbice para a aplicação de penalidade por parte do Poder Judiciário. Salvo melhor juízo, este entendimento pode merecer reparos, e um dos argumentos que o questionam é o que apregoa a adoção do princípio da interdependência das instâncias punitivas por medida de equidade.

a) Limites à criminalização do ilícito tributário

Questão de relevo, com efeito, é a necessidade de conformação das normas tributárias sancionadoras, ao ordenamento jurídico pátrio, de maneira que a tipificação de crimes tributários, somente pode ocorrer, com a prescrição pelo tipo penal, quando da concomitante inobservância dos deveres tributários material e formal. Se apenas houvesse o descumprimento do primeiro, estar-se-ia adotando a possibilidade da aplicação de pena privativa de liberdade – prisão – tendo como pressuposto fático jurídico para a sua aplicação a existência de dívida (objeto sob vedação constitucional no ordenamento jurídico pátrio); e de outro lado, v.g., que a mera inexistência de escrituração contábil, por não acarretar ônus ao erário, teria o condão de aproveitar o princípio da bagatela ou insignificância. Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p.14) comenta:

Há de se reconhecer, mesmo, pelas à discricionariedade do legislador na adoção de políticas repressivas ao ilícito fiscal, não se admitindo a criminalização de infrações tributárias exclusivamente materiais - porquanto não admissível a prisão por dívidas - ou meramente formais- nesses casos, não há qualquer prejuízo ao erário, não se justificando a contumácia da tutela penal.

A título de exemplificação, Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2007, p. 506) pondera:

Há quem entenda que no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, assim como no art. 95, alíneas "d", "e" e "f", da Lei 8212/91 tem-se definição de tipo penal novo. Crime de mera conduta, consistente no não recolhimento do tributo, não se devendo, pois, perquirir a respeito da vontade de apropriar-se, posto que não se está mais diante do tipo de apropriação indébita. Coloca-se neste caso, a questão de saber se o legislador pode definir como crime uma situação que corresponde a simples inadimplemento do dever de pagar. [...] A Lei n. 9.983, de 14.07.2000, introduziu alterações no Código Penal Brasileiro para, entre outras coisas, definir os crimes de "apropriação indébita previdenciária" (art. 168-A), "inserção de dados falsos em sistema de informações" (art. 313-A), "modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações" (art. 313-B), e "sonegação de contribuição previdenciária" (art. 337-A).

Feitas estas considerações à luz da natureza e regime jurídicos das sanções tributárias, é importante não perder de vista o fato que aponta para uma unicidade do injusto que pode existir tanto na norma tributária, quanto na norma penal, de maneira replicada. O antecedente normativo de normas atinentes a diferentes regimes, e por isso diferenciados regramentos, pode descrever, todavia, uma conduta unívoca, como dito.

Portanto, ainda que possamos enunciar vários fatores de distinção neste aspecto, não se pode negar que há um fator que as une, ao considerar-se que ambas estão a proteger bens juridicamente tutelados comuns (o respeito ao dever de contribuir

com a previdência social, v.g.), fazendo com que esta unicidade da conduta descrita, enseje a possibilidade de erigirem-se princípios gerais de aplicabilidade comum, sendo em verdade, princípios gerais da repressão.

Logo, a unicidade do sistema jurídico, como um todo que não admite que partes que o compõe apresentem soluções diametralmente opostas, sem exceções em todas circunstâncias a um mesmo fato, desafia a circunstância no sentido de que muitas das vezes, poderá ocorrer a adoção de princípios e regras cunhados em outros ramos, como v.g., o adoção do critério de considerar como infração continuada a prática reiterada de ilícitos tributários em um dado período cronológico.

b) O problema das sanções políticas

A inobservância dos limites constitucionais quanto ao processo legislativo referente à criminalização do ilícito tributário, gera a inconstitucionalidade da lei. Quais seriam os efeitos redundantes no processo administrativo, a evidenciar a existência de relação concreta e controvertida, no caso de inobservância dos limites atinentes ao regime jurídico? Importante observar que não é dado à Administração, imputar penalidades de feição confiscatória ou restritiva de direitos, sem que antes seja instaurado o competente processo criminal e suas garantias inerentes, sob pena de inconstitucionalidade da sanção cominada e patente desvio de finalidade do ato administrativo que a imputa.

Segundo o magistério de Helenilson Cunha Pontes (PONTES, 2000, p. 144):

Se a utilização do poder político, mediante a criação e a exigência de tributos, não pode chegar ao ponto de impossibilitar o exercício da livre iniciativa econômica, "a fortiori", é vedado ao Estado, utilizando-se do poder sancionatório, superar tal barreira, transformando a sanção tributária em mecanismo de destruição daquela liberdade constitucionalmente assegurada.

Neste sentido se posicionou o MIN. MARCO AURÉLIO, nos seguintes termos:

DÉBITO FISCAL-IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República, legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa. (RE 413782/SC Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 03.06.05)

A outra face das sanções políticas, é apresentada pela aplicação de multas de feição confiscatória, conforme os seguinte excerto:

O art. 150, IV da CF, da Carta da República veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Ou seja, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto e afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação. Tal limitação ao poder de tributar estende-se, também, às multas decorrentes das obrigações tributárias, ainda que não tenha natureza de tributo. Multa moratória de feição confiscatória. Redução a nível com a utilização o instrumento da correção monetária. (ADI 551-1-RJ Min. Ilmar Galvão)

Para Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p. 169),

Lamentavelmente, nos ordenamentos pátrios, usualmente as leis tributárias prevêm, ao menos expressamente, a possibilidade de graduação ou adequação das multas fixas ao caso concreto, o que demanda maior atenção e esforço dos responsáveis pela revisão e controle de legalidade e proporcionalidade da aplicação das normas tributárias sancionadoras em sua dosimetria. Essa tarefa de dosagem da sanção fiscal, frise-se, é ineximível, e há de ser exercida com firmes âncoras na equidade (art. 108, IV, CTN), que pode justificar e determinar seu abrandamento ou exclusão, em atenção a circunstâncias e características do caso concreto.

c) O problema do controle de legalidade

Autores há, entretanto, que entendem haver uma limitação à atuação do Poder Judiciário, quanto a fixação de multas submetidas a seu exame, conforme Pontes (PONTES, 2000, P. 146), verbis:

Ocorrendo o desatendimento, por um ato estatal, de qualquer dos aspectos do princípio da proporcionalidade, resta ao Poder Judiciário pronunciar a inconstitucionalidade daquele ato. Não cumpre ao Poder Judiciário substituir o ato perante ele impugnado por outro que, a seu juízo, melhor atenda ao conjunto de regras e princípios constitucionalmente garantidos. O Poder Judiciário formula apenas um juízo de exclusão (ou de manutenção) daquele ato.

[...] Em regra, portanto, não pode o Poder Judiciário substituir a sanção imposta pela autoridade estatal por outra que os membros deste Poder julgam mais conveniente.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DA REPRESSÃO

A questão da existência de princípios gerais da repressão, abordada preambularmente alhures, é exibida neste tópico, com a indicação dos seguintes exemplos de princípios comuns: i) legalidade; ii) tipicidade/especificidade conceitual; iii) vedação à analogia *in malam partem*; iv) retroatividade benigna; v) presunção de inocência; vi) verdade material; vii) insignificância ou bagatela; viii) proporcionalidade; ix) individualização da sanção; x) dosimetria da pena; destes princípios, podemos considerar que alguns se comunicam de forma expressa, estando positivados no CTN, a saber: i) retroatividade benigna (Art. 106 CTN); ii) interpretação mais favorável ao acusado (Art. 112 CTN), e arrependimento posterior/denúncia espontânea. Há, entretanto, autores que advertem para a existência de exceções quanto à comunicabilidade de princípios, de maneira que autores entendem como total a exceção condizente com a possibilidade de não adoção do critério de responsabilidade objetiva trazida pelo CTN. Entretanto, há autores que acreditam que tal exceção é parcial, de maneira que tal critério deve admitir

temperamentos, para melhor se conformar ao Sistema Tributário Constitucional.

a) Exemplo de colisão de princípios no aspecto da responsabilidade objetiva: praticidade vs. presunção de inocência.

Para Amararo (AMARO, 2005, p. 444)

Talvez o Código não mereça nenhum destes comentários. O preceito questionado diz, em verdade, que ao depender da intenção, o que torna (em princípio) irrelevante a presença de dolo (vontade consciente de adotar a conduta ilícita), mas não afasta a discussão da culpa (em sentido estrito). Se ficar evidenciado que o indivíduo não quis descumprir a lei, e o eventual descumprimento se deveu a razões que escapara, a seu controle, a infração ficará descaracterizada, não cabendo pois, falar-se em responsabilidade.

Para Pontes (PONTES, 2000, p.144)

A nosso ver, a não exigibilidade de outra conduta configura-se sempre que, em situação de crise financeira, a opção pelo uso do dinheiro disponível para o pagamento de empregados e de dívidas outras seja a única forma de manter a empresa em funcionamento, numa tentativa sincera de superação da crise, depois da qual a dívida tributária será paga. Não se venha argumentar com o interesse público na arrecadação do tributo, que afastaria a legitimidade da opção por outros pagamentos. Em relação aos salários, a própria lei estabelece expressamente a preferência destes em relação aos tributos (CTN, art. 186). E o pagamento de outras dívidas, quando indispensável para que a empresa continue funcionando, a legitimidade é fora de dúvida, em face do interesse dos empregados na manutenção do emprego, e do próprio fisco, na manutenção da fonte de tributos. (MACHADO, Hugo e Brito. Op. cit., p. 509)

Neste diapasão, observamos que alguns doutrinadores, como os retro indicados, não se compadecem com a interpretação literal do Art. 136 do CTN, notadamente porque sanção de cunho

reparatório, como aplicada na situação fático-jurídica regida pela responsabilidade objetiva, tem como pressuposto o dano, e não necessariamente a conduta delituosa. Assim, a fim de melhor adequar a interpretação da norma a uma rigorosa hermenêutica constitucional – com vistas a valores e princípios-, é que a doutrina recomenda a adoção de interpretação pautada em temperamentos. No caso do Art. 136, isto significa considerar a presunção de responsabilidade como relativa, facultando ao contribuinte, através da produção de provas idôneas, a possibilidade de elidir esta presunção outorgada com vistas à praticidade, a favor do fisco.

b) Efeitos da conformação de princípios na interpretação da norma: a inépcia da denúncia genérica em crimes tributários

Não raras as situações nas quais o fato que constituiu crime contra a ordem tributária (venda sem emissão de nota fiscal, ou subfaturamento, por exemplo), é praticado por empregado, e até por diretor da empresa, em detrimento desta e em proveito próprio. Os dirigentes da empresa, como seus proprietários, restam lesados, e não é razoável que além de vítimas ainda sejam responsabilizados pelo ilícito fiscal. Justo, portanto, é exigir-se que a denúncia descreva a conduta e cada enunciado, de modo que o STF externou este entendimento nos seguintes julgados: Crime societário – denúncia genérica – inépcia. RO – HC 85327/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ.20.10.2006RO – Inq. 1578/SP. Rel. Min.Helen Gracie. DJ. 23.04.2004RO – HC 80549/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. DJ. 24.08.01HC 79.399/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. DJ. 01.06.01

c) Breve comentário sobre os princípios ne bis in idem, da proporcionalidade e da interdependência das instâncias punitivas

O fato de uma mesma conduta poder estar descrita em mais de uma norma sancionatória evidencia a possibilidade de existir da mesma maneira uma aplicação cumulativa de normas sancionadoras com a mesma função. Parênteses neste ponto para registrar a possibilidade de cumulação de normas sancionadoras, desde que possuam funções diferenciadas. Repressiva e reparatória, v.g.. Retomando a questão, importante notar que esta cumulação quanto à aplicação de normas de mesma função, caso aconteça,

poderá redundar em uma aplicação exacerbada da penalidade, extrapolando a extensão e os efeitos da sanção, o grau de reprobabilidade do ilícito pressuposto. Ademais, esta própria aplicação exacerbada e desproporcional, poderia implicar por si só, a própria configuração de uma conduta vedada em lei, como v.g. o locupletamento ilícito daquele que se obtém direito a reparação em monta maior do que o dano ocorrido. Neste sentido, visando adequar a aplicação da sanção ao ilícito pressuposto, critérios diferenciados foram cunhados, de maneira que nos ocuparemos a analisar teoricamente seu arcabouço jurídico, para adiante aferir sua aplicabilidade à luz da jurisprudência pátria e direito comparado.

i) *Ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem*, veda a aplicação cumulativa de sanções de mesma natureza, em virtude do cometimento de uma conduta infracional ou ilícita unívoca. Para Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p. 214),

Apar disso, o princípio "*ne bis in idem*", como exposto mais adiante, não autoriza a imputação cumulativa de mais de uma sanção, com função punitiva, sobre uma única infração. Em nada, pois, se justifica a agravação em tela, mormente ao se considerar que as infrações formais e materiais já estão a merecer as respectivas sanções especificadamente cominadas na legislação de regência.

Arrima-se em pressupostos objetivos, sendo: unicidade da conduta ilícita; identidade subjetiva; e identidade teleológica. O primeiro pressuposto, condiz com a necessidade de existir uma única conduta a ser sancionada; haver uma unicidade do injusto que evidencie o cometimento de uma única conduta fática que esteja a desafiar a incidência de mais de uma norma sancionadora. O segundo pressuposto, condiz com a necessidade de que o sujeito autor da conduta seja idêntico; ou seja, que aquele, incurso nas normas porventura incidentes, seja o mesmo ente; e terceiro, que as normas porventura incidentes tenham a mesma finalidade, pois o contrário (cumulação de sanções de finalidades distintas), não desafiaria a aplicação do *ne bis in idem*.

ii) *Princípio da proporcionalidade*

Outro princípio de relevância para atendimento da finalidade da sanção porventura imposta, é o princípio da proporcionalidade, que recomenda que a aplicação da sanção e sua extensão seja proporcional ao grau de reprobabilidade do ilícito que a provoca. Se justifica, em verdade por critério de justiça, de modo que alguns o avaliam como próprio desdobramento da equidade. Isso porque, procura criar balizamentos que garantam que se evite a aplicação injusta de sanções, que pode ocorrer para um agravamento desproporcional, ou uma atenuação inadequada. Com isso, objetiva-se que a condição eidética da norma aplicada no contexto do direito tributário sancionador esteja consoante parâmetros de adequação, aptidão e proporcionalidade, fazendo com que em sua essência, a sanção tenha realmente o condão de cumprir o papel ao qual se presta.

Este princípio se fundamenta sobre o tríptico crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Bottallo (BOTTALLO, 2007, p. 62):

São três os critérios que balizam o princípio da proporcionalidade: necessidade, justa medida (razoabilidade) e adequação. Pela necessidade, orienta-se a escolha do Poder Público, entre os meios disponíveis, daquele que se mostre menos restritivo aos direitos das pessoas. A justa medida (razoabilidade) persegue o necessário equilíbrio entre o interesse do Estado em atingir o fim desejado, e as eventuais adversidades geradas para chegar a esta meta. Finalmente, a adequação busca compatibilizar os fins desejados pelo Estado e os meios necessários para alcançá-los.

iii) *Interdependência das instâncias punitivas*

Forçoso registrar que a possível cumulação de sanções de mesma função ocorrerá sempre no bojo de uma relação jurídica, que inicialmente pode se iniciar no âmbito da Administração e posteriormente atingir as barras da Justiça. Neste momento, estaremos diante da real possibilidade de aplicação cumulativa de

normas sancionatórias, considerando-se a dualidade de instâncias punitivas: a administrativa e a judicial. Portanto, necessário se torna a adoção dos princípios alhures indicados, de forma articulada (*ne bis in idem* e proporcionalidade) visando que a aplicação de penalidade imputada em uma instância, não se repita na outra, evitando-se assim a combatida exacerbação de seus efeitos em cotejo com o ilícito pressuposto.

Por muito tempo, no Brasil, foi negada a existência de uma interdependência entre as instâncias, de maneira que a autonomia e independência das instâncias foi pacificada através da Súmula 609 do STF, que traz como pública incondicionada a ação penal em crimes tributários.

Todavia, no caso dos crimes tributários, questão que se apresentou como pertinente foi a atinente à antijuridicidade decorrente da inadimplência diante de crédito tributário exigível, com interferência direta na pretensão punitiva estatal, de modo a legitimar ou suspender o seu exercício. Por sua vez, esta antijuridicidade, intimamente ligada à efetiva condição de exigibilidade do crédito tributário, está a admitir suspensão conforme letra do art. 151 do CTN.

Para Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2007, p. 509):

Não obstante a doutrina justifique as sanções penais concomitantes com as sanções administrativas, com a independência das instâncias, na verdade nada justifica essa duplicidade, que contribui para a complexidade do sistema jurídico e dificulta a repressão dos cometimentos dos ilícitos.

4 ASPECTOS PRÁTICOS: PREJUDICIALIDADE DA INSTÂNCIA JUDICIAL PUNITIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS

a) Evolução jurisprudencial

Conforme o artigo 83 da Lei federal 9.340/96:

A representação fiscal para fins penais relativa aos

crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Neste raciocínio, a decisão final do processo tributário administrativo e cível judicial (pendente questão no juízo cível sob a exigibilidade do crédito tributário, a influir no exercício da pretensão punitiva), seria condição *sine qua non* para o início da persecução criminal nos crimes tributários da lei 8.137/90, sob o aspecto dogmático.

Sob o ângulo jurisprudencial, prevaleceu o raciocínio que negava como fator obstativo para o exercício da pretensão punitiva, a existência de questão pendente no âmbito administrativo, conforme o seguinte entendimento externado na ADI 157-1/DF DJ 20.03.97., tendo por Relator o Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, a considerar que: "Art. 83 da Lei Federal 9340/96 não é condição de processabilidade do contribuinte. [...] Não há impedimento no sentido do MP oferecer denúncia antes de finalizado o processo administrativo tributário. Entretanto, apesar de ter sido voto vencido na ocasião, o MIN. CARLOS VELOSO, engendrou o entendimento que posteriormente faria com que o entendimento majoritário à época cedesse lugar para o novo paradigma hermenêutico. Registrou o MIN.: "Somente com a decisão final no procedimento administrativo é que se tem como apurado o crédito fiscal; somente com a decisão final no procedimento administrativo, é que o crédito fiscal torna-se exigível. É que somente aí se tem realizado o lançamento (CTN, art. 42 e ss). Ora, se ainda não se tem crédito fiscal apurado, em caráter definitivo, não se sabe se o crédito na verdade existe, nem se tem ainda, seu *exato quantum*".

Adotando a diretriz indicada pelo intérprete *retro* aludido, no HC 81.611, DJ 10.12.2003. Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, o mesmo considerou que o Art. 1º da Lei 8.137/90 descreve crimes de resultado (crimes de dano, materiais); assim, só com o lançamento definitivo do crédito, que ocorre com a decisão final no processo administrativo é que o tributo se torna devido, não havendo até este evento, materialidade que ampare justa causa para o oferecimento

da denúncia; há ausência, portanto de tipicidade, acarretando constrangimento ilegal o início da persecução criminal.

Questão que também merece atenção é a necessidade de não apenas limitar-se como fator obstativo do exercício da pretensão punitiva, a pendência de decisão definitiva no PTA, mas também a questão pendente sobre a própria exigibilidade do crédito tributário no juízo cível, de maneira que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, relatora Juíza Sylvia Steiner, contrariando interpretação da Súmula 609 do STF, emitiu o seguinte entendimento, à luz do princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus corolários:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - CRIME DE OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - AUTOS DE INFRAÇÃO ANULADOS POR DECISÃO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA - ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR-SE A AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

1 - Se a denúncia arrima-se tão somente em Autos de Infração lavrados pela fiscalização autárquica, e se tais Autos de Infração foram anulados por decisão judicial, inexistente prova da materialidade delitiva. 2 - O princípio da independência das instâncias administrativa e penal não autoriza a que se impute ao contribuinte a prática de crime de natureza fiscal antes mesmo de a Administração proceder a regular apuração da existência do débito, ou quando nulo o procedimento administrativo de que resultou a lavratura do Auto de Infração. 3 - Ordem concedida para determinar-se o trancamento da ação penal. (TRF 3ª Região, HC 96.03.060711-8, rel. Juíza Sylvia Steiner).

Para Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2007, p. 120), ao comentar acerca dos efeitos da suspensão da exigibilidade do crédito tributário na pretensão punitiva,

O prévio exaurimento da via administrativa representa uma condição objetiva de punibilidade? a) nenhuma importância possui, já que o Ministério Público tem total liberdade para propor a ação penal, mesmo que o processo administrativo não tivesse chegado ao fim; b) trata-se de uma questão prejudicial, aplicando-se

subsidiária e analogicamente o art. 93 do CPP; c) tem-se uma condição objetiva de punibilidade (tese adotada no remédio heróico antes mencionado - HC 81.661). d) repercute diretamente na materialidade do fato. - atipicidade - falta de justa causa - constrangimento ilegal - não recebimento da denúncia ou trancamento a ação penal.

Adotando a quarta possibilidade interpretativa, o autor adota o raciocínio expendido pelo Ministro Carlos Veloso, ao considerar que, pela letra do Art. 113 do CTN, com o fato gerador tem-se o nascimento da obrigação tributária; pela letra do Art. 142, há a constituição do crédito tributário com o lançamento; a par do disposto do Art. 151, certas circunstâncias fático-jurídicas, podem redundar na suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Assim, a inexigibilidade do seu quantum acarreta desta maneira, a cessação, ainda que temporária, da antijuridicidade da conduta inicialmente revestida pelo crivo da inadimplência. Trilha neste sentido o seguinte julgado:

Pendente processo administrativo descabe adentrar o campo penal quer considerada a ação propriamente dita, quer inquérito policial - inteligência do artigo 34 da Lei 9.249/95". HC 83.353-5-RJ, Ac. Da 1ª T. do STF, de 13.9.2005, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16.12.05: "Crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º, I) infração material - ao contrário do que sucedia no tipo similar da Lei 4729/65 -, à consumação da qual é essencial que, da omissão da informação devida ou da prestação da informação falsa, haja resultado efetiva supressão ou redução do tributo: circunstância elementar, entretanto, em cuja verificação, duvidosa no caso, não se detiveram as decisões condenatórias: nulidade". (HC 75.945-2 DF, DJ 13.2.98. Min. Sepúlveda Pertence).

Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2007, p. 231/239), na linha do entendimento adotado pelo STF, aduz que se trata a adoção e aplicabilidade do princípio da interdependência das instâncias punitivas, de princípio inclusive dogmaticamente fundamentado, considerando-se, por exemplo, a faculdade inculpada no Art. 93 do CPP, que recomenda a suspensão do processo penal, pendente questão cível, *verbis*:

A condição de procedibilidade concerne exclusivamente ao processo, enquanto a questão prejudicial diz respeito ao direito material. Questão prejudicial, no dizer preciso de Greco Filho, 'é uma infração penal, ou uma relação cuja existência ou inexistência condiciona a existência da infração penal que está sob julgamento do juiz'. Constitui grave equívoco, portanto, a invocação da Súmula 609 do STF para fundamentar decisão que diz inexistente a questão prejudicial tributária, vale dizer, a questão de saber se existe, ou não, tributo devido, relativamente ao qual se deu a ação dita criminoso. Ou para fundamentar decisão que afirma irrelevante, no Juízo penal, a decisão da autoridade da Administração Tributária que julga improcedente a ação fiscal, afirmando indevido o tributo exigido (8).

Assim, dependendo do reconhecimento da existência da conduta infracional, de decisão administrativa ou da competência do juízo cível, ao juízo penal é facultado que se suspenda o processo para deslinde da questão cível, caso vinculado neste caso, à matéria de prova.

b) Direito Comparado: exemplos – "absorção e especificidade"

Em ordenamentos jurídicos de outros países, soluções que indicam a necessidade da adoção de princípios e regras hauridas no Direito Penal, como as teorias da absorção e da especificidade, têm sido adotadas como forma de adequar o posicionamento do intérprete-aplicador, ao conceito de equidade, em sua manifestação mais pura: a busca pela implementação na via prática da idéia de justiça.

A Espanha, v.g., ao adotar através de seu Tribunal Constitucional, a teoria da absorção, diante da possibilidade de aplicação cumulada de sanções de função diferenciadas, mas aplicáveis, a um único e mesmo fato, indica a prevalência da instância penal sobre a tributária; da instância judicial em detrimento da administrativa.

Segundo Paulo Coimbra (SILVA, 2007, p. 179/180),

O Tribunal Constitucional espanhol, ao decidir sobre

temas afetos à potestade sancionatória do Estado, firmou a conexão dos princípios do *ne bis in idem* e da proporcionalidade, permitindo concluir servir este como fundamento daquele, porquanto assevera a dúplice incidência de normas punitivas sobre um mesmo ato ilícito. Por tais razões, em Espanha, quando um determinado ato ilícito subsume-se a uma norma sancionadora penal e tributária, aplica-se tão somente a norma penal (arts. 77.6 LGT e 6.2 RGI), reconhecendo-se a primazia substancial e cronológico-procedimental da persecução criminal, com a suspensão da instância punitiva administrativa assim que se depare com indícios de uma possível conduta delituosa.

Na Itália, por sua vez, foi adotada a técnica da especificidade, a par do seguinte raciocínio:

Portanto, nos casos em que uma mesma infração atraia incidência de uma norma sancionatória extrapenal (v.g., administrativa ou tributária), na Itália, em princípio, será aplicável tão-somente aquela que se revelar mais específica, podendo o juízo criminal ser instado a decidir qual processo deverá prosseguir: o penal ou o administrativo.

Ambos os critérios, ainda que indiquem em seus respectivos ordenamentos, a possibilidade de solução de questões controvertidas a luz de eventual cumulação de sanções, não podem ser introduzidas em nosso ordenamento sem a devida conformação aos matizes constitucionais pátrios.

Destarte, para sua aplicação, recomenda-se a avaliação de tais regras consoante o sistema tributário nacional. A título de exemplo, temos que nem sempre a sanção de natureza penal (quando convertida em multa) seja mais gravosa, no Brasil, do que a sanção pecuniária decorrente do inadimplemento de determinado dever tributário, como ocorre na Espanha.

Quanto à técnica adotada na Itália, temos que em nosso país, poderia redundar na primazia da instância administrativa sob a judicial, em contrariedade ao princípio do acesso à justiça, e facultando à administração a possibilidade de descriminalizar condutas, à revelia da legislação penal.

5 CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, pois, enunciamos em defesa da adoção e aplicação do princípio da interdependência das instâncias punitivas os seguintes argumentos:

a) possibilita o exercício do controle de sanções políticas, impondo sua desconstituição;

b) dota de concretude a hermenêutica constitucional no sentido de conformar a responsabilidade objetiva do art. 136 do CTN com o ordenamento jurídico pátrio, adotando-se a possibilidade de produção de prova em contrário, para desconfiguração da responsabilidade objetiva em prol da culpa presumida;

c) concreção do princípio da proporcionalidade e do *ne bis in idem*, através da vedação à concomitante persecução administrativa e judicial, limitando desta forma, a extensão dos efeitos da sanção ao grau de reprobabilidade do ilícito pressuposto;

d) dotar de concretude o Art. 2o. da CF/88, ao limitar a atuação de poderes e instituições, afirmando a necessidade de análise articulada quanto a interdependência das instâncias administrativa e judicial, considerando-se como exemplos:

i) que a justa causa para propositura da ação penal dos crimes tributários do Art. 1o. da Lei 8.137/90, está condicionada ao prévio exaurimento da via administrativa, pois apenas com o tributo devido, é que se tem a exigibilidade do mesmo, e com isso, a configuração da conduta antijurídica de não recolhê-lo;

ii) que a suspensão do exercício da pretensão punitiva decorrente da suspensão da exigibilidade do tributo, afeta diretamente a justa causa para a ação penal, ensejando sua suspensão; e

iii) que a pendência de questão no juízo cível acerca da existência ou exigibilidade do crédito tributário, prejudica não apenas o início, mas o próprio prosseguimento do processo penal,

impondo seu trancamento.

e) O Direito Comparado tem adotado soluções urdidas pelo Direito Penal, que se mostram eficazes nestes ordenamentos, mas que não podem ser engendradas integralmente no sistema jurídico pátrio, em decorrência dos diferentes matizes constitucionais adotados nesses ordenamentos jurídicos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTTALLO, Eduardo Domingos et alii. **Comentários às súmulas tributárias do STF**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2005.

Revista Internacional de Direito Tributário. **Associação Brasileira de Direito Tributário**. jan-jun/2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Teoria Geral do Tributo, da interpretação e da exoneração tributária**. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

GODOI, Marciano, Seabra de. Coordenador. **Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF**. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2002

GOMES, Luiz Flávio. **Prévio exaurimento da via administrativa e crimes tributários**. In **Direito Penal Tributário**. TANGERINO, Davi de Paiva Costa et alii. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Prévio esgotamento da via administrativa e ação penal nos crimes

contra a ordem tributária. **Revista Brasileira de ciências criminais**. 1ª ed. São Paulo, n 15, p. 231/239.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes: 2ª ed. São Paulo, 1987

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Tributário Sancionador**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo. Ed. São Paulo, 2007.

TYPKE et al. **Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

THE ACTIVE LEGITIMATION ON THE COLLECTIVE WRIT OF MANDAMUS

Lincoln Mattos Magalhães

Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado do Ceará

E-mail: lincolnmattos@netbandalarga.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONCEITO; 3 LEGITIMAÇÃO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO; 3.1 LEGITIMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS; 3.2 LEGITIMAÇÃO DOS SINDICATOS, ASSOCIAÇÕES E ENTIDADES DE CLASSE; 3.2.1 DA NECESSIDADE (OU NÃO) DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS AFILIADOS PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO; 3.3 DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CONCEPT; 3 LEGITIMATION WARRANT FOR COLLECTIVE SECURITY; 3.1 LEGITIMATION POLITICAL PARTIES; 3.2 LEGITIMATION TRADE UNIONS, ASSOCIATIONS AND PROFESSIONAL ASSOCIATIONS; 3.2.1 NEED (OR NOT) OF AFFILIATES OF EXPRESS CONSENT FOR THE WARRANT FILING COLLECTIVE SECURITY; 3.3 LEGITIMATION OF THE PROSECUTOR; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: Cuida o presente trabalho de um estudo sobre o mandado de segurança coletivo, instituto típico do direito brasileiro, criado pela Constituição Federal de 1988. Os objetivos se concentraram no esclarecimento das problemáticas relacionadas à sua legitimação ativa, sua natureza jurídica, particularidades, restrições e descobrimentos, partindo de uma metodologia de abordagem específica da situação de cada uma das entidades expressamente contempladas na Norma Constitucional de regência.

Palavras-chave: Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa.

Abstract: The present paper approaches the collective "writ of mandamus", typical institute of Brazilian law, created by the Constitution of 1988. Our objectives in this work concentrated on the problematic involving its active legitimation, its juridical nature, particularities, restrictions and unfoldings, leaving from the specific undertaking methodology of the situation of each one of the entities expressly contemplated in the constitutional regency norm.

Keywords: Collective Writ of Mandamus. Active Legitimation.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do Estado Social de Direito, incorporado ao direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1934¹, sob a influência das Constituições Mexicana de 1917, Alemã de 1919 e Espanhola de 1931, os direitos coletivos², plasmados nos ideários de fraternidade e de solidariedade³, surgem como novo paradigma vetorial das relações jurídicas, projetando o gênero humano ao centro dos debates, como possuidor complexo de direitos materiais, com aptidão para pleitear e reivindicar pessoalmente a concretização e a efetivação desses direitos.

1 Edilson Pereira Nobre Junior, reportando-se à Paulo Bonavides, Raul Machado Horta, Orlando Soares, Ronaldo Poletti e Paulo Gadelha, identifica como as principais características da Constituição de 1934, sua adesão ao Constitucionalismo Social, e a positivação, em seu texto, do mandado de segurança "[...] para a defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por acto ilegal ou inconstitucional de qualquer autoridade [...]" (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 40-41)

2 Para fins práticos, as definições que atualmente se adotam acerca de direitos difusos coletivos stricto sensu e individuais homogêneos são, respectivamente, as que se colhem dos três incisos do parágrafo único do art. 81 da lei 8.078/90: "Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum." (BRASIL, 1990a)

3 Conforme Paulo Bonavides, "A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais[...]Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor Supremo em termos de existencialidade concreta [...]" (BONAVIDES, 2000, p.522-523)

Essa transformação, inaugurada entre nós pela positivação dos direitos associados à proteção da família, da educação e da cultura, no rol do art. 107, IV, da referenciada Carta Magna de 1934, é, sem dúvida, a matriz dogmática da instituição de uma nova forma de ver e pensar o Direito, não mais apenas como objeto de apropriação, transferência, gozo e exercício individual, mas como mecanismo, também, de implementação de interesses complexos, subsumidos a uma dimensão coletiva, de estrutura indivisível e de titularidade indeterminada.

Sob a influência desse discurso, e dentro de uma perspectiva de efetivação do Direito em seu novo formato, o pragmatismo experimental sinalizou a necessidade de novos instrumentos de tutela, despojados e despídos do rótulo eminentemente individualista que circunscrevia a estrutura do processo constitucional positivo então vigente⁴.

Por óbvio, se o Direito alcançou a possibilidade de ser exercido e usufruído de forma compartilhada, sua concretização seria deficiente, caso não existissem mecanismos idôneos que sintetizassem o aspecto fundamentalmente integrativo de sua estrutura. Noutras palavras, não seria razoável reconhecer direitos à coletividade, se estes não contassem com uma sistemática processual sólida, eficaz e atenciosa às suas peculiaridades e vicissitudes⁵.

Nesse contexto, o legislador constituinte de 1988 ampliou o já tradicional e prestigiado mandado de segurança, permitindo-o expressamente aos partidos políticos, aos sindicatos, às entidades de classe e às associações constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

4 Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior pontificam que as ações coletivas, se contrapõem à concepção processual clássica influenciada pelo iluminismo e pelo individualismo liberal. Destacam, os mesmos autores, nesse sentido, que a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa Continental, construiu a base do sistema processual nos ideários da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de ação como atributo exclusivo do titular do correspondente direito material. (DIDIER JUNIOR, ZANETTI JUNIOR, 2007, p. 24)

5 Teori Albino Zawaski lembra que o Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado com base na ideia clássica da divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar, sendo que o mesmo estatuto, centralizado na tutela individual subjetiva, não previu nenhum mecanismo eficaz de proteção coletiva de direitos, o que só veio a acontecer a partir de meados da década de 1980, com a edição da lei 7.347/85. (ZAWASKI, 2009). Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Jr. (2007, p. 28) com a edição da lei 7.347/85. (ZAWASKI, 2009). Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Jr. (2007, p. 28) identificam o surgimento do processo coletivo no Brasil como resultado de uma influência da doutrina processualista italiana da década de 1970, destacando que estes estudos serviram de base, por exemplo, à estruturação da ação popular (lei 4.717/65), primeiro instrumento de tutela assumidamente coletiva

Particularmente, a criação do instituto de que cuida o dispositivo constitucional em alusão se subscreveu, ao que parece, a conjunção de três necessidades: (i) instrumentalizar as atribuições das entidades representativas em defesa dos interesses de seus membros e afiliados⁶; (ii) concretizar o projeto constitucional de consagração do pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁷; e (iii) ampliar a jurisdição constitucional em torno da proteção e otimização dos direitos coletivos e de projeção coletiva, viabilizando o acesso à Justiça dos partidos políticos e das entidades de representação por intermédio de um mecanismo potenciado de controle da legalidade⁸.

Apesar de seus 20 (vinte) anos já completados em outubro último, o mandado de segurança coletivo ainda é objeto de grandes questionamentos no meio científico. Na prática, poucos são os que se atrevem a impetrá-lo, preferindo não se arriscar ao seu mau-uso, ou ao cometimento de atecnias. A ele, a doutrina, em sua maioria, continua dispensando um tratamento discreto, confido e pouco eloqüente, limitando-se às conceituações de praxe e, quando muito, aos cotejamentos de estilo com outros institutos afins. Já a jurisprudência, também não logra pacificar ou chegar a um consenso em torno do esclarecimento de suas nuances.

Atento a essa realidade, e na perspectiva de descortinar o assunto, ou pelo menos contribuir de algum modo para esse objetivo, o presente estudo se concentra na questão da legitimação ativa para o emprego do instrumento de que se cuida, abordando os aspectos conceituais da temática, seus desdobramentos e peculiaridades, a

6 As raízes da legitimação ativa para a impetração de mandado de segurança coletivo por parte dos sindicatos, associações e entidades de classe, ao que nos parece, estão plantadas na própria consagração do direito à liberdade de associação e de sindicalização, e sua elevação ao status constitucional, por força do art. 8º da mesma Carta Republicana de 1988.

7 Consoante Eurico Ferraresi (2009, p.249) "(...) o art. 1º da Constituição Federal de 1988 é categórico em afirmar que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos direta e indiretamente, nos termos desta Constituição; e o inciso V, do mesmo diploma traz o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Os partidos políticos, quando impetram o mandado de segurança, estão a cumprir importante papel de defesa da sociedade contra ilegalidades cometidas pelas autoridades públicas".

8 Candido Rangel Dinamarco, citando Mauro Capelleti, (Apud ROSA JÚNIOR, 2002, p. 265-266) referencia três movimentos iniciados em 1965, denominados ondas renovatórias do acesso à justiça, destacando que o segundo deles, (o primeiro e o último forma marcados, respectivamente pela Inclusão social processual do hipossuficiente e pela busca de uma justiça mais justa célere e desburocratizada), caracterizou-se pelo desenvolvimento pela absorção de pretensões à tutela coletiva.

situação específica de cada uma das pessoas constitucionalmente designadas à sua impetração e as restrições impostas ao exercício de tal direito. Por fim, examina-se a possibilidade de o Ministério Público, embora não referenciado no dispositivo de regência, fazer uso do *mandamus* especial em prol da defesa de interesses coletivos e difusos da sociedade.

2 CONCEITO

A definição do instituto em berlinda pouco se distancia da que se emprega ao mandado de segurança individual, diferenciando-se deste, basicamente, quanto ao aspecto de sua legitimação, à delimitação de seu objeto e ao tipo de tutela jurídica que promove. Nesse sentido, o inciso LXX do art. 5º da Carta da Republica, nitidamente valendo-se da linha conceitual informada no dispositivo imediatamente anterior, assim preconiza:

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Sob o prisma do alcance conceitual do instituto, é de bom alvitre mencionar a cátedra de José Cretella Junior, para quem o mandado de segurança coletivo é uma ação cível de rito especial “que determinadas entidades, enumeradas expressamente na Constituição, podem ajuizar para defesa, não de direitos próprios, inerentes a essas entidades, mas de direito líquido e certo de seus membros, ou associados, ocorrendo, no caso, o instituto da substituição processual.” (apud CAPELA, 2009)

Em idêntico sentido, partindo da idéia de que o mandado de segurança coletivo se subscreve à mesma concepção do mandado de segurança singular, particularizando-se apenas quanto às restrições

subjettivas impostas à legitimidade de sua impetração, Lourival Gonçalves de Oliveira define o instituto como

espécie de remédio constitucional destinado à proteção dos direitos líquidos e certos não amparáveis por hábeas corpus, ou por hábeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, colocada à disposição dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano, em função dos interesses de seus membros e associados. (apud OLIVEIRA, 2001, p. 260)

Interessante, ainda, para fins conceituais, é referenciar a cátedra de Willis Santiago Guerra Filho, que, citando expressão de Mauro Capelletti, caracteriza o mandado de segurança coletivo – por constituir remédio que se destina à proteção de direitos fundamentais – como um dos instrumentos voltados para o controle de constitucionalidade de atos normativos inseridos no âmbito da chamada *jurisdição constitucional das liberdades*. (CAPPELLETTI, 2005, p. 04)

Para o autor que esta subscreve, seguindo a tendência referenciada, a modalidade de que trata o inciso LXX, do art. 5º da Carta Magna, consubstancia mecanismo impugnativo de estatura constitucional disponível às pessoas e entidades ali enumeradas para defesa e salvaguarda de direitos líquidos e certos oprimidos, ou em vias de o ser, por ato de autoridade pública, ou de representante de pessoa jurídica de direito privado que exerça atribuições do Poder Público.

Sua identificação pragmática e seu traço diferencial em relação ao *mandamus* singular, decorrem do fato de que, em seu compartimento, se estabelece uma legitimação extraordinária em relação ao pólo ativo da impetração, de modo que partidos políticos, sindicatos, associações e entidades de classe, ao fazerem uso da medida, na verdade estarão se ocupando da defesa processual de

direitos alheios, sendo que jamais essas mesmas pessoas poderiam manejar o mandado de segurança coletivo no abono de uma postulação que lhes seja própria, ou em prol de um direito cuja titularidade lhes pertença.

Por fim, distingue-se o mandado de segurança individual em relação ao de feição coletiva, pela **espécie de tutela** a que cada um se presta. Ao passo que naquele se busca a proteção individual e singela de um direito líquido e certo subjetivo (cuja existência seja aferível com suporte no deslinde de uma relação meramente de direito), neste, ainda que se possa perseguir a salvaguarda de um direito individual, esta sucede sob um prisma social e genérico, que se funda na idéia de solidariedade e que se traduz na preponderância desta sobre a dimensão meramente singela do indivíduo..

3 LEGITIMAÇÃO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Como dito, o *writ of mandamus* coletivo, sob o aspecto da legitimidade para o seu exercício, se subscreve, fundamentalmente, a uma relação jurídica de substituição processual entre os verdadeiros titulares do Direito e as pessoas e entidades elencadas nas duas alíneas do inciso LXX, da Carta da República.

A redação matriz, na opinião majoritária, esgrime uma enumeração taxativa, sendo que, por esse entendimento, somente as representações a que se reporta o mesmo diploma detêm legitimação para fazer uso do instrumento. Para fins de reiteração, são elas: a) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e b) as organizações sindicais, entidades de classes, ou associações, e em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No que diz respeito à natureza jurídica dessa legitimação, muito embora a questão esteja longe de ser pacífica, a doutrina, em sua maioria, parece abraçar o posicionamento de que o mandado de segurança coletivo consubstancia uma relação

jurídica de substituição processual (legitimidade extraordinária) de maneira que as entidades legitimadas ao seu exercício o fazem especificamente em nome próprio, mas em defesa de direitos e interesses alheios.¹⁰

3.1 Legitimação Dos Partidos Políticos

Questão objeto de grande magnetismo se refere exatamente à temática de que ora se cuida, já que o dispositivo constitucional de regência se limita a definir a legitimidade das agremiações partidárias para esse fim, não estabelecendo qualquer restrição expressa a esse respeito.⁹

É de esclarecer, a propósito, que, ao incluir os partidos políticos no elenco do art. 5º, LXX da Carta Magna, o constituinte originário, ao que tudo indica, quis, não apenas sobrelevar a importância dessas entidades para o efetivo exercício da cidadania, como também expor à consagração os princípios da soberania popular, da democracia partidária representativa e do pluralismo político, valores, aliás, vastamente prestigiados no ambiente da jurisdição constitucional objetiva¹¹.

9 Além de extraordinária, a doutrina entende que a legitimação para o mandado de segurança é também exclusiva (porque somente os legitimados extraordinários poderão impetrá-lo – sendo que se os titulares do direito material quiserem fazê-lo, o poderão, mas não sob o formato de um mandado de segurança coletivo, e sim individual); autônoma (porque os legitimados extraordinários não dependem de autorização dos titulares do direito material subjacente para impetrar o mandado de segurança coletivo); e disjuntiva (porque cada legitimado poderá impetrar a segurança independentemente do assentimento dos demais). Nesse sentido, ver: MILLER, 2001-2002, p. 411-421.

10 Cristiano Simão Miller (2001-2002), muito embora ressaltando sua opinião no sentido de que a legitimidade dos partidos, sindicatos, associações e entidades de classe para a impetração do mandado de segurança coletivo é do tipo extraordinária, identifica outras três correntes na doutrina direcionadas à explicação do tema: a primeira delas, defendida por Ada Pellegrini Grinover e Sérgio Ferraz entende que a legitimação processual das entidades autorizadas à impetração do mandado de segurança é ordinária; já a segunda, esgrimida por Nelson Nery Junior e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, defende a posição de que o art. 5º, inciso LXX, cuida, na verdade, de uma legitimação autônoma para a condução do processo. Nesse caso, as agremiações impetrantes ostentariam uma legitimidade sui generis, sem nenhum vínculo ou relação com o direito material subjacente; por último, destaca o articulista a terceira opinião, representada pela cátedra de Rodolfo Camargo Licurgo, para quem a legitimação para impetração do mandado de segurança coletivo se afigura é do tipo anômala mista.

11 Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, por força do art. 103, VIII, da Constituição Federal de 1988, detêm legitimidade ativa ampla para intentar ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade com vistas à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos (Art. 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade [...] VIII. Partido Político com representação no Congresso Nacional) (BRASIL, Constituição da República Federativa do. 1988)

Sob o prisma da legitimidade dos partidos políticos para a impetração do *mandamus*, doutrina e jurisprudência se dividem em duas correntes: a primeira, mais clássica e restritiva, entende que tais agremiações só podem ajuizar a ação de mandado de segurança coletiva, desde que especificamente autorizadas por lei ou pelo estatuto, em face de questões essencialmente políticas e em nome dos interesses de seus próprios correligionários.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles aponta que “o partido político só pode impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de seus próprios filiados, em questões políticas, quando autorizado pela lei e pelo estatuto”. (MEIRELLES, 1997, p. 27)

Seguindo a mesma linha, José Afonso da Silva (2001, p. 462-463) e J.J. Calmon de Passos (1989, p. 21), que, por sua vez, adotam concepção ainda mais conservadora e marcadamente peculiar, sustentado que, legitimidade dos partidos políticos é supletiva; ou seja, as agremiações partidárias somente estariam habilitadas para impetrar o mandado de segurança coletivo quando não existisse, para esse fim, entidade representativa dos interesses a defender.

Já os signatários da corrente ampliativa sustentam que a impetração do mandado de segurança coletivo pelas entidades partidárias não se subordina a objeções de qualquer natureza, já que o Texto Constitucional não as impõe, como faz em relação aos sindicatos, associações e entidades de classe. Entre eles, Francisco Antônio de Oliveira (2001, p. 259), para quem o interesse do partido político, embora aparentemente possa estar fulcrado no âmbito partidário, não se sujeita à limitação temática de qualquer espécie, sendo que, havendo interesse violado ligado à coletividade, tais agremiações terão legitimidade para o *writ*.

Idêntica é a opinião de Lucia do Valle Figueiredo (1989, p. 22), que, aludindo o art. 2º da lei 5.682/71¹² (com as modificações

12 Art. 2º (lei 5.682/71) - Os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito público interno, destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos humanos fundamentais definidos na Constituição.

introduzidas pela lei 6767/79), esclarece que dois devem ser os vetores a nortear a atuação dos partidos políticos: promover a autenticidade do sistema representativo e assegurar a tutela dos direitos fundamentais definidos na Constituição.

Em outra ocasião, a mesma Lúcia Figueiredo sustentou, ainda a respeito da legitimidade das agremiações partidárias para o manejo da ação especial em comento, que, na condição de garantes da cidadania, da separação dos poderes, e dos direitos fundamentais, os partidos políticos têm legitimidade para provocar a atuação do Judiciário mediante o mandado de segurança coletivo, sempre que a violação a direito se apresente com caráter de liquidez e certeza, e transcenda à esfera individual, projetando reflexos para a coletividade.

Comungando do mesmo entendimento, Ada Pellegrini Grinover expressa que à norma de regência, especialmente por sua vocação garantista, se deve empregar uma interpretação ampla, de que se possa extrair a máxima carga de efetividade possível, de maneira que a segurança pode alcançar direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, tenham eles ou não envergadura eleitoral. Segundo a autora,

[...] o partido político está legitimado a agir para a defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral, ou não. No primeiro caso, o partido estará defendendo seus próprios interesses institucionais para os quais se constituiu. No segundo caso – quando atuar para a defesa do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, será substituto processual, defendendo em nome próprio interesses alheios. Mas nenhuma outra restrição deve sofrer quanto aos interesses e direitos: além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido, pode o Partido buscar, pela via da segurança coletiva, aquela inerente a direitos difusos que transcendam a seus afiliados. (1990, p. 78)

Filiando-se à corrente, Cristiano Simão Miller, após prodigioso exame do repertório doutrinário específico, concluiu que aos

partidos políticos, como defensores da sociedade, e alicerces de sustentação do Estado Democrático de Direito, não se poderia negar legitimidade ampla para a impetração de mandado de segurança coletivo, inclusive em defesa de interesses exorbitantes à esfera de seus membros e correligionários¹³.

Por fim, à semelhança dos doutos referenciados, Lázaro Guimarães (1992, p. 73-75), esgrime peculiar orientação, defendendo, sim, a possibilidade de exercício da ação mandamental coletiva pelos partidos políticos, inclusive em prol da defesa de direitos individuais homogêneos, mas desde que a matéria posta em apreciação esteja prevista no programa partidário, ainda que de forma genérica.

Já no ambiente jurisprudencial, a questão chegou com destaque ao Superior Tribunal de Justiça por intermédio do Mandado de Segurança Coletivo nº 197/DF, impetrado pelo Partido dos Trabalhadores contra ato omissivo do titular do Ministério da Previdência e Assistência Social em defesa dos interesses de alguns beneficiários do INSS que não tiveram seus benefícios reajustados com base na variação do salário mínimo, nos termos do art. 201, § 5º, da Constituição, e do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

In casu prevaleceu a opinião divergente, de lavra do ministro Garcia Vieira que, contrariando o relator originário ministro José Jesus¹⁴, não conheceu da ação mandamental por entender que a legitimação das agremiações partidárias para o mandado de segurança especial, se restringia à tutela de direitos políticos subjacentes aos interesses de seus correligionários.

¹³ Nesse sentido, Cristiano Simão Miller (2001-2002, p. 411-421).

¹⁴ Ressaltou o eminente Ministro na seguinte passagem de seu voto: "O legislador Constituinte, ao assegurar aos Partidos Políticos o direito de impetrar mandado de segurança coletivo, desde que tenha representação no Congresso Nacional, está dando cumprimento à sua destinação e outorgando-lhes o instrumento legal para o exercício de uma de suas finalidades. De outra parte, não se pode esquecer que o texto de nossa atual Constituição é marcadamente parlamentarista, cujo regime, para sobreviver, exige a presença de partidos políticos fortes e uma das formas de fortalecê-los, é outorgando-lhes o direito de impetrar mandado de segurança coletivo em favor de determinado segmento social sem representatividade ativa[...]". Na espécie, o Partido dos Trabalhadores ingressou em juízo na defesa dos direitos sociais humanos, fundamentalmente inscritos na Constituição (art. 6º - previdência social) e direito à aposentadoria (art. 7º XXIV)" (FONTE: <www.stj.gov.br>. Acesso em 09 fev. 2009)

Em outras três oportunidades¹⁵, a Corte Superior deparou-se com a questão, mas novamente optando por pronunciar a ilegitimidade dos partidos políticos quando em atuação extravagante às matérias de base eleitoral, ou que se subscrevessem a interesses políticos de seus membros. Bem assim, negou seguimento ao RMS 1348-0, impetrado por várias agremiações partidárias, sob a fundamentação de que os partidos políticos não poderiam impetrar mandado de segurança coletiva que tivesse por objeto a defesa de direitos individuais homogêneos.

Enfrentando o tema por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 196184/AM¹⁶, o Supremo Tribunal Federal adotou posição mais abrangente, consubstanciando o entendimento de que, se a previsão normativa do art. 5º, LXX, a, objetiva ampliar os mecanismos de atuação dos partidos políticos como instrumentos de ação democrática encarregados da salvaguarda do próprio sistema representativo, a hermenêutica não lhes poderia reduzir, em sede de controle jurídico subjetivo, à condição de meros veículos de defesa dos interesses de seus correligionários.

Em seu voto, a Ministra Relatora, referenciando precedente da mesma corte¹⁷, ressaltou que a legitimidade dos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo há de ser envolvida pelos mesmos critérios que franqueiam a essas agremiações o exercício do controle genérico de constitucionalidade de leis e atos normativos; sendo que, se tais entidades podem fazer uso universal das chamadas ações constitucionais objetivas, não seria razoável lhes restringir, no que diz respeito à sua legitimação consagrada no art. 5º, LXX, a, da Carta Magna, à qualidade de meros intermediários de tutela dos direitos políticos.

Assim, com base nesse entendimento, os partidos políticos estariam aptos a atuar, pelo do manejo da ação mandamental coletiva, na defesa de quaisquer interesses coletivos ou difusos de existência líquida e certa, surrupiados, ou na iminência de o ser, por

15 MS 256/DF, MS 1235/DF e MS 1252/DF

16 RE 196184/AM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE DJ: 27/10/2004

17 ADIMC 1.096. Rel. Ministro Celso de Melo. DJ: 07/04/2001.

ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no uso de atribuições do Poder Público.

Malgrado consagrando a legitimação partidária ampla e dispensando os partidos políticos da observância da chamada *pertinência temática*¹⁸, O Supremo, na situação em comento, objetou a atuação de tais entidades em favor da defesa de direitos divisíveis e subjetivamente apropriáveis – tais como os que decorrentes, e.g., de uma exigência tributária indevida, como era o caso – uma vez que passíveis de reivindicação individual ou coletiva por parte de seus próprios eventuais titulares ou de alguma agremiação social que os representasse.

Sob esse enfoque, apesar de ser inegável a contribuição do Pretório Excelso para a evolução do debate – vencida a opinião dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes¹⁹ e Cezar Peluzo, ambos reforçando as fileiras da escala conservadora – o entendimento que mais se compadece à intelecção do dispositivo em ribalta e que melhor se afeiçoa à missão institucional dos partidos políticos, é o que consagra a legitimação ampla e irrestrita dessas entidades para agir em prol dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, mediante o instrumento jurídico que lhes disponibiliza o art. 5º, LXX, a, da Carta Republicana, com a única restrição de as mesmas se acharem representadas por pelo menos um parlamentar em quaisquer das casas legislativas do Congresso Nacional.

No abono dessa premissa, dois argumentos parecem insuperáveis; o primeiro resultante de uma exegese comparativa entre as duas alíneas do dispositivo constitucional em análise. Ora, se a Carta Republicana disciplinou em compartimentos regenciais diversos a legitimação mandamental dos partidos políticos e dos

18 *Pertinência temática* traduz uma expressão coloquial que, em matéria de legitimação extraordinária, serve para designar a vinculação específica entre o objeto da ação e os interesses diretos dos substituídos processuais.

19 “Tenho a impressão de que a dogmática que assentamos em relação ao mandado de segurança e à estrita observância do direito líquido e certo, também se impõe, aqui, é claro, e com as adaptações de estilo. Tenho até a impressão de que tem sido este, pelo menos, o entendimento básico até aqui sinalizado. Não imagino que o partido político possa fazer a defesa de interesse outro que não os de seus eventuais filiados” (voto vencido proferido a termo pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes por ocasião do julgamento do RE 196184/AM – disponível em www.stf.jus.br acesso em 09 fev. 2009)

sindicatos, entidades de classe e associações, estabelecendo somente em relação a estas o requisito de se limitarem à defesa dos interesses de seus membros e afiliados, é porque não quis restringir àqueles à observância de igual pressuposto.

E o segundo decorrente da asserção de que as entidades partidárias desempenham função atuante no exercício da participação democrática e na veiculação da representatividade política; sendo que tal vocação não se limita singelamente à interlocução eleitoral, nem se acha cingida à fiscalização objetiva de constitucionalidade, mas alcança o controle jurídico da Administração Pública e se estende à defesa e à proteção dos direitos e garantias fundamentais²⁰.

Deveras, por intermédio do mandado de segurança coletivo, os partidos políticos tanto instruem a defesa da ordem coletiva, quanto velam pela guarda coletiva dos direitos individuais. Neste último caso, sua atuação se legitima de uma interpretação efetiva do próprio dispositivo constitucional de regência, eis que resulta da síntese entre sua vocação representativa e seu atributo de garantidor da democracia e da tutela dos direitos e garantias fundamentais expressos e implícitos na Carta Republicana.

Sob tal amparo, subtrair dos partidos políticos o mister de pleitear e de promover a imposição genérica de respeito à ordem jurídica é ser indiferente à sua missão concretizadora do projeto democrático. É, mais ainda, subjugar essas instituições a uma realidade pejorativa, reduzindo-as à qualidade de simples 'marionetes' do 'jogo político', a serviço dos interesses individuais e

²⁰ Vale a pena, nesse sentido, referenciar a lição de Edmilson Pereira Nobre Junior (2006, p. 57) "Noutro passo, não se pode desconhecer que o perfil acrescentado ao Mandado de Segurança não poderá ser visto de forma dissociada do sistema introduzido pelo Constituinte de 1988. Este, como se vê desde de seu preâmbulo, propendeu à Consolidação de um estado democrático. Os contornos do arquétipo escolhido se afastaram da forma pura da democracia indireta, exercida unicamente através dos representantes escolhidos pelo povo, aproximando-se cada vez mais de fórmula que pode ser denominada como participativa, mediante a qual os indivíduos devem intervir na gestão e no controle da vida administrativa. O Mandado de Segurança Coletivo é parte instrumental que se inclina a possibilitar a consecução desse objetivo. Prova disso está, entre outros, na inclusão de mecanismos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular, bem como na ampliação dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade".

circunstanciais de suas lideranças²¹.

Nesse diapasão, se o mandado de segurança coletivo traduz uma garantia fundamental a que os partidos políticos se acham habilitados sem o embaraço de qualquer objeção temática, parece que a utilização do instrumento por parte dessas mesmas entidades, não conhece limites – salvo os que a própria Constituição expressamente instituiu –, e transcende à inclinação de proteger os interesses singelos de seus membros e correligionários, para açambarcar a defesa coletiva da ordem jurídica em todas as suas expressões e dimensões: seja no sentido de promover a tutela de direitos coletivos e difusos, seja para, de forma igualmente coletiva, acastelar pretensões individuais homogêneas ligadas entre si por uma circunstância fática comum.

3.2 Legitimação dos Sindicatos, Associações e Entidades de Classe

Em relação a essas pessoas, o constituinte estabeleceu fundamentalmente duas restrições expressas ao exercício da ação mandamental coletiva, cuja identificação se projeta sob a forma de condições específicas de procedibilidade. Com efeito, as entidades sobreditas só podem fazer uso da garantia em berlinda se, e somente se: a) atuarem em defesa dos interesses de seus afiliados (pertinência temática); e b) estiverem legalmente constituídas e em pleno funcionamento há mais de um ano.

A vinculação objetiva – que se convencionou chamar de pertinência temática –, se presta não apenas a coibir a banalização do instrumento, como também a evitar que sindicatos, entidades e associações se apropriem da condição de verdadeiros porta-vozes da sociedade de forma genérica, como o são o Ministério Público e as próprias agremiações partidárias numa dimensão inferior.

²¹ Oportuna, a esse respeito, a lição de Canotilho, discorrendo sobre o princípio da máxima efetividade: "Este princípio, também designado por princípio da eficiência, ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê [...] é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais." (CANOTILHO, 1993, p. 227)

Os objetivos que informam o mandado de segurança coletivo em situações que tais são precipuamente os mesmos que justificam e estimulam os indivíduos a se reunir em grupos e a se aglutinar em torno dessas entidades de representação social: compactuar experiências, buscar instâncias intermediárias de reivindicação e ampliar o potencial de concretização e efetivação de seus direitos e prerrogativas; sendo que todas essas circunstâncias traduzem a própria realidade existencial dessas agremiações, de modo que não seria coerente, sob o prisma dogmático, que elas pudessem atuar em juízo num compartimento diverso do que subjacente aos interesses de seus associados.

Já no que concerne à segunda restrição – de que as entidades sindicais e associativas precisam estar em funcionamento há pelo menos um ano – Francisco Antônio de Oliveira (2001, p. 259) esclarece sua *ratio essendi*:

Procurou o legislador precaver-se contra sindicalistas de plantão e exigiu que a organização sindical esteja em funcionamento a pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. A ausência desse requisito deságua na ilegitimidade e terá por consequência o indeferimento da petição inicial.

A despeito, porém, da concepção genérica acima ventilada, o entendimento jurisprudencial parece haver se consolidado no sentido de que tal premissa só se impõe às associações legalmente constituídas, não se estendendo às demais entidades legitimadas. Trata-se de uma inferência gramatical, uma vez que, se o constituinte quisesse, de fato, também vincular os sindicatos e as entidades de classe ao requisito temporal em comento, em vez da expressão *legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, empregaria, decerto, legalmente constituídos e em funcionamento há pelo menos um ano*. Aí sim, alcançaria todas as pessoas contempladas e as sujeitaria, sem exceção, à inexorável observância da prescrição formal de que ora se cuida.

3.2.1 Da necessidade (ou não) de autorização expressa dos afiliados para a impetração do mandado de segurança coletivo

Outro ponto, a merecer destaque no estudo da legitimidade anômala dos sindicatos, associações e entidades de classe para a impetração do mandado de segurança coletivo, está em se saber se a legitimidade processual das associações, sindicatos e entidades de classe para a impetração de mandado de segurança, condiciona-se à autorização expressa e específica de seus membros e correligionários.

O comando de regência (art. 5º, LXX, b), ao disciplinar a matéria, não estabelece nenhuma objeção dessa natureza no que diz respeito à aptidão formal dessas entidades para o mandado de segurança coletivo.

No entanto, a dúvida surge razão do cotejamento desse dispositivo referenciado, com o que se hospeda no inciso XXI, do mesmo art. 5º da Constituição Federal²², que confere às entidades associativas – incluindo associações, federações, confederações, sindicatos e entidades de classe – legitimidade para representar judicial ou extrajudicialmente seus afiliados, desde que autorizadas por estes, em defesa de seus interesses.

Sob a influência dessa aparente dicotomia, parte da doutrina orienta-se no sentido de que a exigência de autorização contemplada no inciso XXI também se aplica às agremiações sociais para fins de impetração do mandado de segurança coletivo.

Em defesa desse entendimento, posicionam-se, entre outros, Ives Gandra Martins (1989, p. 353) e Carlos Mário Velloso (apud MILLER, 2001-2002, p. 423). No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo (1989) defende o argumento de que, se nos atos constitutivos da entidade não estiver prevista genérica de autorização automática para o ajuizamento do *mandamus* especial,

²² Art. 5º, XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

esta haverá de ser especificamente obtida, sob pena de a postulação restar frustrada à míngua de legitimação para agir.

Manifestando opinião diversa, após fazer laborioso levantamento doutrinário acerca do tema, Cristiano Simão Miller (2001-2002, p. 426) acentua ser desnecessária a autorização de quem quer que seja para que as associações, sindicatos e entidades de classe possam fazer uso da faculdade que lhes confere a alínea b, do inciso LXX, do art. 5º, da Constituição de 1988.

Segundo o mesmo articulista, é de se esclarecer que, quando tais agremiações impetram o mandado de segurança coletivo, o fazem ao amparo de uma legitimação extraordinária, que se lastreia no próprio texto do dispositivo de regência. Às suas impressões, essas entidades, na hipótese da impetração especial de que ora se cuida, estarão em juízo sempre em nome próprio defendendo os interesses de seus afiliados.

No ponto de vista que se espousa aqui, se o constituinte tratou dessas duas questões em compartimentos diversos é porque quis emprestar a cada uma delas uma vocação e um significado jurídico próprio.

As entidades associativas podem – e devem – representar qualquer interesse judicial ou extrajudicial de seus membros, desde que autorizadas por estes. Noutras palavras, as agremiações sociais abrangidas pela concepção em destaque, quando servidas dessa chancela, estão habilitadas ao exercício de qualquer postulação, agindo em nome próprio em prol da defesa de seus correligionários (o que também implica substituição processual).

Ocorre que a principal diferença entre a legitimidade extraordinária do inciso XXI e a legitimação de mesma índole prevista no inciso LXX, b, é que esta, ao contrário daquela, se vocaciona à tutela de interesses coletivos e de direitos individuais de projeção coletiva.

Por sinal, esse é o entendimento da Suprema Corte acerca

da matéria, ilustrado na inteligência da súmula nº 629²³, de tal ordem que, a autorização de seus membros só se traduz numa condição de procedibilidade, quando a postulação judicial das entidades associativas se lastreia no inciso XXI, do art. 5º da Carta Republicana. Do contrário, se sua propositura cingir-se à via do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), sua legitimação ad causam não estará restrita à observância de igual pressuposto.

No horizonte desses esclarecimentos, forçoso é observar que as associações, sindicatos e entidades de classe podem impetrar mandado de segurança: (i) individual – quando em defesa dos seus próprios interesses; (ii) individual – sob o arrimo legitimatório do art. 5º, XXI, para, em nome de certos filiados seus e mediante autorização destes, pleitear interesses subjacentes à sua esfera jurídica; e (iii) coletivo – para reivindicar coletivamente interesses de seus membros e afiliados que tenham sido – ou estejam na iminência de o ser –, surrupiados por ato de autoridade pública, ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no uso de atribuições do Poder Público.

No último caso, aliás, o direito líquido e certo, cujo vilipêndio traduz verdadeiro pressuposto de exercício da ação mandamental (MACHADO, 2009) por parte das entidades sobreditas, *desdobra-se em três categorias de interesses* (GRINOVER *apud* PACHECO, 2002, p. 262, ref. 15): os coletivos *stricto sensu*, os difusos e os individuais homogêneos, ou individuais de projeção coletiva²⁴. De toda sorte, embora a exposição vertente não se proponha ao estudo do mandado de segurança coletivo sob a perspectiva da extensão de seu objeto, tal esclarecimento nos parece oportuno nesta sede, não apenas em virtude de sua importância para fins de compreensão do tema em ribalta, mas, fundamentalmente, por força da umbilical e indissociável relação que, de hábito, existe entre o interesse para agir e a legitimidade processual adstrita a uma vinculação temática.

23 Súmula 629: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor de seus associados independe de autorização destes.

24 Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior (2007, p. 79, ref. 5) aludem a uma corrente minoritária que defende a posição segundo a qual os direitos individuais homogêneos não constituem direitos coletivos, mas direitos individuais coletivamente tratados; no entanto, discordando da mesma orientação, destacam que esta, além de excessivamente restritiva, afastaria essa categoria de direitos dos princípios gerais da tutela coletiva aplicável ao elenco criado pelo Código de Defesa do Consumidor e prestigiado por todas as propostas de Código de Processo Coletivo.

3.3 Da Legitimação do Ministério Público

Questão relevante no estudo da legitimidade para o exercício da ação mandamental coletiva diz respeito à compatibilidade de seus ditames com as atribuições institucionais do Ministério Público, em especial, com a missão a que se reporta o art. 129, III da Carta Republicana²⁵.

Sobre o assunto, que é também alvo de intensa preocupação por parte da comunidade científica, a doutrina se divide em dois entendimentos.

Sustentando o aspecto *numerus clausus* do dispositivo de regência, e argumentando que o Ministério Público já tem à sua senhoria instrumentos eficazes de controle da ordem e da legalidade, Maurício Jorge Mota (*apud* MILLER, p. 443), defende o argumento de que a legitimação a que se reporta o inciso LXX do art. 5º, não se estende nem se permite ao ente ministerial em nenhuma de suas projeções. Às suas instâncias, se o constituinte quisesse facultar ao Ministério Público a possibilidade de impetrar o mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses cuja guarda lhe é institucionalmente atribuída, o teria feito de forma direta, como procedeu em relação aos partidos políticos, aos sindicatos, às entidades de classe e às associações constituídas há mais de um ano.

No mesmo sentido, a maioria da doutrina também defende o caráter restritivo da enumeração constitucional em apreço, sendo que, na situação específica do Ministério Público, a utilização de tal mecanismo de controle seria desnecessária, uma vez que a própria Constituição Federal já municiou a instituição com a legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública, esta essencialmente vocacionada à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

25 Art. 129. São Funções essenciais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Na direção contrária, são os entendimentos de Eurico Ferraresi (2009, p. 245-247) e Cristiano Simão Miller (2001-2002, p. 444-449). Este, reforçando a orientação esgrimida por Sérgio Ferraz, Lúcia do Valle Figueiredo e Nelson Nery Junior, sustenta que o inciso LXX do art. 5º da *Lex Fundamentalis* veicula uma listagem legitimatória apenas exemplificativa e não excludente.

Às suas impressões, se o Ministério Público é o guardião essencial dos interesses coletivos e difusos da sociedade, nada – nem mesmo a opinião da maioria conservadora – poderia lhe objetar a execução desse mister e a efetivação de tal atributo pelas vias do mandado de segurança coletivo.

Ressalta o mesmo autor que a regra contida no art. 5º, LXX da Constituição se associa a uma natureza meramente processual e exemplificativa, de maneira que seus ditames definem apenas algumas pessoas – e não todas – que detêm legitimação para o exercício da garantia a que o mesmo dispositivo se reporta.

Provas disso, segundo o articulista, são as várias alusões constantes de normas infraconstitucionais no sentido de franquear ao Ministério Público a titularidade de ações cíveis que se prestem à defesa de interesses sociais específicos²⁶, afetos, por exemplo, aos consumidores e aos indivíduos referenciados no programa jurídico da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Por fim, citando José Antônio Remédio, arremata, defendendo a idéia de que seria um *contra sensu* não permitir legitimação ativa ao Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo, já que em certas ocasiões – fundamentalmente por ostentar

26 Art. 201 (lei 8.069/90). Compete ao Ministério Público: [...] IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e habeas corpus, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;; Art. 212 (lei 8.069/90). Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil. § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesionem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança. (BRASIL, 1990); Art. 21 (lei 7.347/85) Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990). Art. 83 (lei 8.078/90). Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

prioridade de julgamento – este poderia oferecer maior efetividade do que a própria ação civil pública no abono da concretização dos interesses coletivos e difusos, cuja proteção foi recomendada à entidade ministerial pelo próprio legislador constituinte.

Feitas essas considerações - e considerando que o mandado de segurança individual ou coletivo se traduz, talvez, como o mais sumário e instrumental de todos os procedimentos cíveis disponíveis no ordenamento pátrio – tem-se que a diretriz ampliativa se mostra mais convincente, porquanto, parece sintetizar uma interpretação ao mesmo tempo garantista e compatível com as peculiaridades e vicissitudes do instituto em análise.

Não se pode, todavia, deixar de reconhecer a necessidade de um maior amadurecimento dessa discussão, apesar de se reafirmar a influência liberal que serviu de paradigma e que acompanhou toda a elaboração do presente ensaio.

5 CONCLUSÃO

O mandado de segurança coletivo, como inovação da Carta Política Republicana de 1988, consubstancia relevante aspecto do advento do Constitucionalismo social, e se traduz como instrumento de vocação essencialmente solidária, no sentido de oferecer aos agrupamentos humanos, por intermédio de suas entidades representativas, instrumentos idôneos efetivos aptos a promover a tutela dos direitos fundamentais, e a restaurar a ordem jurídica violada, ou na iminência de o ser, por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública, ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no uso de atribuições do Poder Público.

Ao longo deste estudo, procurou-se traçar um perfil da legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo, esclarecendo, à luz de impressões pessoais, alguns aspectos controvertidos associados ao tema, sempre com a preocupação de apresentar as várias correntes e opiniões, bem como de exprimir um ponto de vista a respeito de cada assunto.

Sustentou-se, aqui, o pensamento de que o instituto de que se cuida encerra, em todas as suas dimensões e vertentes, uma manifestação jurídica de legitimação processual extraordinária. Em seguida, enfrentou-se a situação dos partidos políticos, defendendo a amplitude e a irrestrição de sua legitimidade para a impetração do *mandamus* especial.

Mais à frente, já com, remissão aos sindicatos, entidades de classe e associações, abordou-se suas particularidades legitimatórias, tecendo comentários acerca das restrições que lhes são particularmente impostas sob o enfoque das orientações doutrinárias e na perspectiva da jurisprudência.

Finalmente, examinou-se a controvertida legitimação do Ministério Público para o exercício da garantia em testilha, concluindo que o mesmo pode se valer da ação mandamental coletiva como instrumento de proteção de interesses sociais coletivos e difusos, sempre que sua utilização se revelar mais útil e eficiente do que o manejo da ação civil pública.

No horizonte de todos esses arrazoados, espera-se ter contribuído, de algum modo, para o deslinde dos questionamentos abordados, sempre com o compromisso de colaborar e estimular a evolução e o amadurecimento dos debates a esse respeito.

6 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPELA, Fábio Bergamim. **Mandado de Segurança Coletivo**. Disponível em: www.jus2.uol.br. Acesso em 09 fev. 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança Coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. Salvador: Podivm, 2007, Vol. 4.

FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. **Instrumentos Processuais Coletivos**. São Paulo: Forense, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. **Perfil do Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. **Revista de Processo**. São Paulo. n° 58, ano 15, abril-junho/1990

GUIMARÃES, José Alfredo Lázaro. **As Ações Coletivas e as Liminares Contra Atos do Poder Público**. Salvador: Panorama, 1992.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária**. Disponível em: www.neofito.com.br/artigos. Acesso em 10 fev.2009

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol. 02.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILLER, Cristiano Simão. A legitimação ativa no mandado de segurança coletivo. **Revista de Direito da Faculdade de Campos**. Ano II, n° 2 e ano III e n° 3 – 2001-2002

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico. 2000.

NOBRE JUNIOR, Edmilson Pereira. Mandado de Segurança

Coletivo e Sua Impetração Por Partido Político. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, ano 95, volume 847. maio de 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data"**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ROSA JUNIOR, Fernando. Mandado de Segurança Coletivo. **Revista do Curso de Mestrado em Direito**. v. 3, n° 1, Jul. 2002

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZAWASCKI, Teori Albino. **Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br> Acesso em 09 fev. 2009.

A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO

THE IMPORTANCE OF THE ETHICS IN LEGAL EDUCATION

Andrine Oliveira Nunes

Aluna do mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito –
Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade
de Fortaleza - UNIFOR

Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR
e em Direito e Processo Tributários pela UNIFOR

Autora de diversos artigos

Pesquisadora Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao
Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP

Integrante de projetos financiados por instituições públicas
brasileiras como CNPq e FUNCAP

Advogada

E-mail: andrinenunes@hotmail.com

“[...] Há duas espécies de virtudes, a intelectual e a moral. A primeira deve, em grande parte, sua geração e crescimento ao ensino, e por isso requer experiência e tempo; ao passo que a virtude moral é adquirida em resultado do hábito, de onde o seu nome se derivou, por uma pequena modificação dessa palavra (do grego: *ethos*, e sua derivação *ethiké*).” (ARISTÓTELES, 2005, p. 40).

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONCEITO DE ÉTICA; 3 ÉTICA X MORAL; 4 OBJETO DA ÉTICA; 5 CAMPO DA ÉTICA; 6 ÉTICA COMO SISTEMA FILOSÓFICO; 7 O VALOR OBJETIVO DA MORAL-ÉTICA; 8 A ÉTICA CIENTÍFICA; 9 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO; 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 11 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CONCEPT OF ETHICS; 3 ETHICS X MORAL; 4 OBJECT OF THE ETHICS; 5 FIELD OF THE ETHICS; 6 ETHICS AS

PHILOSOPHICAL SYSTEM; 7 THE OBJECTIVE VALUE OF MORAL-ETHICS; 8 SCIENTIFIC ETHICS; 9 THE IMPORTANCE OF THE ETHICS IN LEGAL EDUCATION; 10 CONCLUSION; 11 REFERENCES.

Resumo: Ao investigar o comportamento moral dos homens, seja consigo mesmo ou com os demais, a ética tem por objeto o dever-ser da conduta. Verifica-se, por hora, uma insensibilidade à postura ética chegando, em alguns casos, ao total descaso com a temática e sua prática. Mecanismo essencial para o comportamento legítimo, a ética se faz primordial no ensino jurídico, tanto pela formação do profissional do direito como pela própria natureza e finalidade do ensino, qual seja, a efetivação dos valores éticos-morais.

Palavras-chave: Ética. Moral. Ensino jurídico.

Abstract: When investigating the moral behavior of the men, either I obtain exactly or with excessively, the ethics have for object must to be of the behavior. It is verified, for the moment, a insensitivity lack to the ethical position arriving, in some cases, to the total indifference with thematic and practical its. Essential mechanism for the legitimate behavior, the ethics if makes primordial in legal education, as much for the formation of the professional of the right as for the proper nature and purpose of education, which is, the concretion of the ethical-moral values.

Keywords: Ethics. Moral. Legal education.

Keywords: Ethics. Moral. Legal education.

1 INTRODUÇÃO

O uso excessivo, a invocação exagerada, a possibilidade de situar-se em qualquer discurso, acabaram por trivializar conteúdos de expressão como a ética. A maioria apregoa e entende que seu conteúdo já foi assimilado, portanto, quando de seu pronunciamento percebe-se uma insensibilidade e, até hostilidade dos ouvintes. No entanto, se faz necessária a abordagem sobre a ética, tema diretamente relacionado com a carga emocional e com os sentimentos humanos, visto que a crise vivida pela humanidade é de cunho moral. Da mesma forma, o ensino jurídico, que também se encontra em crise, necessita de melhorias, principalmente, no campo da eticidade. Assim, o presente trabalho tem a teleologia de, por meio do conteúdo significativo da ética, elucidar a importância da sua inserção no ensino jurídico, pautando a conduta do corpo

docente e discente.

2 CONCEITO DE ÉTICA

De natureza milenar, desde os escritos de Pitágoras – século VI a.C.¹; tida como ciência, por possuir princípios, método e objeto próprios; derivada do grego *ethos*, que significa modo de ser, costumes, virtude, qualidade²; considerada como a teoria da conduta humana em relação a si e aos demais seres; a ética investiga o comportamento moral dos homens em sociedade, “aprimora e desenvolve seu sentido moral e influencia a conduta.” (HARTMANN, 1935, p. 34).

Envolve, pois, os estudos de aprovação ou desaprovação da ação dos homens e a consideração de valor como equivalente de uma medição do que é real e voluntário no campo das ações virtuosas.

Encara a virtude como prática do bem e esta como a promotora da felicidade dos seres, quer individualmente, quer coletivamente, mas também relação às normas comportamentais pertinentes.

Analisa a vontade e o desempenho virtuoso do ser em face de suas intenções e atuações, quer relativos à própria pessoa, quer em face da comunidade em que se insere. (SÁ, 2001, p. 15).

A ética depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, suas condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais. (VÁZQUEZ, 2000, p. 22).

¹Para maiores informações e aprofundamento na matéria averiguar as obras: Aristóteles. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martins Claret, 2005; COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Tradução de João Del'Anna. *Ética*. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

²A história da ética, seus fundamentos e posicionamentos estão descritos na obra: MORA, José Ferrater. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Na terminologia da técnica profissional, a ética é o vocábulo usado sob a expressão de ética profissional, para indicar a soma de deveres, que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com os clientes e todas as demais pessoas com quem possa ter trato. Em regra, a ética profissional é fundada no complexo de normas, estabelecidas pelos usos e costumes, é o dever ser jurídico. Assim, "a ética é uma disciplina normativa, não por criar normas, mas por descobri-las e elucidá-las. Mostrando às pessoas os valores e os princípios que devem nortear sua experiência." (HARTMANN, 1935, p. 34).

3 ÉTICA X MORAL

Derivada do grego "*ethos*", que significa costumes, a ética pode ser definida como a ciência do *ethos*, a teoria dos costumes. É um dos mecanismos de regulação das relações sociais do homem que visa garantir a coesão social e harmonizar interesses individuais e coletivos.

Derivada do latim "*mos*", que significa hábitos, a moral é um conjunto de regras próprias de uma cultura, isto é, é um conjunto de princípios, valores e normas que regulam a conduta humana em suas relações sociais, existentes em determinado momento histórico.

Etimologicamente ética e moral detém o mesmo significado. No entanto, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis, o que corrobora para que a ética seja mais teórica que a moral, ou seja, mais direcionada a uma reflexão sobre os fundamentos do que a moral, que é o próprio objeto da ética.

Assim, a ética não cria a moral, não estabelece seus ditames, mas visa analisá-los em decorrência do tempo e da história, pois a ética se depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais.

Por isso, pode-se assinalar a ética como a ciência dos costumes, da moral, de uma esfera do comportamento humano. Contudo, não podendo confundir a teoria com seu objeto de estudo: o mundo moral.

Ao contrário das proposições éticas, que detém o mesmo rigor, coerência e fundamentação que as proposições científicas, os juízos, princípios e normas de uma moral não detém o mesmo caráter científico, sendo na maioria das vezes incompatíveis com a ciência, seja ela natural ou social.

Diferentemente da ética que pode ser sinalizada como uma ciência – ética científica, a moral não há de ser estigmatizada como tal, o que pode ocorrer é um conhecimento científico sobre a moral, mas não existe uma moral científica. Do mesmo modo que nas outras ciências, o científico baseia-se no método, na abordagem do objeto, e não no próprio objeto, por exemplo: o mundo físico não é científico, entretanto seu estudo faz parte da ciência física.

Logo, se não existe uma moral científica, nada impede que exista um estudo acerca do seu objeto, isto é, conhecimentos científicos sobre o homem, a sociedade, enfim, sobre o comportamento humano moral.

Aí entra o papel da ética, servir de alicerce para fundamentar uma moral, sem ser normativa ou preceptiva. Por não ser a moral, a ética não pode ser reduzida a normas ou ditames, seu objetivo é explicar a moral efetiva e, desta forma poder influir na própria moral.

4 OBJETO DA ÉTICA

Desde a origem do homem como ser social que este se depara com a necessidade de pautar seu comportamento em normas, sejam elas prescritas ou costumeiras, normas estas avaliadas pelo seu foro íntimo, isto é, há um julgamento prévio da licitude do ato, tecendo um sentido de obrigatoriedade de cumprimento das mesmas, a fim de ditar seu comportamento numa maneira correta de agir.

De forma que o homem antes de agir, procurar impor juízo de

valor ao ato, por mais que tal juízo seja unilateral, íntimo, pessoal, ou seja, independente da preexistência de norma prescrita a respeito.

Depois de vários milênios, passou-se a refletir sobre a conduta humana e seu juízo de valor. O comportamento humano prático-moral, ainda que sujeito a variações em decorrência do tempo e da sociedade, interessou aos filósofos, cientistas, pesquisadores. O que acabou por configurar a passagem do plano da prática moral – a moral efetiva, vivida, para a teoria moral – a moral reflexa, dando-se início ao pensamento filosófico, tendo em vista os problemas teóricos-morais, isto é, éticos apresentados.

Na Antiguidade Clássica, Aristóteles³ tenta descobrir o que é bom, se propondo a solucionar um problema teórico, com intuito de influenciar a posteriori o comportamento humano prático-moral. No entanto, definir o que é bom não soluciona os problemas práticos colocados ao indivíduo no cotidiano. Antes de saber o que deve ser feito, deve o indivíduo mensurar o que tem valor, isto é, o que é tido como valioso para ele. Após responder tal questionamento de foro íntimo é que poderá solucionar o problema prático-moral, visto que o dever ser está intrinsecamente ligado ao que é valioso, pois a ética está alicerçada em valores designados como bons. Segundo Adolfo Sánchez,

Os homens, porém, em seu comportamento prático-moral, não somente cumprem determinados atos como, ademais, julgam ou avaliam os mesmos; isto é, formulam juízos de aprovação ou de reprovação deles e se sujeitam consciente e livremente a certas normas ou regras de ação. Tudo isso toma a forma lógica de certos enunciados ou proposições (VÁZQUEZ, 2000, p. 19).

³ A ética aristotélica tem por finalidade descobrir o que é bom, o bem absoluto. Em "Ética a Nicômaco" Aristóteles traça que o bem supremo é a felicidade alcançada pela prática constante da virtude, diferenciando-a dos instintos e das emoções. Dispõe que a virtude é obtida através do exercício, é um hábito, algo volitivo; enquanto que os instintos e as emoções são involuntários. Da mesma forma com as aptidões físicas ou intelectuais e faculdades quando menciona que estas são inatas, ao passo que a virtude pode ser implantada. Aristóteles versa ainda sobre a teoria do justo meio enfatizando a virtude como o justo meio entre dois vícios extremos, v.g.: a virtude temperança está entre o vício extremo menor: desreio e o vício extremo maior: embotamento; a liberalidade entre a prodigalidade e avaria; o valor entre a temeridade e a covardia. Portanto, a virtude é considerada como o aprimoramento de algo próprio do indivíduo, ou seja, "o homem virtuoso é aquele que mergulha no desenvolvimento integral de suas faculdades". (NALINI, 2001, p. 53). Para maiores informações e aprofundamento na temática: Aristóteles-Ética à Nicômaco. São Paulo: Martins Claret, 2005.

Isto é, a norma. Esta dita o que deve ser, o que é tomado como regra, modelo, paradigma, forma ou tudo que se estabelece em lei ou costume para servir de pauta ou padrão na maneira de agir, dita o preceito a ser respeitado. "A norma é a regra de conduta que postula dever." (VÁZQUEZ, 2000, p.38).

Ademais, o problema da essência do ato moral envia ao problema da responsabilidade. Ou seja, o problema da liberdade de vontade é ato reflexo à responsabilidade. Só se pode conceber o comportamento moral se relacionado à responsabilidade, pois o indivíduo é livre, podendo fazer o que quiser. A tomada de decisão é evitada de livre arbítrio, o ato e o juízo do indivíduo deve ser pessoal, e não ditados poder um poder superior, afinal, agir dentro da ética, respeitando a moral, é uma escolha unilateral, de foro íntimo.

Decidir e agir numa situação concreta é um problema prático-moral; mas investigar o modo pelo qual a responsabilidade moral se relaciona com a liberdade e com o determinismo ao qual nossos atos estão sujeitos é um problema teórico, cujo estudo é da competência da ética. (VÁZQUEZ, 2000, p.18-19).

Assim, o objeto da ética é descobrir, esclarecer, fundamentar certos comportamentos morais ao longo do tempo desenvolvidos pelas mais diversas sociedades, entenda-se, o intuito de tal ciência não é de justificação mas de explicação, entendimento, com a teleologia de aprimorar o comportamento humano prático-moral.

Portanto, diferente de outrora, onde o problema central era descobrir o que era bom, atualmente, pode-se citar como problemas éticos fundamentais a luta pela definição da essência do comportamento humano e a sua relação e diferença com outras formas de comportamento como: a religião, a política, o direito, a atividade científica, a arte, o trato social, etc.

5 CAMPO DA ÉTICA

Ao se refletir sobre a prática e a teoria da moral, concluiu-se que a ética poderia contribuir para fundamentar ou justificar certas formas de comportamento moral. Assim, de início, tentou-se ver na ética, enquanto disciplina teórica, norma fundamental que

indicasse o melhor comportamento moral. Buscando, para tanto, comparações entre o comportamento moral e as necessidades sociais, tentando conceituar o que é bom, a fim de normatizar a atuação humana.

Mas a função fundamental da ética é a mesma de toda teoria: explicar, esclarecer ou investigar uma determinada realidade, elaborando os conceitos correspondentes. Por outro lado, a realidade moral varia historicamente e, com ela, variam os seus princípios e as suas normas. A pretensão de formular princípios e normas universais, deixando de lado a experiência moral histórica, afastaria da teoria precisamente a realidade que deveria explicar. [...] O valor da ética como teoria está naquilo que explica e não no fato de prescrever ou recomendar com vistas à ação em situações concretas. (VÁZQUEZ, 2000, p. 20-21).

Em reação aos excessos outrora praticados, quando do estudo do que é bom, da essência da moral e do comportamento humano; hoje a ética procura se deter nos problemas de linguagem e raciocínio moral. Visto que formular juízos de valor sobre a prática moral da sociedade em certas épocas a fim de determinar uma moral absoluta e universal não cumpre com o desenvolvimento intelectual e, conseqüentemente, prático moral. Pois a ética, ao vislumbrar tais pluralidades (de comportamento, de tempo, de moral, etc.), deve tentar explicar o por quê de tais práticas.

A ética parte do fato da existência da história da moral; isto é, toma como ponto de partida a diversidade de morais no tempo, com seus respectivos valores, princípios e normas. Como teoria, não se identifica com os princípios e normas de nenhuma moral em particular e tampouco pode adotar uma atitude indiferente ou eclética diante delas. Juntamente com a explicação de suas diferenças, deve investigar o princípio que permita compreendê-las no seu movimento e no seu desenvolvimento. (VÁZQUEZ, 2000, p. 22).

6 A ÉTICA COMO SISTEMA FILOSÓFICO

Por ser definida como um conjunto sistemático de conhecimentos racionais ou objetivos a respeito do comportamento humano moral, a ética nos é apresentada como um objeto específico que se pretende estudar cientificamente. O que contrapõe ao fim principiológico anteriormente adotado, qual seja: a ética como simples capítulo da filosofia (concepção tradicional). Em favor desta visão tradicionalista, foram proposta várias opiniões a fim de negar o caráter científico e independente da ética. Como não elaborar proposições objetivamente válidas, mas juízos de valor ou normas que não podem pretender essa validade. O fato da ética ser vislumbrada como uma filosofia especulativa, ou seja, sem levar em conta a ciência e a vida real é mais uma forma de negá-la como sistema.

A ética filosófica se preocupa em concordar seus ditames com os princípios filosóficos universais, em oposição à realidade prática dita pelo desenvolvimento histórico e real corroborando para o caráter absoluto das concepções sobre o bom, o dever, os valores.

Numa época em que a história, a antropologia, a psicologia, e as ciências sociais nos proporcionam materiais valiosíssimos para o estudo do fato moral, não se justifica mais a existência de uma ética puramente filosófica, especulativa ou dedutiva, divorciada da ciência e da própria realidade humana moral. (VÁZQUEZ, 2000, p.26).

No entanto, por deter caráter filosófico, argumenta-se que as questões éticas constituíram sempre uma parte do pensamento filosófico. Visto que desde a origem da filosofia, decorrendo por um vasto período, por não se ter ainda discorrido sobre outras ciências, a filosofia centralizava toda a realidade natural, humana, se apresentando como saber total.

Na medida em que a abordagem científica se estende progressivamente a novos objetos ou setores da realidade, inclusive à realidade social do homem, vários ramos do saber se desprendem do tronco comum da filosofia para constituir ciências especiais com um objeto específico de investigação e com uma abordagem sistemática, metódica, objetiva e racional comum às diversas

ciências. Como exemplo temos a psicologia, ciência natural e social.

Hoje, para que tais ciências adquiram a verdadeira natureza científica deve haver um desligamento da filosofia especulativa. Portanto, a ética deve buscar estudar o homem, o seu comportamento como ser social, real, dentro dos valores morais ditados pela sociedade, tendo como base a sua existência histórica e social a fim de caracterizá-la como sistema.

7 O VALOR OBJETIVO DA MORAL-ÉTICA

Valor não é propriedade de objetos em si, mas propriedade adquirida graças à sua relação com o homem como ser social. Mas, por sua vez, os objetos podem ter valor somente quando dotados realmente de certas propriedades objetivas.

É o homem, como ser histórico-social e com a sua atividade prática, que cria os valores e os bens nos quais se encarnam, independentemente dos quais só existem como projetos ou objetos ideais. Os valores são, pois, criações humanas, e só existem e se realizam no homem e pelo homem.

As coisas não criadas pelo homem (os seres da natureza) só adquirem um valor entrando numa relação especial com ele, integrando-se no seu mundo como coisas humanas ou humanizadas. Suas propriedades naturais, objetivas, só se tornam valiosas quando servem para fins ou necessidades dos homens e quando adquirem, portanto, o modo de ser peculiar de um objeto natural humano.

A objetividade do valor não é oriunda das idéias platônicas (seres ideais) nem dos objetos físicos (seres reais, sensíveis), é uma objetividade especial, humana, social, que não se pode reduzir ao ato psíquico de um sujeito individual nem tampouco às propriedades naturais de um objeto real. Trata-se de uma objetividade que transcende o limite de um indivíduo ou de um grupo social determinado, mas que não ultrapassa o âmbito do homem como ser histórico-social.

Os valores morais não existem em si e por si independentemente dos objetos reais, nem tampouco independentes da relação com o sujeito, o homem, existem objetivamente com uma objetividade

social, isto é, unicamente em um mundo social, pelo homem e para o homem.

8 ÉTICA CIENTÍFICA

A ética é a ciência que, tendo por objeto essencial o estudo dos sentimentos e juízos de aprovação e desaprovação absoluta realizados pelo homem acerca da conduta e da vontade, propõe-se a determinar qual o critério segundo a conduta e a vontade se distinguem, ou ainda, qual é a norma que se opera ou que se deva operar a vontade de tal conduta, qual é o fim que a mesma deva cumprir, em que relações de valor estão com observância daquela norma e a obtenção daquele fim gerando diversas formas de condutas, na sociedade e na época à qual praticada.

O objeto da ética científica são as relações entre a vontade e a conduta, como isto se processa perante o coletivo e o individual, em causa, efeito, no tempo, no espaço, em qualidade, quantidade, em face das ambiências próximas e distantes.

Logo, o que torna científico um conhecimento, isto é, o que fundamenta uma moral, não é a opinião isolada deste ou daquele pensador, mas o rigor com que, de forma racional, estuda-se um objeto determinado, sob um aspecto especial, metodologia definida, tudo na busca da explicação de acontecimentos que possam ter validade geral e aceitabilidade lógica.

9 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO ENSINO JURÍDICO

Ao analisar a significação, conteúdo, incidência e valoração da ética, visualiza-se a necessidade de associação desta temática com o ensino jurídico, haja vista a importância deste na sociedade, tanto para a boa formação dos profissionais do direito, zeladores aptos pelas normas e diretrizes sociais, como pela consecução e efetivação dos valores éticos-morais.

Ademais, como bem apregoa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o ensino jurídico perpassa por males que carecem de atenção desvelada a fim de não padecer de forma vital. Males estes que já foram detectados por diversos autores, Eduardo de Oliveira Leite, João José Caldeira Bastos, Leonel Severo Rocha, Getulino Maciel, José Eduardo Faria, João Bosco da Encarnação⁵, Álvaro Melo Filho⁶, Horácio Wanderlei Rodrigues⁷, Paulo Roney Ávila Fagúndez⁸, entretanto, é na obra de Roberto Aguiar⁹ que se encontram descritos tais malefícios por meio dos critérios de avaliação e melhoria no ensino jurídico questionados pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Ministério da Educação¹⁰.

Dentre os vícios que permeiam o ensino jurídico é válido salientar: o conservadorismo, formalismo, o ideário de repetição e não de criação, o isolamento em relação à sociedade e a outras ciências, o crescente número de faculdades de direito privadas, a estrutura pedagógica atrasada, a ausência de comprometimento do corpo docente e discente, enfim, a falta de ética.

Se o papel do operador do direito, e, muito principalmente, do professor de direito é ensinar os direitos e a defesa destes, como fazê-los sem pautar a conduta nos valores éticos e morais? Como bem assinala o professor Renato Nalini: "De nada vale reconhecer a dignidade da pessoa, se a conduta pessoal não se pautar por ela" (NALINI, 2001, p.36).

Esta postura caracterizada por ética é mais do que opcional

4 Em artigo intitulado "O ensino jurídico" o autor salienta algumas falhas dispostas no sistema de ensino jurídico, desde a concepção do que se entende por ensino, perpassando pelo despreparo dos professores pela falta de disponibilidade para o magistério, isto é, a relação entre a carreira de professor e o status sem compromisso; a falta de interdisciplinariedade; a pressão do mercado de trabalho e a relação deste com as faculdades de direito; até sobre a situação estudantil de obrigatoriedade de trabalho para manutenção dos estudos. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O ensino jurídico. In: Encontro UnB - Ensino Jurídico Brasília. Brasília: Editora da UnB, 1979, p. 69-71).

5 Todos são autores da obra "Seis temas sobre o ensino jurídico", organizada por João Bosco da Encarnação e Getulino do Espírito Santo Maciel, São Paulo: Cabral, 1996.

6 MELO FILHO, Álvaro. Metodologia do Ensino Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

7 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico e direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993.

8 FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. A crise do ensino jurídico. Disponível em: <<http://www.roney.floripa.com.br/docs/crise.doc>>. Acesso em: 24/11/2008.

9 AGUIAR, Roberto A.R. de. Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

10 Em julho de 2000 a Ordem dos Advogados do Brasil propôs e divulgou, juntamente com o Ministério da Educação, os critérios de avaliação das instituições de ensino jurídico, haja vista a preocupação com o projeto didático-pedagógico e suas consequências, principalmente no que diz respeito ao perfil destes cursos e sua relação com a sociedade. (Vide análise destes critérios em: AGUIAR, Roberto A.R. de. Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 221-230.)

ao profissional do Direito, chega a ser obrigacional, haja vista a sua relação íntima com o dever ser jurídico, na luta pela defesa dos direitos fundamentais, seja advogado, juiz, promotor, defensor, professor de direito, enfim, quem quer que lide com a aplicabilidade das normas prima por associá-las à conduta ética.

Para tanto, segue alguns questionamentos e sugestões a fim de melhorar a aplicabilidade dos valores acima debatidos: O que um professor do ensino jurídico poderia desenvolver em sala de aula para que a maioria dos alunos se interessasse pelas atividades e tarefas realizadas? Que conteúdos são mais adequados para que os alunos fiquem motivados para estudar? Qual o papel do professor do ensino jurídico? Considerando a atividade do professor como uma prática educativa, quais seriam suas atitudes fundamentais? Quais os valores norteadores de sua prática pedagógica?

O professor deve buscar desenvolver aulas teórico-expositivas, seguidas de atividades práticas, em grupo, voltadas para a análise crítica dos conteúdos ministrados. Deve pautar-se em ideais educacionais construtivistas e integradores, pois percebe-se que o ensino jurídico requer mudanças. Modificações em sua estrutura metodológica também são bem-vindas, na medida em que possibilitam aos alunos uma formação crítica, voltada para o contexto social. O professor, enfim, deve proceder a uma verdadeira *faxina pedagógica*, de sorte a integrar a teoria à prática em sala de aula, fato que resultará, quando de sua adoção em larga escala, não só na formação de juristas, mas também de pesquisadores sociais e cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, com atuação crítica e participativa no meio social em que estão inseridos.

O professor deverá, na seleção dos conteúdos, guardar observância a critérios como: validade, relevância, graduabilidade, acessibilidade, interdisciplinariedade, articulação com outras áreas, cientificidade, adequação. Por exercer uma função formadora, o docente, além do conhecimento da ciência, deve inserir conteúdos como socialização, valores, solidariedade, respeito, ética, política, cooperação e cidadania.

A função do professor, no âmbito do Direito, vem instituída no bojo da Constituição Federal, que considera a versada profissão um múnus público. Dessa maneira, a utilização exclusiva do modelo

de ensino tradicional por alguns docentes dos cursos de Direito (notadamente daqueles que ocupam altos cargos públicos, em sua maioria carentes de conhecimentos didáticos e pedagógicos) pode estar incapacitando seus alunos para que tenham possibilidade de exercer tal função. É importante que os educadores do ensino jurídico percebam as mazelas que essa forma de educar promove e assumam, definitivamente, sua responsabilidade diante dos alunos que estão formando, o futuro de nosso país. Tal transformação, no entanto, requer uma mudança íntima do docente, notadamente no que se refere à organização de seu processo pedagógico, que deve pautar-se numa abordagem mais humanista e de interação com os docentes, numa pedagogia jurídica conscientizadora, em que o professor deixa de ser o detentor do poder e passar a exercer um papel de mediador na construção do conhecimento. Afinal, a real preocupação de um professor universitário deve ser a qualidade do ensino que está promovendo.

O professor deve reorganizar seu processo pedagógico. Uma das ferramentas mais importantes para a transformação deste paradigma é a utilização do diálogo professor/aluno, porquanto não há possibilidade de questionamento sem diálogo. O docente, para tanto, não deve assumir uma postura acrítica, e deve estar disposto a adaptar-se às mudanças, desvencilhando-se de qualquer vestígio de conservadorismo. No que diz respeito à forma de avaliação dos alunos, oportuno observar que, quando o professor passar, efetivamente, a exercer um ensino crítico e interacionista, poderemos obter avaliações conscientes, pois não basta mudar a forma de avaliar, se, na prática, não houver mudança metodológica e de processo de ensino. A proposta seria uma avaliação com as seguintes características: processual, dialógica, incluyente, histórica, multifacetada, com autonomia intelectual, formativa, criativa e não comparativa. Em outros termos, a avaliação deixa de ter o intuito de punir ou disciplinar o aluno.

A fim de que possa desenvolver uma prática formativa, verdadeiramente educativa, indica-se a realização de um diagnóstico aqui compreendido com uma situação de análise, de reflexão sobre o circunstante, o local e o global. Nesse contexto didático-pedagógico, o docente tem tomar algumas atitudes: averiguar a quantidade de alunos, os novos desafios impostos pela sociedade, as condições

físicas da instituição a que estiver vinculado, os recursos disponíveis, nível, as possíveis estratégias de inovação, as expectativas do aluno, o nível intelectual, as condições socioeconômicas (retrato sociocultural do aluno), a cultura institucional, a filosofia adotada pela universidade e/ou instituição de ensino superior, enfim, as condições subjetivas e objetivas em que o processo de ensino ocorrerá.

Entremostra-se válido para o docente buscar novas técnicas, desbravar novos caminhos, numa investida esperançosa de quem deseja fazer o melhor, do ponto de vista metodológico. Para tanto, ele precisa pautar-se em valores necessariamente inclusivos, introduzindo recursos que propiciem uma dimensão interativa na sala de aula, que passará a ser vislumbrada como um espaço de competência técnica, política e de crescimento humano, inesgotável nas suas possibilidades.

Isto posto, resta à sociedade, a fim de viabilizar uma vida mais próspera, recompor seus referenciais, seus valores morais, isto é, buscar pautar, incessantemente, sua conduta na ética, mediante opção pessoal, pois, somente através do compromisso íntimo de cada um é que se poderá regular as relações entre os indivíduos, teleologia ética. "Se vier a ser recomposto o referencial de valores básicos de orientação do comportamento, será viável a formulação de um futuro mais promissor para a Humanidade ainda envolvida no drama da insuperação das angústias primárias." (NALINI, 2001, p. 36).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caracterizada como um conjunto de regras de comportamento que tendem a auxiliar o homem na realização do bem, a ética é a responsável pela elucidação e descobrimento das regras, fazendo translúcida o significado de seus princípios e norteando sua existência.

O ensino jurídico está viciado. Conservadorismos, formalismos, falta de interdisciplinariedade, estrutura pedagógica falha, predomínio de faculdades privadas que visam as leis do mercado, ou seja, o capital, enfim, ausência de compromisso

docente e discente, isto é, ausência de ética.

Sobra à sociedade acadêmica jurídica, pautar sua conduta pelo primado dos valores morais, hoje esquecidos, pois, se assim não for, de nada adiantará pregar direitos, palavras sem obras no máximo suscitaram comoção, mas não mudanças, estas só ocorrem quando há exemplos, estes sim são arrebatadores. Portanto, a associação entre a conduta escolhida por seus operadores e os ditames éticos por estes pregados se faz mais do que necessária, se faz de aplicabilidade urgente.

11 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A.R. de. **Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco.** São Paulo: Martins Claret, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ENCARNAÇÃO, João Bosco; MACIEL, Getulino do Espírito Santo (Orgs.) **Seis temas sobre o ensino jurídico.** São Paulo: Cabral, 1995.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **A crise do ensino jurídico.** Disponível em: <<http://www.roney.floripa.com.br/docs/crise.doc>> Acesso em: 24/11/2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O ensino jurídico. In: **Encontro UnB – Ensino Jurídico.** Brasília: Editora da UnB, 1979, p. 69-71.

HARTMANN, Nicolai. *Ethik.* 2. ed. Berlin, 1935.

MELO FILHO, Álvaro. **Metodologia do Ensino Jurídico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MORA, José Ferrater. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. **Dicionário de Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

SÁ, Antonio Lopes de. **Ética profissional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Tradução de João Dell'Anna. **Ética.** 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

A POSIÇÃO ORIGINAL SEGUNDO JOHN RAWLS

THE JOHN RAWLS' ORIGINAL POSITION

Nathalie de Paula Carvalho

Especialista em Direito e Processo Constitucional pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Mestranda em Direito Constitucional pela UNIFOR
Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela
Universidade Vale do Acaraú

Advogada

E-mail: nathaliedireito@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS; 3 A POSIÇÃO ORIGINAL: VEU DE IGNORÂNCIA; 4 CRITÉRIOS UTILIZADOS NA POSIÇÃO ORIGINAL: A BUSCA PELOS BENS PRIMÁRIOS E A RACIONALIDADE (REGRA DO MAXIMIN); 5 REPASSE CRÍTICO; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 INITIAL CONSIDERATIONS ABOUT THE THEORY OF JUSTICE JOHN RAWLS; 3 POSITION ORIGINAL: VEIL OF IGNORANCE; 4 CRITERIA USED IN THE ORIGINAL POSITION: THE QUEST FOR RATIONALITY AND PRIMARY PROPERTY (RULE MAXIMIN); 5 CRITICAL REVIEW; 6 CONCLUSION; 7 REFERENCES.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a posição original de John Rawls, que corresponde ao estado de natureza do contratualismo clássico. Serão abordadas algumas considerações iniciais sobre a justiça como equidade, seguindo com a descrição da posição original, o véu da ignorância e a regra do maximin. Como conclusão, serão explicitadas as principais contribuições da teoria da justiça de John Rawls sob a ótica da posição original.

Palavras-Chave: Posição original. Contratualismo. Véu de ignorância. Regra do maximin.

Abstract: This article concerns about John Rawls' original position, which means

the nature state in social contract. It will be analyzed some questions about justice theory, original position's description, ignorance veil and maximin rule. At last, it will be explained the main contributions of John Rawls' theory justice by original position.

Keywords: Original position. Social Contract. Ignorance veil. Maximin rule.

1 INTRODUÇÃO

John Rawls (1921-2002), influenciado por Locke, Rousseau e Kant, foi um dos maiores filósofos liberais e tentou, com sua obra "Uma Teoria da Justiça" em 1971, dar um sentido à noção de justiça. Seu ponto de partida foi considerar, através de um resgate histórico, a doutrina do contrato social, caracterizando-a como um sistema equitativo e voluntário de cooperação entre os indivíduos componentes.

Para isso, na definição da "justiça como equidade", baseia-se no que denomina de "posição original", o que no contratualismo clássico correspondia ao estado de natureza, para representar uma situação hipotética em que os indivíduos atuam em circunstância de desconhecimento da função e lugar que ocupam no meio social, sendo racionalmente motivados. A esse fenômeno, Rawls chama de "véu de ignorância".

Diante dessas temáticas, Rawls traçará um roteiro de reflexão para se chegar a uma concepção de justiça. No presente estudo será feita uma análise crítica e sistemática da "posição original" segundo John Rawls.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Uma sociedade pode ser entendida como uma associação de pessoas auto-suficientes que, numa relação mútua, reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias, seguindo uma idéia pública de justiça. Consiste também numa vasta rede de distribuição de bens (FARAGO, 2004, p. 243), tais como segurança, saúde, educação. O grande desafio é encontrar uma conciliação entres os

parceiros sociais

O contratualismo clássico representa o conjunto das convenções fundamentais que, mesmo não tendo sido formalmente enunciadas, são implicadas pela vida em sociedade, onde as relações legais se estabelecem entre os homens pelo fato de pertencerem a determinada classe social, na qual a vontade subjetiva é adequada à vontade social. Rousseau define o pacto social nos seguintes termos:

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a direção suprema da vontade geral e, em nossa capacidade de associados, recebemos cada membro como uma parte indivisível do todo. De imediato, em lugar da personalidade individual de cada parte contratante, esse ato de associação cria um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos forem os votantes da assembleia, que recebe desse ato sua unidade, sua identidade comum, sua vida e sua vontade. (ROUSSEAU, 2006, p. 98).

A idéia de contrato social pode ser expressada, na visão de Thomas Hobbes, assim:

A essência do Estado é definida como um conjunto de pessoas de cujos atos uma grande multidão, por pactos mútuos de uns com os outros, cada um se fez autor, para que possa usar a força e os meios de todos, do modo que julgar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa é chamado de soberano, e dele se diz que possui poder soberano; e todos, além dele, seus súditos. Adquire-se esse poder soberano de dois modos: pela força natural ou os homens concordam entre si em submeterem-se a um certo homem ou assembleia de homens, de maneira voluntária e na confiança de serem protegidos por ele contra todos os outros. (HOBBS, 2000, p. 115-116).

O modelo lockeano de contratualismo é o que se segue:

Todo homem, ao concordar com outros em formar um corpo político sob um governo, coloca-se sob a obrigação, perante todos os membros dessa sociedade de submeter-se à determinação da maioria e de acatar a decisão dela; caso contrário esse pacto original, pelo qual ele se incorpora com outros numa sociedade, nada significaria, e não seria pacto algum se ele fosse deixado livre e sob nenhum outro vínculo a não ser aquele que tinha antes do estado de natureza. (LOCKE, 1973, p. 46).

Rawls (2000, p. 66) afirma que a variante da sua proposta de contratualismo em relação ao modelo tradicional se encontra nos termos equitativos de cooperação social, que são concebidos como um acordo entre as pessoas envolvidas. Consiste, assim, numa proposta aprovada por todos os sujeitos potencialmente afetados à uma sociedade.

Ao conceber sua teoria da justiça reformulando o contrato social clássico, considerando-o “como uma formulação racional capaz de renortear as normas sociais a partir do conceito de justiça equitativa, sendo considerado um neocontratualista.” (Nunes Júnior, 2005, p. 223).

Álvaro de Vita (2000, p. 189) afirma que Rawls tentou conduzir para um nível mais elevado de abstração a teoria tradicional do contratualismo de Locke, Rousseau e Kant. Alerta que a posição original foi concebida para orientar a escolha de princípios para uma sociedade que se supõe bem-ordenada, e não para avaliar o ideal ético dessa mesma sociedade, sendo a igualdade humana fundamental reconhecida nesta situação. Nas palavras de John Rawls:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato social tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que

os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. [...] Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios de justiça. (RAWLS, 2008, p. 13-14).

Rawls parte de uma concepção geral de justiça que tem por base a idéia de que todos os bens sociais primários (liberdades, oportunidades) devem ser distribuídos de maneira igual. É interessante notar que essa igualdade não implica necessariamente em remover todas as desigualdades, mas somente aquelas que trazem desvantagens para alguém. Esse raciocínio se expressa através da fórmula: tanto igual quanto possível, tanto desigual quanto necessário. Assim pode ser entendida, em linhas gerais, a teoria da justiça de Rawls:

Por meio dela, Rawls tenta mostrar que é possível a defesa de um modelo de justiça que propõe um comprometimento e estabelece formas de cooperação entre indivíduos para a construção de uma sociedade em que valores como a liberdade, igualdade, solidariedade, auto-estima e o respeito mútuo estejam em pauta. (NUNES JÚNIOR, 2005, p. 222).

Seria uma consideração igualitária dos interesses que não exclui a existência das desigualdades. Justamente por não impedir as diferenças, também não impede conflitos entre os bens sociais distribuídos. Para solucionar essa questão, Rawls recorre a um sistema de prioridades, que justifique a opção por um dos bens disputados: em primeiro lugar, o princípio da liberdade igual (a sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para os outros); em segundo, o princípio da diferença (a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, exceto se as desigualdades econômicas e sociais gerarem o maior benefício para os menos favorecidos), e em terceiro, o princípio da oportunidade justa (as desigualdades econômicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades).

Segundo Paulo Sérgio Rosso e Fernando de Brito Alves (2002, p. 80), "Rawls defende que haja alguma desigualdade, o que é muito diferente de se dizer que ele defende a desigualdade". Deve-se avaliar em "Uma teoria da justiça" a relação entre igualdade e desigualdade entre as pessoas. Justifica-se:

Por que razão Rawls entende que certas desigualdades seriam aceitas pelo grupo? Segundo ele, por uma condição natural do ser humano, de desejar ocupar uma posição, melhor do que o seu semelhante. Mas o grupo de indivíduos acobertados pelo 'véu da ignorância' haveria de eleger esta solução pelo fato de que isto melhoraria o desempenho da sociedade como um todo, permitindo que cada indivíduo tivesse o desejo de progredir, de ocupar um posto melhor do que a maioria dos seus semelhantes. Em outros termos, Rawls admite a necessidade de uma espécie de desigualdade igualitária, para o funcionamento adequado de uma sociedade quase justa. (ROSSO; ALVES, 2002, p. 78).

Para Rawls, a idéia de justiça está ligada a uma divisão igualitária de bens, temperada pela preocupação de não abolir todas as desigualdades, pois algumas são benéficas, uma vez que, na forma concebida por France Farago (2004, p. 244), tornam produtivas as forças sociais vivas, devendo ser aceitas.

3 A POSIÇÃO ORIGINAL: VÉU DE IGNORÂNCIA

Como argumento do seu contratualismo, faz referência a um contrato hipotético, o qual consistiria num acordo firmado pelos indivíduos sob condições ideais, sendo livres e iguais. O sentido desse contrato hipotético era atribuir a cada indivíduo a mesma importância. A posição original é a situação equivalente ao estado de natureza do contratualismo clássico, o qual é traduzido segundo as idéias abaixo:

[...] a liberdade que cada homem tem de usar o seu próprio poder, como quiser, para a preservação de sua própria natureza, o que vale dizer, de sua própria vida; e, por conseguinte, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão concebam ser os

meios mais apropriados para isso. (HOBBS, 2000, p. 106).

É um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e de suas pessoas do modo como julgarem adequado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão nem depender da vontade de nenhum outro homem. Um Estado também de igualdade, no qual todo poder e jurisdição são recíprocos, ninguém tendo mais do que outro, sendo totalmente evidente que criaturas da mesma espécie e classe, nascidas indistintamente para todas as mesmas vantagens da natureza e para o uso das mesmas faculdades, devem também ser iguais umas às outras, sem subordinação nem sujeição, a menos que o senhor e amo de todas elas, por alguma declaração manifesta de sua vontade, coloquem uma acima de outra, conferindo-lhe, por indicação clara e evidente, um direito indubitável de domínio e soberania. (LOCKE, 1973, p. 34).

A justiça como equidade é o objetivo principal do teórico americano. Nas suas palavras, "são princípios fundamentais de justiça que têm como objeto um acordo original em situação adequadamente definida para um acordo unânime." (RAWLS, 2008, p. 144). A posição original seria caracterizada pelo estabelecimento de princípios de justiça imparciais que resultariam de escolhas realizadas por indivíduos livres, racionais e sem interesses particulares, uma vez que estariam numa posição de igualdade e no contexto de pessoas livres, não invejosas, racionais.

A sua principal tarefa foi delimitar quais os princípios seriam escolhidos na posição original, tendo como meta a busca de equilíbrio ponderado para efetivar o ideal de justiça como equidade. Segundo Rawls (2008, p. 156), o objetivo da justiça como equidade é procurar deduzir todos os deveres e todas as obrigações de justiça de outras condições razoáveis e elaborar uma alternativa para as concepções de justiça política encontradas no utilitarismo, no perfeccionismo e no intuicionismo. Os princípios, sob essa ótica, são concebidos como premissas para deduzir os deveres de uma ação justa.

No tocante à injustiça, esta existe quando, segundo Rawls (2008, p. 475), as ordenações vigentes se afastam dos padrões publicamente aceitos ou estejam em desacordo com a concepção de justiça que as pessoas julgassem mais razoável. Fala-se de uma sociedade quase-justa, na qual são aceitas leis injustas, persistindo o dever de obediência. Para Rawls (2008, p.04), “uma injustiça é tolerável somente quando necessária para evitar uma injustiça ainda maior.”

Rawls considerava que a função básica dos princípios era determinar a forma como são reconhecidos direitos e deveres das pessoas em sociedade e como será a divisão dos bens, dada a situação de escassez moderada existente. Segundo ele, os dois princípios de justiça que seriam acordados na posição original deveriam ser interpretados à luz de uma prioridade lexical. São os seguintes:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se pessoa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008, p. 73).

O cerne da teoria de John Rawls refere-se à concepção de justiça como equidade, considerando, desde o início, que existem muitas interpretações possíveis da posição inicial, um número indefinido, bem como das concepções de justiça e das teorias contratualistas.

Para neutralizar essa problemática, Rawls faz menção a idéia de equilíbrio reflexivo (RAWLS, 2008, p.25), possibilitando uma reavaliação da situação inicial e de revisão dos juízos atuais, culminando na concepção da posição original. Rawls definiu a sua idéia de equilíbrio reflexivo nos seguintes termos:

Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições de circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado das coisas equilíbrio reflexivo. É equilíbrio porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem. (RAWLS, 2008, p. 24-25).

Rawls entende que se trata de saber em que medida a visão como um todo articula nossas mais firmes convicções refletidas de justiça política, feitos os ajustes e revisões que pareçam necessários. (RAWLS, 2000, p. 72), concebendo a posição original como resultado de um roteiro hipotético de reflexão, na tentativa de acomodar em um único sistema os pressupostos filosóficos razoáveis dos princípios e os juízos ponderados de justiça. Demonstrando seu planejamento na análise da posição original, Rawls afirma que:

Assim, o que faremos é reunir em uma única concepção uma série de condições impostas a princípios que, após cuidadosa ponderação, estaremos dispostos a reconhecer como razoáveis. Essas restrições expressam o que estamos dispostos a considerar como injunções a termos eqüitativos de cooperação social. Uma forma de encarar a idéia de posição original é, portanto, considerá-la um recurso expositivo que resume o significado dessas condições e nos ajude a deduzir suas conseqüências. (RAWLS, 2008, p. 26).

Em sua teoria da justiça, de cunho eminentemente racional, Rawls assevera que “as razões relevantes podem ter sido decompostas e analisadas pela descrição da posição original de tal maneira que uma concepção de justiça surge como nitidamente preferível às outras.” (RAWLS, 2008, p. 151).

Rawls salienta a idéia dessa situação hipotética denominada

de “posição original”, como sendo uma posição de ignorância sobre o lugar, função na sociedade, preferências individuais, características psíquicas, tendo com tarefa escolher quais os princípios serão orientadores da vida social e direcionada para alcançar um acordo capaz de considerar imparcialmente os pontos de vista de todos os participantes. Não são influenciados por psicologias especiais, mas sim por uma psicologia dos cidadãos na sociedade bem-ordenada da justiça como equidade (RAWLS, 2003, p. 124). Na sua teoria da justiça, considera a seguinte definição:

A posição original é definida de modo a ser um status quo no qual todos os acordos firmados são justos. É uma situação na qual as partes são igualmente representadas como pessoas morais, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias nem pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade pode usar a idéia de justiça procedimental pura desde o início. (RAWLS, 2008, p. 146).

Em seu “Liberalismo Político”, a denominou artifício de representação (RAWLS, 2000, p. 67), na medida em que considera a descrição das partes, cada qual responsável pelos interesses essenciais de cidadãos livres que se encontram numa situação equitativa. Em “Justiça como equidade: uma reformulação” (2003, p. 25) e “Justiça e Democracia” (2000, p. 220), a chamou “procedimento de representação”, significando a idéia de que o procedimento serve de meio para a reflexão pública e permite um auto-esclarecimento. Nas suas palavras:

Em suma, a posição original é simplesmente um procedimento de apresentação; ela descreve os parceiros – cada um deles sendo responsável pelos interesses essenciais de uma pessoa livre e igual – como estando numa situação equitativa e chegando a um acordo que está sujeito às restrições referentes àquilo que deve contar como razão válida neste caso. (RAWLS, 2000, p. 221). [...] A posição original serve, portanto, para unificar as nossas convicções mais ponderadas, em todos os níveis de generalidade, e para aproximá-las umas das outras a fim de alcançar um acordo mútuo maior e uma melhor compreensão de nós mesmos. (RAWLS, 2000, p. 223).

Na sua obra “Justiça e Democracia”, Rawls (2000, p. 219) diz que a posição original é um ponto de vista “distanciado e não deformado pelos traços e pelo contexto particular do quadro global”. Deve-se, portanto, na posição original, tratar de modo equitativo essas pessoas livres, iguais e não permitir que alguns tenham mais trunfos do que outros na negociação. Além disso, são excluídas as ameaças da força e da coação, o logro e a fraude.

Ronald Dworkin (2007, p. 235), em “Levando os Direitos a sério”, concebe a posição original e o véu da ignorância como um modelo de força do direito natural que conduz os indivíduos a terem uma preocupação e respeito iguais, se exprimindo na concepção das instituições políticas que os governam. Assim ele se refere à posição original na obra “O império do Direito”:

Rawls afirma que, na posição original que defende, as pessoas reconheceriam um dever natural de apoiar as instituições que passem nos testes da justiça abstrata, e que elas estenderiam esse dever ao apoio a instituições não totalmente justas, pelo menos quando a justiça esporádica estiver nas decisões tomadas por instituições imparciais e majoritárias. (DWORKIN, 2007, p. 234).

Contrapondo-se a essa visão, Rawls (2000, p. 221) considera a posição original como um procedimento de representação que fornece um modelo baseado nos elementos essenciais das suas idéias intuitivas fundamentais, servindo para combinar e evidenciar a força dos seus argumentos ao escolher os princípios de justiça mais apropriados para uma sociedade democrática. A explicação do seu posicionamento surge de pressuposições. Para Rawls, a virtude primeira de uma sociedade é a justiça, assim como a verdade o é para o conhecimento. Assevera que:

O motivo pelo qual a posição original deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre os princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que surgem inevitavelmente nas instituições de base de qualquer sociedade, em função de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens contingentes e influências acidentais

do passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que hão de regular as instituições de própria estrutura básica, no presente e no futuro (RAWLS, 2000, p. 66).

A posição original deve ser vista como um acordo hipotético e ahistórico (RAWLS, 2003, p. 23). É hipotético porque trata de assuntos que as partes poderiam acordar, mas na verdade isso não acontece no mundo real. É ahistórico porque não se supõe que o acordo tenha sido celebrado ou venha sê-lo em nenhum período da história. Revela, pôr outro lado, a força potencial da combinação de seus pressupostos (RAWLS, 2003, p. 114). Diante dessas ponderações, o próprio Rawls faz o seguinte alerta:

Aqui uma séria objeção parece se apresentar: uma vez que acordos hipotéticos não criam nenhuma obrigação, o acordo entre as partes na posição original não teria qualquer significado. Respondo que a importância da posição original assenta-se no fato de ser um procedimento de representação ou um experimento mental para os propósitos de esclarecimento público. (RAWLS, 2003, p. 23-24)

Diante da grande importância que dá ao conceito de justiça, penetra numa forma abstrata em que imagina uma posição de igualdade entre os indivíduos, acobertados pelo "véu da ignorância", que têm como principal tarefa nesta reunião imaginária definir quais princípios serão os norteadores da estrutura básica da sociedade. Esses princípios teriam por objetivo direcionar a definição dos direitos e deveres sociais, estabelecendo o equilíbrio necessário ao processo de distribuição das vantagens sociais, evitando discriminações arbitrárias. Acerca da interpretação do autor sobre isso, vale registrar a seguinte passagem de "Uma Teoria da Justiça":

Essas observações demonstram que a posição original não deve ser considerada uma assembléia geral que, a certo momento, abarca todas as pessoas que vivem em determinada época; muito menos uma assembléia de todos os que poderiam viver em determinada época. Não é uma reunião de todas as pessoas reais ou possíveis. Se concebêssemos a posição original de uma dessas maneiras, a

concepção deixaria de servir de orientação natural para a intuição e não teria um sentido claro. Enfim, a posição original deve ser interpretada de modo que possamos a qualquer momento, adotar sua perspectiva. Deve ser irrelevante a ocasião em que se adota esse ponto de vista, ou quem o adota: as restrições devem ser tais que sejam sempre escolhidos os mesmos princípios. O véu de ignorância é uma condição essencial para atender a essa exigência. Ele assegura não apenas que as informações disponíveis são relevantes, mas também que são as mesmas. (RAWLS, 2008, p. 169).

O "véu da ignorância" seria uma situação inicial de igualdade de conhecimento ou desconhecimento que impede a tomada de decisões direcionadas para interesses pessoais. As partes, nesse contexto, fariam suas escolhas baseadas num conjunto coerente de preferências, na cooperação mútua e no auto-respeito, levando em consideração para tanto a estrutura básica da sociedade, palco de sua possível realização. Nas palavras de Fernanda Stracke Moor:

Observa-se que o grau de abstração da justiça diz respeito a uma posição inicial de igualdade que o autor cria em sua teoria, na qual são colocados os princípios que definirão os termos fundamentais de uma associação, mediante a cooperação mútua das pessoas. A justiça como equidade seria a maneira como tais princípios deveriam ser considerados, pois têm a função de regular acordos, especificar tipos de cooperação e as formas de governo que podem ser estabelecidas. (MOOR, 2001, p. 61).

Incorrem em equívoco Paulo Sérgio Rosso e Fernando de Brito Alves (2002, p. 77) quando afirmam ser o véu "um recurso analítico, hipotético e de impossível verificação no mundo prático em que o grupo de indivíduos estaria completamente cego pelo véu da ignorância." Esse véu de ignorância não é absoluto, pois se presume que as partes, nesse contrato hipotético, conheçam os fatos genéricos, na medida em que nenhum fato geral lhes é ocultado, não havendo limites para tais informações, as quais são correspondentes à teoria econômica, base da organização social, relações políticas, leis que regem a psicologia humana, etc. Assim, nas palavras de John Rawls, a função dessa limitação de

conhecimento seria a seguinte:

Seus princípios devem ser tais que, quando integrados à estrutura básica da sociedade, os homens sintam-se inclinados a adquirir o senso de justiça correspondente e passem a ter vontade de agir segundo seus princípios. Nesse caso, a concepção de justiça é estável. Esse tipo de informação genérica é admissível na posição original. (RAWLS, 2008, p.167).

Numa estrutura básica, as pessoas têm diferentes expectativas de convivência e condições de vida diversas. O que Rawls quis evitar foi que os princípios eleitos fossem aplicados às condições de um caso pessoal, isolado, subjetivo e priorizar o caráter coletivo e social da sua teoria.

John Rawls salienta, por outro lado, o consenso existente, na medida em que as diferenças entre as partes são desconhecidas e todos são igualmente racionais, culminando pelo convencimento através dos mesmos argumentos. Com isso, a unanimidade do acordo final torna-se possível: uma vez excluídos certos conhecimentos, essa exigência é de grande importância e deve ser atendida. Rawls (2008, p. 169) sugere ainda que a comunicação entre as partes na posição original se dê por intermédio de um árbitro, cujo papel seria anunciar as alternativas sugeridas e as razões que serviriam para apoiá-las.

Também ao árbitro incumbiria a tarefa de proibir a formação de coalizões e informar às partes quando um entendimento fosse alcançado. A principal consequência dessa sistemática seria impedir que as partes formulassem princípios sob medida que favorecessem a si próprio. No tocante à essa tentativa, Rawls apresenta uma solução:

Se um grupo decidisse se coligar para prejudicar os outros, não saberia como favorecer a si próprio na escolha dos princípios. Mesmo que os membros desse grupo conseguissem que todos concordassem com sua proposta, não teriam nenhuma garantia de que isso lhes seria vantajoso, já que não podem identificar a si mesmos nem por nome nem por descrição. (RAWLS, 2008, p. 170). [...] O véu

de ignorância possibilita a escolha unânime de uma concepção de justiça em especial. Sem esses limites impostos ao conhecimento, o problema da negociação na posição original se tornaria insolúvel. Mesmo que existisse uma solução teórica, não seríamos capazes de descobri-la, pelo menos por enquanto. (RAWLS, 2008, p. 171).

O principal objetivo da posição original é o estabelecimento dos princípios pela unanimidade, haja vista que o acordo é inevitável e que os mesmos são concebidos em condições que, de fato, os indivíduos aceitariam, ou, se isso não fosse possível em um primeiro momento, se chegaria a esse patamar através de uma reflexão filosófica. Rawls entende que as vantagens teóricas e influências acidentais oriundas do passado de uma sociedade não podem afetar o acordo sobre os princípios que devam reger a estrutura básica social. Segundo sua lição:

Não esqueçamos nosso objetivo, que é o de mostrar como a idéia de uma sociedade enquanto sistema eqüitativo de cooperação social pode ser desenvolvida com o fim de precisar os princípios mais apropriados para a efetivação das instituições da liberdade e da igualdade, sendo os cidadãos considerados como pessoas livres e iguais. (RAWLS, 2000, p. 224).

Na sua obra "Justiça como eqüidade: uma reformulação", Rawls (2003, p. 126) aponta as duas partes que compõem o acordo original, ao concatenar as idéias de concepção política e base de legitimidade política: (1) um acordo sobre princípios de justiça política para a estrutura básica e (2) um acordo sobre os princípios de argumentação e as regras de verificação à luz das quais os cidadãos devem decidir se os princípios da justiça se aplicam e como serão satisfeitos, aliados às condições sociais existentes.

A finalidade dessa concepção de Rawls (2000, p. 69) é servir de idéia mediadora, onde todas as convicções refletidas podem vir a se relacionar umas com as outras, respeitados os graus de generalidade, servindo para situar as partes em relação aos princípios ou julgamento sobre as instituições e ações particulares.

4 CRITÉRIOS UTILIZADOS NA POSIÇÃO ORIGINAL: A BUSCA PELOS BENS PRIMÁRIOS E A RACIONALIDADE (REGRA DO MAXIMIN)

Para caracterizar os sujeitos que se encontram na posição original, Rawls reputa necessário analisar dois critérios: as motivações próprias dos seres descritos e a racionalidade que vão empregar nas situações de incerteza. Acredita que os seres imaginários estão motivados pela busca de bens primários, indispensáveis a qualquer plano de vida.

Esses bens podem ser divididos em sociais, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais como a riqueza, oportunidade, direitos e os naturais, que são natos, tais como talentos, saúde, inteligência. Pode acontecer que algumas partes não queiram uma quantidade maior desses bens, por razões religiosas, políticas, econômicas e, na posição original, é razoável o seguinte posicionamento:

Porém, do ponto de vista da posição original, é racional que as partes suponham querer uma coisa maior, já que não são mesmo obrigadas a aceitar mais se não o quiserem. Assim, embora não tenham informações a respeito de seus objetivos específicos, elas têm um conhecimento suficiente para hierarquizar as alternativas. Sabem que, em geral, devem tentar proteger suas liberdades, ampliar suas oportunidades e os meios de promover seus objetivos, quaisquer que sejam. Orientadas pela teoria do bem e pelos fatos gerais da psicologia moral, suas deliberações deixam de ser um exercício de adivinhação. Podem tomar uma decisão racional no sentido comum. (RAWLS, 2008, p. 173-174).

Quanto ao conceito de racionalidade adotado, Rawls opta pelo sentido usual, que se expressa na forma como uma pessoa tem um conjunto de preferências coerentes entre as opções disponíveis, classificando-as segundo a eficácia no tocante aos objetivos, almejando uma maior satisfação dos projetos, desejos e a probabilidade de êxito maior. Quanto à racionalidade mutuamente desinteressada da posição original, Rawls assevera que:

A suposição de racionalidade mutuamente desinteressada resume-se, portanto no seguinte: as pessoas que se encontram na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seu sistema de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir para si mesmas o mais alto índice de bens primários sociais, já que isso lhes possibilita promover sua concepção do bem de maneira mais eficaz, seja qual for essa concepção. As partes não procuram conceder benefícios nem impor prejuízos umas às outras; não têm motivações de afeto nem de rancor. Nem tentam levar vantagem umas sobre as outras; não são invejosas nem fúteis. Se concebêssemos isso como um jogo, poderíamos dizer que elas lutam pelo maior placar absoluto possível. Não querem que os adversários marquem mais ou menos pontos, nem procuram maximizar ou minimizar a diferença entre êxitos e os dos outros. A idéia de jogo não se aplica ao fato, pois as partes não estão interessadas em ganhar, mas em obter o maior número possível de pontos, a julgar por seu próprio sistema de objetivos. (RAWLS, 2008, p. 175-176).

Razoável seria uma idéia básica e intuitiva, podendo ser aplicada a pessoas, descrições, ações, princípios, padrões e doutrinas abrangentes. Racional se liga ao fato de as partes conseguirem classificar de forma coerente seus fins últimos, pois deliberam com base na adoção de meios eficazes, escolha consciente de alternativas, em clara relação com as teorias econômicas.

Na sua obra "Uma Teoria da Justiça", Rawls (2008, p. 177-178) aponta uma lista que contém os elementos da posição original e de suas variantes. Depois, parte para uma análise da teoria da motivação, afirmando que não se deve confundir a motivação das pessoas que se encontram na posição original com a das que vivem na vida cotidiana, onde nesta os princípios têm correspondência com o senso de justiça e naquela a motivação das partes não define diretamente a das pessoas em uma sociedade justa, na medida em que quem se encontra na posição original é mutuamente desinteressado.

O desinteresse mútuo no véu da ignorância tem os méritos de simplicidade e clareza. Nesse contexto, cada um dos princípios

é uma limitação da própria liberdade de ação e as restrições não devem ser aceitas sem justificativas.

Mister se faz que seja apresentado o critério utilizado para balizar essa racionalidade: a regra do *maximin*, que determina a classificação das alternativas partindo dos piores resultados possíveis, devendo ser adotada aquela situação em que o pior resultado seja superior aos piores resultados das outras. Deve-se maximizar o mínimo: "não é, em geral, uma orientação adequada para escolhas em situações de incertezas; ela só se aplica a situações marcadas por certas características especiais" (RAWLS, 2008, p. 187), como é o caso da posição original.

Para a teoria econômica, chama-se *maximin* o argumento segundo o qual o estado do mais justo do ponto de vista econômico e social é aquele que torna máxima a posição do societário menos favorecido. Rawls utiliza o raciocínio da teoria dos jogos, no qual o grupo se posicionaria pela garantia do mínimo, pois desconheciam as suas condições sociais, posições econômicas, chances de riqueza ou pobreza. A Teoria dos Jogos (1983, p. 458) é uma tentativa de explicar o comportamento dos indivíduos para formular princípios que sirvam de orientação a uma ação inteligente. Analisa o comportamento das empresas e dos indivíduos em dadas situações de mercado.

A primeira preocupação seria com o mínimo, traduzido na figura da liberdade. Para Rawls, uma configuração é eficiente quando for impossível mudar determinada situação de uma pessoa sem piorar a de outra. Isso é uma aplicação do ótimo de Pareto:

Podemos dizer que uma organização de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se, e somente se, é impossível mudar as regras, redefinir o esquema de direitos e deveres, de modo a aumentar as expectativas de qualquer dos homens representativos (pelo menos um) sem ao mesmo tempo diminuir as expectativas de um (pelo menos um) homem representativo. Pode ser que, sob certas condições, um regime de servidão não possa ser significativamente reformado sem a diminuição das expectativas de algum homem representativo, por exemplo, dos proprietários de terras, nesse caso o regime de servidão é eficiente. (RAWLS, 2008, p. 75).

A regra do *maximin* possui três características, que, para uma melhor verificação, devem ser combinadas: deve haver algum motivo para que se descartem sumariamente as estimativas das probabilidades; a pessoa que escolhe tem uma concepção do bem que a leva a preocupar-se muito pouco, com o que possa ganhar acima da remuneração mínima que pode, de fato, ter certeza de obter ao seguir a regra *maximin* e que as alternativas rejeitadas têm resultados que dificilmente seriam aceitos. No entendimento de John Rawls, a relação entre essa regra e a posição original é a seguinte:

Vamos recapitular, de maneira resumida, a natureza da posição original tendo em mente essas três características especiais. Para começar, o véu da ignorância exclui todo conhecimento de probabilidades. As partes não têm como determinar a natureza provável de sua sociedade, ou seu lugar nela. Assim, não têm uma base para cálculos probabilísticos. Também devem levar em conta o fato de que sua escolha de princípios deve parecer razoável para os outros, em especial para os seus descendentes, cujos direitos sofrerão influência direta dessa decisão. Essas ponderações ganham força com o fato de que as partes sabem muito pouco a respeito dos estados possíveis da sociedade. Além de serem incapazes de conjecturar sobre as probabilidades das diversas circunstâncias possíveis, não sabem dizer muito sobre quais são as circunstâncias possíveis, muito menos enumerá-las para prever o resultado de cada alternativa disponível. Os que decidem ficam muito mais no escuro do que o sugerem as ilustrações por meio de tabelas numéricas. É por isso que só falei de uma relação com a regra do *maximin*. (RAWLS, 2008, p. 189).

Assim, resta claro que se deve maximizar as perspectivas dos menos favorecidos (o mínimo), de forma a demonstrar que a justiça de grandes aumentos ou diminuições nas expectativas dos mais favorecidos possa depender de pequenas mudanças na situação dos que estão em piores condições. Na sua obra "Justiça como equidade: uma reformulação", Rawls define a regra do *maximin*:

Segundo ela, devemos identificar o pior resultado de cada alternativa disponível e então adotar a alternativa cujo pior resultado é melhor do que os piores resultados de todas as alternativas. Para seguir essa regra, ao escolher princípios de justiça para a estrutura básica procuramos as piores estruturas sociais admissíveis quando essa estrutura é efetivamente regulada por aqueles princípios em várias circunstâncias. (RAWLS, 2003, p. 137).

Para Rawls, as liberdades básicas são representadas pela idéia de que devem ser igualmente garantidos para todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno de suas faculdades pela capacidade de se ter um senso de justiça, que se refere à aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica, bem como suas políticas sociais.

Prosseguindo, haja vista que o acordo foi celebrado de boa-fé e o seu conteúdo são os princípios de justiça mutuamente reconhecidos e aceitos, honrá-lo significa a aplicação voluntária dos dois princípios de justiça para a estrutura social básica, o que Rawls (2008, p. 145) denomina de “exigência do comprometimento”. Conclui este raciocínio afirmando que os princípios de justiça são a única alternativa que garante os interesses fundamentais dos cidadãos como livres e em condições de igualdade.

5 REPASSE CRÍTICO

Os críticos de Rawls, em sua maioria, consideram que o principal objetivo da posição original é chegar aos princípios de justiça que serão utilizados na estrutura básica da sociedade. Mas outra interpretação pode ser admitida. A celebração do contrato hipotético possui traços específicos que se definem pela posição original, considerada como uma situação padronizada, artificial e anormal. Nela são estabelecidos os seguintes padrões: a racionalidade egoísta econômica e a racionalidade moral.

No primeiro, ocorre a análise da inteligência para a maximização das próprias vantagens, interesses, sendo uma racionalidade auto-interessada. Pelo segundo, surge o estabelecimento de padrões morais de solidariedade tendo como base o princípio da

reciprocidade, que estão escondidos atrás do véu de ignorância, como uma estratégia de padronização específica.

Assim, os princípios são padrões de racionalidade pré-determinados, pré-fixados de uma racionalidade pré-disposta na posição original e determinam as escolhas dos contratantes, que são unânimes porque se orientam pelos mesmos padrões, ou seja, regras rígidas que determinam o mesmo resultado. O que o contratualismo faz é um reconhecimento dessa ordem pré-disposta. A partir dessa análise é que os princípios seriam deduzidos da posição original.

6 CONCLUSÃO

A teoria da justiça concebida por John Rawls consistiu em um modelo que destaca a “justiça como equidade” através de uma análise profunda das circunstâncias que seriam férteis para o surgimento dessa concepção. Através da posição original, analisada neste estudo, Rawls dá início ao procedimento que culminará com a aplicação dos seus dois princípios de justiça para fundamentar a estrutura básica da sociedade.

O diferencial da sua obra foi a preocupação com as instituições políticas, sociais, econômicas, a preocupação com o setor público, a coletividade, trilhando sua idéia de justiça em função da capacidade social de realizá-la. Embora passível de críticas, a teoria rawlsiana é um instrumento útil para avaliar a legitimidade de dominação exercida nas sociedades modernas.

Rawls indica com sua obra a viabilidade da construção de uma teoria substancial de justiça e igualdade que seja capaz de ultrapassar o formalismo do positivismo e a metafísica do jusnaturalismo, tendo como principal objetivo parecer razoável e útil.

7 REFERÊNCIAS

DE VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: UNESP, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARAGO, France. **A justiça**. São Paulo: Manole, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Cláudia Berlinger. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOOR, Fernanda Stracker. Reflexões sobre a teoria da justiça em John Rawls. **Justiça do Direito**, Minas Gerais, v. I, n. 15., 2001.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A teoria rawlsiana da justiça. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, a.42, n. 168 out./dez., 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O Liberalismo Político**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Justiça como Equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSSO, Paulo Sérgio. ALVES, Fernando de Brito. Igualdade formal e desigualdade utilitária: os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls. **Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Fundinopi**, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. Trad. Antônio de Pádua Denesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SELDON, Arthur. PENNANCE, F. G. **Dicionário de Economia**. Trad. Nelson de Vincenzi. 4. ed. São Paulo: Edições Bolch, 1983.

O MODELO GERENCIAL DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA ENTRE 1990 E 2004

THE MANAGERIAL MODEL OF THE CITY OF FORTALEZA BETWEEN 1990 AND 2004

José Júlio da Ponte Neto

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC
Graduado em Licenciatura em Filosofia
pela Faculdade de Filosofia de Fortaleza
Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento)
pela Universidade Federal do Ceará
Doutor em Direito pela Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE
Advogado
Professor adjunto da Universidade de Fortaleza - UNIFOR
E-mail: julioponte@uol.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O GERENCIAMENTO ADMINISTRATIVO ESTADUAL NO PERÍODO DE 1990 A 2004; 3 O MODELO ESTABELECIDO PELA GESTÃO JURACI MAGALHÃES; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 STATE ADMINISTRATIVE MANAGEMENT IN THE PERIOD FROM 1990 TO 2004; 3 MODEL ESTABLISHED BY MANAGEMENT JURACI MAGALHAES; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

Resumo: Procura este artigo demonstrar o modelo de gestão administrativa municipal entre os anos e 1990 a 2004, durante o governo do ex-prefeito Juraci Magalhães. Nesse período foram experimentadas a construção de obras viárias que deram nova feição à cidade e a execução de reformas administrativas voltadas à cultura participativa e posteriormente concentrada no Chefe do Executivo.

Palavras-chave: Democracia participativa. Poder Público. Administração Pública.

Abstract: This article seeks to demonstrate the type of municipal administration and between the years 1990 to 2004, during the administration of former mayor Juraci Magalhães. In this period were experienced in construction of road works that were new to town and feature implementation of administrative reforms aimed

at participatory culture and subsequently concentrated in the Chief Executive

Keywords: Participatory democracy. Public Power. Government.

1 INTRODUÇÃO

O município de Fortaleza, como aconteceu com boa parte dos Municípios brasileiros, padecia de grave crise econômica durante períodos das décadas de 70 e 80, devido a sua dependência ao modelo centralizador imposto pelo regime autoritário de 64. Além das receitas próprias do Município serem insignificantes, dependia dos repasses tributários dos governos federal e estadual. Somando-se a essa situação financeira, a cidade passou a receber grande número de migrantes das demais localidades do Estado, sem maiores planejamentos para suportar as demandas sociais, agravando, por conseqüência, suas dificuldades e recrudescendo os índices de pobreza da população periférica, na maioria favelada.

Em 1985, os cidadãos elegeram a primeira prefeita do Partido dos Trabalhadores - PT, Maria Luíza Fontenele, sob a euforia do restabelecimento da democracia brasileira, mas a realidade da administração implantada revelou a difícil situação orçamentária do Município. Seu mérito maior, porém, foi entregar ao seu sucessor, Ciro Gomes, uma prefeitura reorganizada em termos de racionalização da máquina administrativa tendo, inclusive, demitido milhares de servidores públicos que não eram concursados, mas apadrinhados por políticos, além do aporte de recursos advindos da recém-promulgada Constituição de 1988.

Ciro Gomes, na época do Partido Movimento Democrático Brasileiro - PMDB, obteve vitória eleitoral das mais disputadas da história da cidade. A apuração foi disputada com o candidato do Partido Democrático Trabalhista - PDT, Edson Silva. Ao final, a diferença foi de apenas 5.184 votos. Sua eleição deveu-se principalmente ao apoio dado pelo governador Tasso Jereissati, o qual não faltaram recursos financeiros nem humanos para implementar também no Município o "Projeto das Mudanças", sob a ótica da participação popular, em execução, desde 1986, no interior do Estado e com ramificações na capital. Notória foi a

transferência do prestígio político do governador a seu candidato. O vice-prefeito eleito foi o médico Juraci Magalhães, um dos mentores da primeira campanha de Tasso ao Executivo estadual.

Ciro Gomes foi eleito prefeito, governando durante pouco tempo, até o início de 1990, quando assumiu o Executivo estadual, mais uma vez com o apoio de Tasso Jereissati. Foi empossado Juraci Magalhães, prefeito durante os anos de 1990 a 1992 e de 1997 a 2004. Antônio Cambraia, Secretário de Finanças de Juraci Magalhães, foi eleito para o mandato de 1993 a 1996. Pode-se falar que o "governo juracista", entre 1990 e 2004, coincidiu com os desafios do aprimoramento da participação popular arquitetada pela reforma da federação e pelo governo do Estado.

2 O GERENCIAMENTO ADMINISTRATIVO ESTADUAL NO PERÍODO DE 1990 A 2004

No âmbito do governo do Estado do Ceará, a administração de Tasso Jereissati fomentou e inovou a estratégia da participação das comunidades visando à legitimação das execuções das ações de seu governo, com reflexo nas futuras administrações da capital cearense. Com efeito, criou os programas: Ações Permanentes de Combate às Secas; Agentes de Saúde, com a contratação de milhares de profissionais da área, que serviu até de modelo para outros Estados da federação; creches comunitárias e grupos de ação comunitária. Entre os anos de 1995 e 1998, no seu terceiro mandato, viabilizou a inclusão de movimentos populares ativos na administração por meio do Plano de Governo de Desenvolvimento Sustentável do Ceará, objetivando maior eficiência das ações governamentais. Essa construção gerencial foi decorrente da Conferência da ONU, realizada em 1992, no Rio de Janeiro, sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente.

A transformação burocrática governamental propunha alterar a economia e os indicadores sociais. Atrair interesses externos ao desenvolvimento do Ceará fez com que obras de porte fossem realizadas, redimensionando para uma moderna infra-estrutura. De concreto ficou o aumento do PIB do Estado em 62,5% entre os anos

1985 e 1999, segundo dados fornecidos pelo próprio governo, por meio da Secretaria de Planejamento.

Ocorre que o Executivo teve de deflagrar batalhas políticas internas, não apenas no campo do crescimento econômico, mas também sobre a problemática formação da política local nos Municípios cearenses, caracterizada fortemente pelo clientelismo e paternalismo. A proposta de Tasso Jereissati foi mudar esse modelo da compra de votos em troca de favores, apostando na gestão participativa com o objetivo também de tornar a máquina governamental mais eficiente no uso dos recursos públicos e no traçado das prioridades.

Partindo desse pressuposto participativo, foram criados conselhos em três níveis diferentes, sem considerar a implantação do programa "Agentes das Mudanças", contingente humano agregado por lideranças para atuar em consonância com áreas de atuação fixadas pelos órgãos assistenciais:

a) Conselhos participativos da sociedade civil, em número não excedente de três, com atribuições específicas para analisar o desenvolvimento sustentável e os indicadores sociais, cabendo ao governador indicar seus componentes;

b) Conselhos regionais de desenvolvimento sustentável, composto por representantes do governo, instituições civis das regiões, políticos e representantes da sociedade civil, com objetivo de promoção do desenvolvimento regional. Eram em número de vinte e hoje estão desativados;

c) Conselhos municipais de desenvolvimento sustentável existentes em todos os 184 Municípios cearenses, compostos por representantes do governo do Estado, governo municipal, vereadores, entidades civis e a população.

Teoricamente, existiam mecanismos para otimização das relações entre os diversos níveis de governo com a sociedade civil. Entretanto, desconsiderou o governo estadual o choque político que estava sendo implantado, principalmente sobre os políticos de formação tradicional que não admitiam os conselheiros municipais

como elementos de ligação entre os cidadãos e o Governo do Estado.

Cedendo às pressões, permitiu a intermediação dos prefeitos e dos deputados da região, fragilizando os canais decisórios da sociedade civil legitimamente representada. Muitos prefeitos, uma vez eleitos, trocaram os conselheiros por pessoas de sua inteira confiança, sepultando o pluralismo participativo.

Os resultados não foram, e não poderiam deixar de ser, os previstos, muito menos houve integração desses Conselhos na administração estadual, visto que a coordenação, como salientado, foi objeto de disputa pelas lideranças locais tradicionais. Outrossim, verificou-se falta de sintonia entre as prioridades estabelecidas por cada nível participativo criado, reduzindo o caráter consultivo e o poder de formulação de estratégias verdadeiramente sustentáveis.

Não é creditado apenas aos políticos tradicionais o malogro dos conselhos participativos, uma vez que, segundo o entendimento de Ângela Küster, "ao implantarem os Conselhos Participativos, os coordenadores responsáveis pelo Programa esbarraram em dificuldades que podem ser atribuídas ao procedimento metodológico utilizado, à estrutura do modelo e à cultura política local." (KÜSTER, 2003, p.162)

Como não houve definição clara sobre a função dos conselhos junto às comunidades locais, evidenciou-se uma absoluta falta de interlocução entre as mesmas. Ademais, não foi criada na estrutura organizacional do Estado a inclusão dos conselhos, ocasionando arquivamento de vários pleitos comunitários que não conseguiam ser reconhecidos no cronograma de governo. Acrescenta-se que só a existência de níveis de conselhos, distintos, sem integração, inviabilizava a oportunidade de ações conjuntas claras e eficientes.

Faltou também ao governo do Estado visão crítica para fomentar no meio dos representantes das organizações sócio-políticas, das entidades comunitárias e dos funcionários das prefeituras e do próprio Estado a auto-organização autônoma e democrática, isto é, negou-se a esses grupos os necessários conhecimentos das normas públicas dos Municípios e o significado da participação popular nos

processos decisórios.

Em face dessas dificuldades, o governo de Tasso Jereissatti, evitando ser adjetivado como coronelista, implantou novo Plano Governamental de Desenvolvimento Sustentável para os anos de 1988 a 2002, porém não mencionou a inclusão da gestão participativa, mesmo porque estavam descaracterizados os conselhos comunitários pela resistência politicamente imposta, dada pela negação de engajamento dos atores locais.

No Ceará, dois dos cento e oitenta e três Municípios interioranos mereceram referência, Icapuí e Santana do Acaraú, administrados respectivamente por partidos de oposição ao Executivo estadual e por se notabilizarem pela seriedade, transparência e eficiência administrativas, com respaldo popular para a priorização da educação, saúde, desenvolvimento cultural e preservação do meio ambiente como elementos propulsores à qualidade de vida dos seus munícipes. Romperam com a apatia e o ceticismo ao materializarem os discursos eleitorais para a promoção da gestão participativa racional com o conhecimento da realidade local, de suas potencialidades e de suas necessidades.

A visão empresarial do governo de Tasso Jereissatti procedeu, de fato, a alterações econômicas e políticas. No seu primeiro governo, de 1987 a 1990, ocorreu uma definida política demarcatória entre o desempenho econômico, político e social. O primeiro visava ao incremento da capacidade econômica do Estado, não sob a interferência de políticos, mas de empresários. O segundo tentava relegar, a terceiro plano, os políticos tradicionais ligados aos coronéis. O resultado foi, logo no seu segundo ano do primeiro mandato, uma vitória eleitoral bastante expressiva nas prefeituras: 43% delas, inclusive Fortaleza, estavam ligadas ao novo governo. Na esfera social nos Municípios e também em Fortaleza, foi implantado o programa citado "Agentes das Mudanças", cujas metas importaram:

- a) incentivar a formação de uma rede de lideranças;
- b) encaminhar propostas de políticas públicas apresentadas pelas comunidades;
- c) executar as propostas aprovadas pelo governo estadual.

3 MODELO ESTABELECIDO PELA GESTÃO JURACI MAGALHÃES

Ao assumir a Prefeitura Municipal de Fortaleza em 1990, a estratégia de Juraci Magalhães foi dar continuidade às obras iniciadas na capital por Ciro Gomes. Fortaleza foi redesenhada com novas ruas e avenidas, encurtando o percurso dos usuários de veículos em vários sentidos. No plano social não oportunizou a participação das legítimas lideranças emergentes, porém a de representantes comunitários vinculados a vereadores de seu grupo político. Em menos de ano de sua gestão tratou de romper com o ex-prefeito. Por outro lado, utilizou a mesma estratégia administrativa de Tasso Jereissatti, sem, contudo, abrir mão do domínio do aparelhamento municipal.

Entre 1993 e 1996, Antonio Cambraia, secretário de finanças de Juraci Magalhães, governou Fortaleza. Fez poucas obras, mas pontuais e estratégias do ponto de vista do marketing turístico. Sua gestão continuísta fez eleger Juraci Magalhães para o quadriênio 1996 a 2000, também reeleito em 2000, sob críticas de malversação na máquina administrativa. Seu genro e já deputado estadual, Sérgio Benevides, foi cassado em sessão realizada em 27 de outubro de 2004, pela Assembléia Legislativa, sob acusação de desvio de quase dois milhões de reais das verbas destinadas à merenda escolar.

O Município de Fortaleza foi administrado pelo prefeito Juraci Magalhães verticalmente, desconsiderando a necessidade de se estabelecer co-responsabilidades entre as forças públicas e sociais. As decisões administrativas foram centradas nos interesses do agrupamento político existente e não na legitimação. As frustrações da sociedade/eleitorado foram vistas nas urnas com a eleição de Luizianne Lins (PT) para prefeita em 2004.

Esse período de 14 anos pode ser interpretado, em consonância com a exposição de motivos da reforma administrativa da Prefeitura de Fortaleza, encaminhada em 2 de janeiro de 1997: antes e depois do reconhecimento formal da importância do

exercício da cidadania na gestão pública.

A mencionada exposição de motivos salienta:

A Prefeitura de Fortaleza tem procurado realizar essa tarefa (qualidade de vida), inclusive buscando identificar estratégias que proporcionaram aos grupos mais fragilizados e desvalidos da população níveis de vida compatíveis com os direitos básicos da cidadania [...] Esta proposta de mudança da organização da Prefeitura visa garantir ao cidadão acesso aos serviços, às informações e à participação nas decisões referentes ao espaço urbano onde ele vive e atua. Para isso partiremos de dois pressupostos:

- da descentralização, como meio de levar as decisões para junto do cidadão, tomando a organização pública mais permeável às suas demandas e opiniões;

- da intersetorialidade, porque as necessidades dos cidadãos não são estanques e, se o consumo dos serviços públicos for planejado de forma integrada e articulada, poderá superar a fragmentação que até então tem caracterizado as ações das políticas sociais¹.

A administração tornou públicos os problemas do crescimento urbano caótico da cidade, associado junto à exclusão social, apresentando quadro populacional em espaços sem equipamentos e serviços públicos essenciais, moradias indignas, além de expressivo contingente populacional fora do mercado de trabalho.

Essa reforma organizacional estava esboçada, no que tange à aproximação do poder público à coletividade, sob as vertentes:

a) promover a acessibilidade aos serviços públicos;

b) promover a participação nas decisões referentes ao espaço urbano vivo;

¹ EXPOSIÇÃO de Motivos da Mensagem nº 001, de 02/jan/97. Disponível em <<http://www.cmfor.ce.gov.br>>

c) difundir a efetividade das ações governamentais de forma transparente;

d) descentralizar a gestão municipal.

Esses princípios visavam a agilizar a máquina administrativa, descentralizando os órgãos de gerenciamento, dividindo o território em menores espaços para serem administrados por Secretarias Executivas Regionais (seis no total) como modo de interação com a população e com representação organizacional dessas pessoas. O discurso pugnava ainda pela preocupação de interação de cada uma dessas Secretarias Executivas Regionais de modo a viabilizar a atuação intersetorial em relação à população de cada região administrativa.

A criação dessas secretarias regionais tinha o objetivo de fazer com que o Executivo pudesse atuar diretamente sobre cada grupo populacional com o fito de especializar-se nas suas demandas para, em seguida, estabelecer prioridades gerenciais. Situar-se, contudo, no eixo central da articulação político-administrativa do Município as Secretaria Municipal de Ação Governamental - SMAG, Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS e Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente - SMDT, com atribuições de filtrar e selecionar as prioridades locais estabelecidas, ao mesmo tempo que formularam diretrizes gerais de condução da proposta descentralizadora.

Objetivava, pois, a Secretaria Municipal de Ação Governamental - SMAG elaborar diretrizes e prioridades sobre as ações municipais, manter as relações do Executivo com a população e integrar a população política administrativa com todos os órgãos da administração direta e indireta, por meio de canais de informação. A Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS tinha por atribuição proporcionar a melhoria do bem-estar social, alavancando as condições de emprego, renda, saúde, educação, habitação, abastecimento, cultura, esporte, lazer e ação social. Competia-lhe as ações intersetoriais e inter-regionais impactantes à qualidade de vida. No que se referia às políticas de controle urbano, transportes, obras viárias e municipais,

limpeza urbana e meio ambiente, competia à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente – SMDT. As diretrizes estabelecidas por esses órgãos eram gerenciadas pelas Secretarias Executivas Regionais – SER, por meio do atendimento às necessidades e demandas dos segmentos populacionais. Elas indicavam as prioridades das ações intersetoriais e, uma vez definidas as diretrizes norteadoras pelo Conselho de Orientação Política e Administrativa do Município – COPAM, executavam.

O Conselho de Orientação Política e Administrativa do Município – COPAM foi criado pelo Prefeito Juraci Magalhães em dezembro de 1990, sob a Lei Municipal nº 6791, a quem foi reservada a ‘coordenação superior’ das ações políticas, administrativas, econômico-financeiras e sociais do Executivo. Era composto pelo Prefeito e demais representantes da administração direta e alguns da indireta. Apesar de ser um órgão colegiado e de maior responsabilidade sobre as ações públicas, não havia previsão de participação de entidades populares ou mesmo de vereadores. Era considerado o colegiado de maior nível de comando. Com a Lei 8000/97, o COPAM teve explicitada sua importância ao estabelecer no orçamento do Município quais as diretrizes prioritárias, bem assim avaliar e controlar os resultados das ações públicas.

Foram criados também os órgãos colegiados intersetoriais. Duas eram Comissões Técnicas Municipais de Desenvolvimento Social e de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente, com atribuições restritas à fixação de diretrizes para a condução de ações municipais em cada Secretaria Regional e das Comissões Regionais de Desenvolvimento Social e Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente com competências sintetizadoras das Comissões Técnicas para uma execução regionalizada.

É evidente que o contorno político para a condução administrativa ficava a cargo dessas três secretarias diretamente relacionadas ao prefeito. Ao receberem relatórios das secretarias regionais sobre as demandas populacionais específicas, selecionavam suas prioridades e fixavam diretrizes de ação, não apenas no sentido técnico, mas político fisiológico ao lado dos vereadores de situação.

Teoricamente, essa mudança organizacional buscava diminuir barreiras internas e externas sociais e estruturais, evidenciando um discurso para otimizar os processos de negociação e a remodelagem funcional, primando pelo atendimento ao usuário do serviço público. Priorizava, pois, a flexibilização pela horizontalidade no atendimento dos usuários específicos: a burocracia tendia a ser diminuída pelo direcionamento específico das demandas.

Como salientado, essa estrutura organizacional estava projetada, no âmbito teórico, à máxima funcionalidade do modelo descentralizador, porém a efetividade e a eficácia não foram levadas em consideração, tendo em vista todos os interesses políticos para a continuação de uma estrutura clientelista de sustentação tanto do Executivo quanto do Legislativo.

A intersetorialidade implantada naquele ano partia da identificação do perfil dos grupos populacionais em relação às suas expectativas de qualidade de vida para desenvolver seus trabalhos segundo as regras ditadas pelas secretarias políticas e pelos vereadores de situação. Entretanto, a restauração da cidadania passava antes pela necessidade da manutenção do poder.

Não é pertinente que a reforma visava a dotar as novas secretarias regionais de autonomia para a realização de atendimento integral das necessidades dos cidadãos. Não se questiona a racionalização descentralizadora da tarefa básica prestada ao munícipe. Protesta-se em respeito à politização das novas estruturas em detrimento de sua legitimação. A criação das secretarias regionais possibilitou a partilha de interesses políticos por zonas de atuação de cada vereador, uma forma anômala de criar o “vereador distrital”, com a aproximação do poder de decisão junto ao cidadão como elo de estabelecimento entre a administração e a sociedade civil.

Com efeito, a descentralização administrativa envolveu uma série de articulações não mais de forma direta, centro decisório, do poder gerencial (prefeito e secretários) para os munícipes, porém em sentido inverso da periferia para o nível central de organização, aumentando o anseio de inclusão social digna. Essa inversão produziu efeitos contrários no que tange aos dirigentes

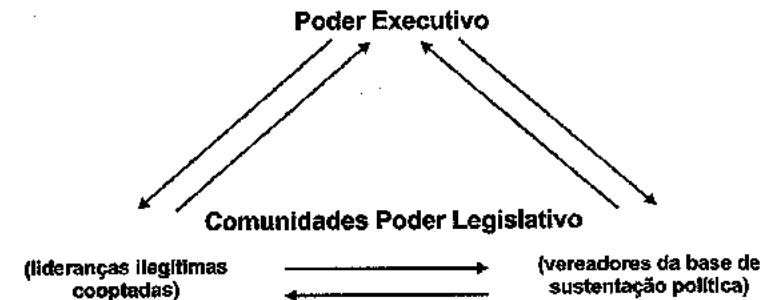
administrativos e portadores de mandato parlamentar: forçou-lhes a procurar alianças no meio das lideranças comunitárias para a promoção de seus interesses dentro do poder.

A cada secretaria regional foi transferida significativa atuação gerencial, antes de competência do prefeito e das secretarias outrora existentes. Os titulares das pastas tornaram-se responsáveis pela coordenação da qualidade de vida de aproximadamente quatrocentas mil pessoas, apesar das limitações orçamentárias. Essas “prefeiturinhas”, como foram conhecidas, passaram a ter uma relação direta com essas camadas populares para atender interesses educacionais, de saúde, de pavimentação, de lazer, de recolhimento do lixo, de fiscalização urbana, etc. Porém, essas funções não poderiam ser realizadas sem que houvesse o engajamento de lideranças comunitárias e dos próprios vereadores.

Criou-se um acúmulo de poder para esses secretários, registrando-se que o prefeito não nomeou políticos para a chefia de cada uma dessas pastas. Preferenciou técnicos de sua inteira confiança para não alterar o projeto político maior traçado para administrar a cidade no maior tempo possível. Complementando sua estratégia e atento a que um secretário regional pudesse alcançar vóo solitário, a coordenação geral ficava vinculada ao colegiado de secretários composto pelas Secretarias de Ação Governamental, Secretaria de Desenvolvimento Social e Secretaria de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente.

Não existiram políticas gerenciais reflexivas com a população sobre os objetivos a serem alcançados. Houve sim mobilização de grupos desprovidos de maior legitimidade e vinculados a lideranças políticas nos bairros periféricos, sem, contudo, fixar permanentes realizações pela valorização humana.

O modo de governar esteve assim esquematizado:



O resultado foi a realização de projetos paliativos, fragmentados, constantemente alterados, ludibriando a população sobre sua eficácia e eficiência, no mesmo sentido que demonstrou a impressão de que o Executivo, por meio dos seus órgãos, com interlocução de políticos, efetivava gestão social de abrangência coletiva. Souberam esses atores governamentais transmitir uma linguagem de aproximação e de importância à ampliação do espaço de cidadania, segundo a lógica estabelecida.

Segundo dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento – SEPLA, em relação ao ano de 2004 (Anexo A a F), Fortaleza apresenta os seguintes indicativos por região coberta por cada Secretaria Executiva Regional – SER, no que respeita às áreas, população e densidade demográfica, cuja distribuição de atribuições mostra discrepância quantitativa e fixa sobrecarga de atividades de algumas Secretarias Regionais:

REGIONAL	ÁREA (HA)		POPULAÇÃO		DENSIDADE DEMOGRÁFICA (HAB/HA)
	Quantidade	% do Total	Quantidade	% do Total	
SER I	2.538,20	100,00	340.134	100,00	134,00
SER II	4.933,90	100,00	311.842	100,00	63,20
SER III	2.777,70	100,00	340.516	100,00	122,59
SER IV	3.427,20	100,00	259.831	100,00	75,81
SER V	6.346,70	100,00	452.875	100,00	71,36
SER VI	13.492,80	100,00	436.204	100,00	32,33

Fonte: Pesquisa do Autor

No último quadriênio do governo do prefeito Juraci Magalhães tornou-se mais evidente a acumulação de ampliação de desigualdades. Em mensagem encaminhada à Câmara Municipal (nº 029), datada de 4 de dezembro de 2001, foi apresentado outro projeto de lei tratando, mais uma vez, da reforma administrativa da Prefeitura de Fortaleza.

Por meio da exposição de motivos enviada, o Chefe do Executivo deixou patenteada sua frustração sobre a "política descentralizadora" traçada em 1997, confessando:

Diante do exposto é que se optou pelo restabelecimento da função de Planejamento, de forma centralizada, em uma única unidade administrativa, propondo-se, para tanto, a criação de uma Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento (SEPLA), com a função de coordenar o planejamento, o sistema de informações e a gestão e o controle orçamentário [...] Avaliações técnicas promovidas no funcionamento do modelo de estrutura administrativa implantado na Prefeitura de Fortaleza, a partir de janeiro de 1997, apontaram algumas disfunções orgânicas que necessitam de correções imediatas indispensáveis ao cumprimento de sua missão, com melhores níveis de eficiência e eficácia².

2 EXPOSIÇÃO de Motivos da Mensagem nº 029, de 04/dez/2001. Disponível em <<http://www.cmir.ce.gov.br>>

Abaixo o quadro comparativo entre a revogada Lei 8000/97 e a aprovada 8608/01 quanto à estrutura administrativa posta em prática:

LEI Nº 8000/97	LEI Nº 8608/01
ADMINISTRAÇÃO DIRETA	ADMINISTRAÇÃO DIRETA
1. Gabinete do Prefeito 2. Secretaria Municipal de Ação Governamental - SMAG 3. Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS 4. Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente - SMDT 5. Secretarias Executivas Regionais - SER's 6. Secretaria de Administração do Município - SAM 7. Secretaria de Finanças do Município - SEFIN 8. Procuradoria Geral do Município - PGM	1. Gabinete do Prefeito 2. Gabinete do Vice-Prefeito 3. Secretaria de Finanças do Município - SEFIN 4. Secretaria de Administração do Município - SAM 5. Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE 6. Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento - SEPLA 7. Secretaria Municipal de Saúde - SMS 8. Gabinete do Prefeito 9. Gabinete do Vice-Prefeito 10. Secretaria de Finanças do Município - SEFIN 11. Secretaria de Administração do Município - SAM 12. Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE 13. Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento - SEPLA 14. Secretaria Municipal de Saúde - SMS 15. Secretaria Municipal de Educação e Assistência Social - SEDAS 16. Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF 17. Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Serviços Urbanos - SEMAM 18. Procuradoria-Geral do Município - PGM 19. Controladoria-Geral do Município - CGM 20. Secretarias Executivas Regionais - SER
ÓRGÃO COLEGIADO	ÓRGÃOS COLEGIADOS
1. Conselho de Orientação Política e Administrativa do Município - COPAM	1. Conselho de Orientação Política e Administrativa do Município - COPAM 2. Conselho de Planejamento Estratégico - CPE 3. Comitê Municipal de Informática

ÓRGÃOS	ÓRGÃOS
ÓRGÃOS COLEGIADOS INTERSETORIAIS	ÓRGÃOS COLEGIADOS INTERSETORIAIS
1. Comissão Técnica Municipal de Desenvolvimento Social 2. Comissão Técnica Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente 3. Comissão Técnica Regional de Desenvolvimento Social	1. Conselho Municipal do Trabalho de Fortaleza - COMUT 2. Conselho Municipal de Habitação Popular - COMHAP 3. Conselho Municipal de Educação - CME 4. Conselho Municipal de Alimentação Escolar - CMAE 5. Conselho Municipal de Acompanhamento do FUNDEF 6. Conselhos Escolares 7. Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, 8. Conselho Municipal de Assistência Social - CMAS 9. Conselho Municipal de Saúde - CMS 10. Conselho Municipal de Meio Ambiente 11. Conselho Municipal da Juventude 12. Conselho Tutelar I 13. Conselho Tutelar II 14. Conselho Tutelar III 15. Comissão de Programação Financeira 16. Comissão Permanente de Licitação do Município de Fortaleza 17. Comissão Permanente de Acompanhamento do Plano Diretor - CPPD 18. Conselho Municipal de Transportes Urbanos - COMTUR
ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, FUNDAÇÕES, EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, FUNDAÇÕES, EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E AUTARQUIA
1. Instituto de Planejamento do Município - IPLAM, vinculado à Secretaria Municipal de Ação Governamental - SMAG; 2. Instituto Dr. José Frota - IJF, vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social; 3. Instituto de Previdência do Município - IPM, vinculado à Secretaria de Administração do Município; 4. Instituto de Pesos e Medidas de Fortaleza - IPEM, vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente; 5. Companhia de Transporte Coletivo - CTC, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente; 6. Empresa Técnica de Transportes Urbanos S.A. - ETTUSA, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente; 7. Superintendência Municipal de Obras e Viação - SUMOV, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente; 8. Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização - EMLURB, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente;	1. Instituto Dr. José Frota - IJF, vinculado à Secretaria Municipal de Saúde - SMS 2. Instituto Municipal de Pesquisas, Administração e Recursos Humanos - IMPARH, vinculado à Secretaria de Administração do Município - SAM 3. Instituto de Previdência do Município - IPM, vinculado à Secretaria de Administração do Município - SAM 4. Fundação da Criança e da Família Cidadã - FUNCI, vinculada à Secretaria Municipal de Educação e Assistência Social - SEDAS 5. Fundação de Cultura, Esporte, Lazer e Turismo - FUNCET, vinculada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE 6. Instituto de Pesos e Medidas do Município - IPEM, vinculado à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF 7. Empresa Técnica de Transportes Urbanos - ETTUSA, vinculada à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF

ÓRGÃOS	ÓRGÃOS
9. Frigorífico Industrial de Fortaleza S.A. - FRIFORT, vinculado à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social; 10. Fundação para o Desenvolvimento Turístico de Fortaleza - FORTUR, vinculada ao Gabinete do Prefeito; 11. Fundação Cultural de Fortaleza - FCF, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social; 12. Fundação de Desenvolvimento de Pessoal - FUNDESP, vinculada à Secretaria de Administração do Município; 13. Fundação da Criança da Cidade, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social; 14. Fundação Municipal de Profissionalização, de Geração de Emprego e Renda e de Difusão Tecnológica - PROFITEC, vinculada à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social.	8. Companhia de Transporte Coletivo - CTC, vinculada à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF; 9. Instituto Dr. José Frota - IJF, vinculado à Secretaria Municipal de Saúde - SMS; 10. Instituto Municipal de Pesquisas, Administração e Recursos Humanos - IMPARH, vinculado à Secretaria de Administração do Município - SAM; 11. Instituto de Previdência do Município - IPM, vinculado à Secretaria de Administração do Município - SAM; 12. Fundação da Criança e da Família Cidadã - FUNCI, vinculada à Secretaria Municipal de Educação e Assistência Social - SEDAS; 13. Fundação de Cultura, Esporte, Lazer e Turismo - FUNCET, vinculada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE; 14. Instituto de Pesos e Medidas do Município - IPEM, vinculado à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF; 15. Empresa Técnica de Transportes Urbanos - ETTUSA, vinculada à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF; 16. Companhia de Transporte Coletivo - CTC, vinculada à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF; 17. Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e Cidadania de Fortaleza - AMC, vinculada à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF; 18. Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização - EMLURB, vinculada à Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Serviços Urbanos - SEMAM.
	FUNDOS ESPECIAIS
	1. Fundo Municipal de Saúde, vinculado à Secretaria Municipal de Saúde - SMS; 2. Fundo Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculado à Secretaria Municipal de Educação e Assistência Social - SEDAS; 3. Fundo Municipal de Assistência Social, vinculado à Secretaria Municipal de Educação e Assistência Social - SEDAS; 4. Fundo de Defesa do Meio Ambiente, vinculado à Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Serviços Urbanos - SEMAM; 5. Fundo Municipal de Desenvolvimento Sócio-econômico, vinculado à Secretaria Municipal de Planejamento e Orçamento - SEPLA; 6. Fundo de Apoio aos Programas Habitacionais e ao PRORENDIA, vinculado à Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Controle Urbano - SEINF.

Essa reforma administrativa, aprovada sob a Lei Municipal 8.608, de 26 de dezembro de 2001, deixou diagnosticada:

- a) falhas gerenciais da legislação anterior;
- b) centralização administrativa de planejamento, informações, gestão e controle orçamentário a cargo de uma única Secretaria de Governo;
- c) redução das secretarias regionais a órgãos de mero "acompanhamento" e execução das atividades básicas do Município, não lhes cabendo nenhuma atribuição relacionada com as políticas e planejamento de qualquer um dos sistemas;
- d) criação de secretarias específicas para tratar de educação, saúde e meio ambiente.

Manteve-se o Conselho de Orientação Política e Administrativa do Município – COPAM, com a mesma finalidade e competência definidas pela Lei Municipal nº 6.791, de 19 de dezembro de 1990, trazendo como novidade a participação de "assessoria parlamentar e institucional". Contudo, esse Conselho existiu pró-forma, devido ao seu esvaziamento com a criação do Conselho de Planejamento Estratégico – CPE, composto pelo Chefe do Executivo e pelos Secretários de Finanças, de Desenvolvimento Econômico, de Planejamento e Orçamento, de Saúde, de Educação e Assistência Social, de Infra-Estrutura e Controle Urbano, de Meio Ambiente e Serviços Urbanos, Procurador Geral do Município e Chefe do Gabinete do Prefeito. Os titulares das Secretarias Regionais, assessores parlamentares e assessores institucionais foram excluídos de sua composição.

Dentre as principais competências desse conselho político, destacam-se:

- a) deliberação sobre o planejamento estratégico e operacional do Município;
- b) avaliação das ações em desenvolvimento, dos resultados alcançados;

c) deliberação sobre os ajustes que se fizeram necessários ao sistema de planejamento estratégico do Município;

d) avaliação prévia sobre projetos que envolvam a intervenção de mais de uma secretaria municipal ou que abranjam diferentes áreas de secretarias regionais.

4 CONCLUSÃO

A gestão implantada nesse período teve, efetivamente, duas fases bem distintas. A primeira delas que vigorou até 2001 foi marcada fortemente pela tentativa de implementação da democracia participativa, ainda que se possa afirmar que de maneira tênue.

A atuação gerencial voltada sua objetividade às Secretarias Regionais das pastas tornaram-se responsáveis pela coordenação da qualidade de vida de centenas de milhares de pessoas, exercendo uma relação direta com todas as camadas populares. Ademais, há também o detalhe que o Chefe do Executivo priorizou a nomeação de técnicos para o exercício de cada Secretaria Regional, relegando a segundo plano os interesses meramente políticos.

Já no segundo período estabelecido a partir de 2001, houve retrocesso em relação ao modelo anterior experimentado, apesar de permanecer com as secretarias regionais, porém com atribuições mitigadas.

Centralizando a estratégia política voltou o Município à tradição centralizadora, ao fortalecer políticas assistencialistas e ao negar o implemento dos direitos ao exercício da cidadania. Enquanto se espera ou se esperava que a cidadania fosse a conscientização de participação e de limitação do poder do Estado, depara-se com a tentativa de obstrução da sociedade civil aos controles político, jurídico e econômico determinados pelos agentes públicos por meio da persuasão para conduzir como melhor lhe convier a administração.

A administração fechou-se de forma tal que seus agentes desconsideraram os reclamos de alguns segmentos esclarecidos, apostando na ingenuidade das camadas populares como fonte de legitimação dos seus propósitos.

O clientelismo e o assistencialismo caracterizaram-se como a tônica municipal para definir o seu peculiar conceito de cidadania, pois a maioria da população foi induzida à passividade, no sentido contrário à afirmação do sujeito como ente ativo na política, promovedor de ações reivindicatórias e modificadoras das normas estabelecidas.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria do Carmo R. O poder local no Ceará. In: SOUZA, Simone de (Coord.). **História do Ceará**, Fortaleza: UFC, 1989.

AZEVEDO, Sérgio. **Federalismo e reforma do Estado**. Disponível em <<http://www.fundaj.gov.br/docs/eg/semi1.rt>>. Acesso em 20/fev/2005.

BARREIRA, Américo. **Revista dos Municípios do Ceará**, nº 5, 1954.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASILEIRO, Ana Maria. **O Município como Sistema Político**. Rio de Janeiro: fev, 1973.

CALSING, Elizeu Francisco. **O Município brasileiro e a descentralização governamental**. Brasília: UNB, 1986.

CARNEIRO, José Mário Brasiliense. **Avanços nas Prefeituras:**

novos caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004.

CARVALHO, Rejane Vasconcelos Accioly. **A Era Jereissatti**. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **O Município no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

KÜSTER, Ângela. **Democracia e Sustentabilidade, experiências no Ceará**, Nordeste do Brasil. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Mesquita de. **Cidadania e cultura política no poder local**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

RIBEIRO, Darcy. Os brasileiros. 1. **Teoria do Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1985.

SANTOS, Alexandre; BARATTA, T. Cristina. O plano diretor e o governo dos Municípios. In: GONDIM, Linda M. (Org.) **Plano Diretor e o Município: novos tempos, novas práticas**. Rio de Janeiro: IBAM, 1991.