

DOCTRINA

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PODER JUDICIÁRIO – CONCRETIZAÇÃO E INTERVENÇÃO

Amélia Adriana Campêlo

Promotora de Justiça de Alagoas. Pós-graduada em Direito Constitucional

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Brasil-Colônia e seus reflexos políticos e jurídicos na evolução dos direitos fundamentais de 1ª e 2ª gerações. 3. Os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações x A política neoliberal implantada no Brasil. 4. A crise do Estado Brasileiro. 5. A atuação do Poder Judiciário

1. Introdução

O Direito Brasileiro depara-se com o grave paradoxo de possuir uma Carta Política assecuratória de direitos fundamentais amplos, ao passo em que é obrigada a conviver dia a dia com uma multidão de excluídos, que desmentem e põem à prova a verdade emanada do texto constitucional, uma vez que clamam por uma justiça social que a eles ainda não chegou.

De um lado observa-se um país que, se não está entre os desenvolvidos, modernos e ricos, também não está entre os mais pobres. Se atualmente é a 12ª economia do planeta (já foi a oitava), a mesma pujança não se manifesta em qualidade de vida de sua população. A despeito deste perfil da economia, o perfil social é indecoroso, manifestado por péssimos indicadores sociais, como o número de desempregados (vice-campeão mundial em 2000) e de excluídos, as taxas de mortalidade infantil, os índices de violência urbana, entre outros, refletindo-se em muito baixo IDH – índice de desenvolvimento humano, especialmente em determinadas regiões do Brasil como o Nordeste.

Tal realidade é em grande parte devida à altíssima concentração de renda, a pior do mundo. Se é verdade que o Brasil enfrentou alguns de seus vários problemas, quanto a este, em termos de atuação efetiva do Estado, sempre o ignorou. Permitiu-se,

inclusive, que a concentração de renda se agravasse nos últimos tempos. Tal desenrolar dos fatos construiu um país onde quase um terço de sua população vive abaixo da linha da pobreza, levando muitos a morrerem de fome, a despeito de tantas terras agricultáveis e de tantas toneladas de grãos produzidos.

Estes elementos levam à imagem de um país em que todos os dias a dignidade da pessoa humana é ultrajada nos seus elementos mais básicos, mais primitivos. Garantias como acesso à educação de qualidade, ao alimento, à saúde e ao emprego, são habitualmente negligenciadas, porque aqueles que promulgaram um verdadeiro pacto social se abstiveram de efetivamente cumpri-lo.

Por outro lado, se observa a existência de uma Carta Constitucional direcionada e motivada a estabelecer mais do que um Estado Social. Motivada a estabelecer um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana é elevada à categoria de fundamento da República Brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil consolida a vocação democrática de seu povo, através de inúmeros avanços no asseguramento dos direitos do homem e do cidadão. Ao definir os princípios fundamentais e ao estabelecer os objetivos fundamentais da República, a Constituição Cidadã delinea a estrutura básica deste Estado Democrático de Direito, que necessariamente passa pela construção de um Estado Social, preparado para promover o bem estar de todos e reduzir as desigualdades sociais.

O choque entre essas duas realidades, leva à reflexão acerca da inefetividade dos princípios e regras constitucionais, que a despeito de mais de uma década de elaboração, não se consubstanciaram na prática da realidade brasileira, fazendo com que tal descompasso levasse a Constituição da República Federativa do Brasil à categoria de obra de ficção. Neste sentido, Konder Comparato fala da morte espiritual da Constituição.

Neste conflito, entre a realidade dos brasileiros, sem teto, sem terra, sem comida, sem dignidade, surgem questionamentos acerca de como os aplicadores do direito no Brasil podem fazer “direito” a sua função, de modo a contribuir para a construção de uma sociedade mais igual.

O ideário de justiça não se diferencia à medida que se distanciam as classes sociais, as elites ou os guetos. Esse sentimento de justiça aplicada que é de todos os brasileiros, só será concretizado quando efetivamente a sociedade brasileira alcançar a justiça social que tanto sonha. E o Poder Judiciário em muito pode contribuir para este alcance tanto mais se desapegue da estrutura formalista que o imobiliza e o amordaça.

O objetivo deste trabalho é, pois, demonstrar que a justiça constitucional no Brasil pode e deve ser feita diuturnamente. Esse desiderato será alcançado com a efetiva participação do judiciário na execução das políticas públicas que levam à concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. É o que Gisele Citadino chama de “Constituição Comunitária”.

Nessa linha de idéias a dissertação abordará tema de grande discussão no constitucionalismo contemporâneo, acerca da verdadeira substância da constituição e das normas que dela emanam. Qual a real força das normas constitucionais e o que falta para que sejam aplicadas. Discutem-se teorias a exemplo dos procedimentalistas e dos substancialistas, que debatem acerca da força efetiva dessas normas constitucionais.

Por fim, serão mostrados exemplos de julgados onde se demonstra como os juizes e Tribunais no Brasil vêm dando ênfase e atenção aos preceitos constitucionais acerca dos direitos fundamentais e de como podem e devem ao longo do exercício da profissão pensar uma forma mais eficaz de dizer o direito. Direito realmente dito, respeitado e efetivado para todos os cidadãos brasileiros.

2. O Brasil-Colônia e seus reflexos políticos e jurídicos na evolução dos direitos fundamentais de 1ª e 2ª gerações

País construído segundo a lógica da cruel exploração colonizadora, serviu ao longo dos séculos XVI a XIX como uma economia subsidiária, provedora de interesses de Portugal e de outros países centrais. E esta exploração, sedimentada pelo subjugamento, pressupõe a existência de uma população subtraída de direitos, cerceada da liberdade de escolhas e negligenciada por seus dirigentes. Assim, desde o descobrimento do Brasil, o acesso ao poder e a recursos financeiros sempre foi limitado e concentrado.

Os habitantes deste país guardam, então, um histórico de grande sofrimento e de fortes desigualdades. Tome-se como exemplo a população que aqui residia quando do descobrimento – os índios, e os vindos compulsoriamente – os negros, quando ambos foram formadores da sociedade brasileira em condição subalterna. Entretanto, não foram somente estes os expropriados.

Já no século XVIII, os direitos fundamentais de primeira geração, os chamados direitos de liberdade, estabelecidos como ideário da revolução francesa, corresponderam ao marco inicial do constitucionalismo no ocidente. Nesta época, o Brasil sob o jugo de Portugal, vivia a exploração colonizadora.

Atingida a independência, eliminada a condição política de colônia, assiste-se à tentativa de subverter esta ordem, visando colocar a nação brasileira em condições soberanas. Entretanto, nem mesmo o ideário da revolução francesa inspirou fortes mudanças sociais, posto que este foi deturpado pelas elites agrárias – que dominavam a economia pátria, a ponto de não prever sequer a abolição da escravidão, fato que o limitou a servir apenas como forma de oposição ao monopólio colonial. Neste sentido, a sociedade do séc XIX ainda se mostrou extremamente injusta e desigual, pautada em enorme exclusão social.

Os direitos sociais de segunda geração surgiram com a idéia de direito de igualdade, durante todo o século XX. São os direitos que exigem do Estado as prestações materiais necessárias à concretização desses mesmos direitos. Refletem o constitucionalismo da social democracia, presentes nas constituições do pós-guerra, principalmente a de Weimar em 1919.

No Brasil, um pouco antes desse período, os fins da monarquia e da escravidão quase se confundem. Surge a era republicana, a qual consolida e fortalece o poder das elites agrárias, marcadamente representadas pela República do Café-com-leite, quando mineiros e paulistas se revezaram no poder, ditando o rumo do país por muitas décadas. Ao mesmo tempo, direitos básicos foram se incrementando aos poucos no cotidiano nacional.

Esta evolução se mostrou conturbada, até pela forte instabilidade política. Sucederam-se inúmeras constituições, proporcionais à alternância entre governos democráticos e

autocráticos. Contudo, entre avanços e recuos, percebe-se uma trajetória no sentido da valorização do ser humano, da inclusão social, do combate às desigualdades, objetivando “uma sociedade livre, justa e solidária”.

O ápice destas conquistas no campo instrumental legal se apresenta através da atual Constituição brasileira. Ela é essencialmente uma Constituição do estado social. O legislador constitucional elevou ao patamar supremo os direitos sociais, politizando o direito, a fim de transformá-lo em um instrumento de combate social da atualidade. Esta opção constitucional legislativa se contrapõe àquela do Estado liberal, dotado de um extremo formalismo, de um positivismo exacerbado que desprestigiava os direitos fundamentais, relegando-os ao plano da legislação infraconstitucional.

Sobre esse assunto, Lenio Streck define que: “O Estado do bem estar seria aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua condição social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração”.¹

Na mesma linha, cita os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública e a moradia, e que vão impulsionar a passagem do Estado mínimo para o Estado intervencionista, onde desaparece o assistencialismo e surgem os direitos próprios da cidadania.

Dessa forma, a questão social qualificada pela questão da igualdade se aprofunda para a perseguição do estado democrático de direito, onde se busca através do texto constitucional a modificação de uma circunstância atual e alarmante de injustiças e profundas desigualdades no tecido social brasileiro.

Seguindo nessa linha de idéias, aqui está localizado o contraponto entre o avanço de outras sociedades no que pertine a efetivação dos direitos sociais e a criação de teorias que abraçam os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, e a sociedade

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 63.

brasileira que, fora dos trilhos da evolução, ainda não efetivou os direitos sociais consagrados na Constituição de 1988.

São inúmeras as causas que impediram o Brasil de efetivar verdadeiramente os direitos sociais garantidos na constituição. Paulo Bonavides entende que é uma crise institucional e da própria sociedade:

A tragédia da organização constitucional dos países do terceiro mundo decorre grandemente da impossibilidade de fazer estáveis as formas democráticas da sociedade, açoiadas de problemas sociais, econômicos e financeiros quase insolúveis numa estrutura de poder onde o Estado é tudo e a Nação civil muito pouco.²

Essa situação de inação do Estado brasileiro que não concretizou os direitos sociais individualmente considerados constitui óbice inclusive para a perseguição dos direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, os chamados direitos da coletividade, apesar de também sinalizar para a proteção desses direitos através do corpo do texto constitucional.

3. Os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações x A política neoliberal implantada no Brasil

O sucesso alcançado pelo modo de produção capitalista inundou os países centrais de recursos materiais e de um conforto material antes não imaginado. Paralelamente, a crescente organização da classe trabalhadora e da sociedade em geral proporcionou uma grande reversão dos quadros humanitários perversos do início da revolução industrial.

Conquistas de segunda geração fortaleceram a teia social e a exclusão não mais passou a ser aceita, isto quando se fala de exclusão dentro das populações nativas do 1º mundo. Os Estados organizados passaram a conduzir e induzir o bem estar geral, propiciando um grande incremento nos diversos indicativos sociais dos países desenvolvidos.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 529.

As teorias que tratam dos direitos fundamentais de terceira e quarta gerações foram criadas em países que atingiram este grau de evolução social com a concretização dos direitos sociais fundamentais, enquanto mantenedores do integral respeito à dignidade da pessoa humana.

São direitos fundamentais da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação. Direitos fundamentais de quarta geração seriam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Tantos direitos e riquezas presentes nas mãos de alguns povos levaram o capitalismo, cuja lógica inexorável se baseia no crescimento incessante e indefinido e no necessário contraponto entre fortes e fracos, opressores e oprimidos, a buscar novas formas de perpetuação. Eis que a aguçada relação entre indivíduos exploradores e explorados se modificou, sendo transferida da dicotomia social interna para as complexas relações de poder internacionais, produzindo países exploradores e países explorados.

Valendo-se de sociedade desorganizadas e depauperadas e de Estados enfraquecidos, pouco democráticos, marcadamente elitistas, o capitalismo encontrou na globalização a sua nova face. Depondo barreiras físicas, políticas e culturais, além de também as proteções sociais e de ordem legal, ele tende a amplificar as diferenças de nível existentes.

Nos países de 3º e 4º mundo assiste-se a toda sorte de manipulação das classes desassistidas, onde o Estado passa a não arbitrar a regulamentação de direitos ou, pior, a conduzir a desregulamentação do que já se havia conquistado. Põe-se em prática o chamado projeto neoliberal, onde o estado intervém o mínimo possível, deixando que as partes negociem “livremente”. Tem-se a negociação do boi com o matadouro, da formiga com o elefante.

Os estudiosos do direito constitucional muito têm escrito acerca do impacto que a absorção do neoliberalismo causa no Brasil. A desestatização do Estado enquanto promovedor de direitos fundamentais já assegurados e infelizmente não concretizados, só gera mais e mais injustiças sociais, uma vez que substitui a força do Estado intervenção para a inércia do estado subserviente a imposição do mais forte.

Neste processo, onde toda a sociedade brasileira se percebe em crise, exalta-se a importância crucial da segurança nas relações sociais fornecida pela nova interpretação constitucional. Após séculos de conquistas paulatinas e árduas, muito caras à evolução da vida humana em sociedade, são contempladas as tentativas de aniquilação da ordem legal de direitos e garantias sociais.

Entretanto, é o judiciário a última trincheira dos injustiçados e, conforme preceitua o inciso XXXV do art 5º da Constituição Federal Brasileira, “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por outro lado, seu papel não se deve restringir a este grau. A gravidade das questões é por demasiado grande e mudanças de perspectivas passam pela aquisição de posições pró-ativas, onde o Judiciário passe a atuar como garantidor da efetivação das políticas públicas necessárias à proteção dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido é que o Ministério Público, no caso de omissão, inexistência ou deficiência de políticas públicas pode, via ação judicial ou extrajudicial, intervir para a sua concretização. O papel do Poder Judiciário no acatamento destas ações constitui fator preponderante na efetivação de tais políticas. Para isso, faz-se necessário rompimento com um sistema absoluto de independência dos poderes, permitindo-se invadir na seara de discricionariedade do administrador ineficiente em nome da proteção e do respeito aos direitos fundamentais sociais.

4. A crise do Estado Brasileiro

É salutar refletir acerca do efeito paralisante que acomete não só os representantes do Poder Constituído, mas todos os cidadãos brasileiros, acerca das injustiças sociais que flagrantemente dia a dia se amontoam.

Falar de concretizar a constituição, enquanto Lei maior e fundamento de validade de todas as outras normas, parece desnecessário. Entretanto, esse acontecer a constituição, a despeito de todas as teorias que são escritas para explicá-la, deve necessariamente passar por um acontecer individual do homem enquanto homem..

Isto porque as decisões tomadas pelo Estado Brasileiro enquanto Poder Constituído, de executar, de legislar e de justicializar,

refletem o ser pensante que cada um individualmente é. É esse conjunto de idéias que juntas minimizam ou maximizam, concretizam ou não os valores ínsitos no texto da constituição.

Parece um contra-senso que uma constituição tão rica em proteção aos direitos seja desrespeitada naquilo que teve de mais sublime, a sua promulgação. É a Constituição inefetiva, posto que poderes constituídos inertes não concretizam os direitos legalmente assegurados, na medida em que dirigentes não edificam mudanças, não fazem as coisas acontecerem.

Nesse sentido é que é ao puxar o novelo da inação cai-se no tormento de constatar que a nação brasileira não sabe pensar. Muitas das teorias foram emprestadas. Muitas das soluções copiadas. Grande tem sido a dificuldade dos dirigentes em pensar soluções próprias, típicas, peculiares de dizer e fazer o direito.

Aliado a isto, os operadores do Direito foram ensinados a resolver conflitos individuais, a encontrar soluções diferentes para casos iguais, enquanto que os casos que dizem respeito a coletividades não estiveram cobertos por mecanismos instrumentais de vazão a esta demanda.

Assim é que o Juiz de Direito (CINTRA, apud STRECK, 2002, p.670), analisa a questão:

Há o fator cultural. A tradição discursiva dos bacharéis, sua linguagem arrevesada e a falta de objetividade dificultam o trabalho de todos. Gasta-se muito tempo com questões periféricas formais. Juizes e operadores do Direito não têm formação voltada para aplicar o saber jurídico de modo a atender a demanda da sociedade contemporânea. A magistratura guarda ranços do positivismo normativista, que mantém distante a preocupação com a justiça real e cultiva demasiada referência às cúpulas dos tribunais, dando pouco espaço a criatividade. O processo tradicional despolitiza o conflito, que muitas vezes é afastado sem ser resolvido.

A má formação da consciência crítica brasileira contribui também para a inefetividade da Constituição. Um povo que, ensinado a ser passivo, aprendeu a lição com louvor, e não estabelece

mecanismos eficazes de fazer valer a sua condição humana tão bem representada no texto constitucional.

A solução passa necessariamente por uma mudança gradual e constante na postura coletiva de nossa sociedade frente a estes desafios de reinserção de parcela significativa do povo brasileiro, atualmente tão à margem da construção de sua história, onde a população descubra o papel e a importância do exercício constante e incessante de cidadania.

Assim comenta o Professor Andreas KRELL:

Tenho plena consciência de que a construção de uma cidadania reivindicatória exerce papel de fundamental importância no processo social complexo e gradual de melhoria dos serviços públicos e da elevação da qualidade de vida de grandes partes da população brasileira.³

Entretanto, a passividade de um povo pode retardar, mas não pode ser a responsável pela inoperância daqueles a quem compete realizar e cobrar para que se realizem as políticas públicas.

5. A atuação do Poder Judiciário

No Brasil, onde se busca a conquista do Estado Democrático de Direito o Judiciário é chamado a exercer sua função com os olhos voltados para a atuação do poder Executivo e do poder Legislativo, tornando-se também responsável pelo sucesso ou insucesso das garantias constitucionais no tocante aos direitos fundamentais sociais.

Tércio Sampaio Ferraz fala de uma responsabilidade finalística e prospectiva do juiz que examina, avalia e norteia a atividade do administrador público, mesmo invadindo a seara de sua discricionariedade.

Para que esta função seja exercida nestes moldes faz-se necessária uma reestruturação do judiciário, para que seus membros exerçam seu mister com consequência, sintonizados com novos paradigmas de atuação efetivamente intervencionista na atual realidade. Para tanto, não que se desapegar de tamanho formalismo

³ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 15.

engessador, que muitas vezes esconde desejos inconfessos de perpetuação do *status quo*, posto que deste beneficiários, ou em tantas outras esconde a transigência apática para com a indignidade reinante.

Não há que se argumentar que tal atuação estaria a afrontar a independência dos poderes. Isto porque, em verdade, o que se busca é que os Poderes Constituídos possam atuar conjuntamente, direcionados pelo farol da cidadania. Cada um em seu âmbito de atuação, respeitando e fazendo acontecer a Constituição, mesmo que para tal mister necessite o Judiciário fiscalizar o exercício da lei.

O Judiciário muito menos que se afogar de querelas, por mais das vezes comezinhas, possui um papel de fundamental importância no exercer o controle da efetivação das políticas públicas.

Tais políticas não estão ou não deveriam estar à espera da vontade do administrador de realizá-las como bem lhe aprouver. Não se trata neste caso de discricionariedade, mas de compromisso com a sociedade. O administrador público não pode errar. A ele não é dada a faculdade de executar. Se ele não executa, ou se executa mal, cabe o Judiciário, guardião da Justiça, determinar que se faça. Esse controle via judicial é que irá possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais. Ademais em um país como o Brasil, onde a tradição de administrar mal ainda é uma constante em todas as esferas do Poder Executivo.

Mesmo com tantas dificuldades encontradas, mesmo diante de tantos empecilhos, percebe-se no Poder Judiciário brasileiro, ao menos em alguns Estados da federação, uma vontade já direcionada, para algumas conquistas sociais importantes. Estas decisões, muitas delas provocadas pelo Ministério Público, via ação civil pública, têm dado um norte àqueles profissionais que têm dentro de si um desejo latente de mudança. Servem de exemplo, de consolo e acima de tudo de incentivo a novas conquistas.

São exemplos desta situação, as seguintes decisões:

MENOR – Creche – Garantia de vaga a criança em unidade da rede municipal. Obrigação do Poder Público. Concessão de liminar e procedência do pedido que não configura indevida ingerência do Poder Judiciário em poder discricionário do Executivo. Direito fundamental que deve ser preservado.

Inteligência dos artigos 208, inciso IV e 211, parágrafo 2º da Constituição da República e 54, inciso IV e 208, *caput*, e inciso 213, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública procedente. Sentença confirmada. LEX – JTJ 252/174. Voto vencido.

MUNICÍPIO – Fornecimento de medicamentos. Menor necessitado. Incapacidade financeira demonstrada. Sistema Único de Saúde – Responsabilidade concorrente entre União, Estados e Municípios, sem estabelecimento de ordem de preferência – artigos 18, inciso I, da lei federal nº 8.080/90, 196 da Constituição da República, II, *caput* e parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Fornecimento pela municipalidade determinado. Ação civil pública procedente. Sentença confirmada. LEX – JTJ 252/178.

Assim é que a Constituição Brasileira de 1988 ainda é a força diretiva que possui o Estado para resolver seus problemas sociais primários. É o fundamento de validade do nascente Estado Democrático de Direito, que para atingir o desiderato a que se propôs necessita primeiramente passar pela concretização do estado social ainda não realizado. E o Judiciário enquanto poder interventivo é o instrumento possível desta realização, uma vez que, ao controlar a efetivação das políticas públicas contribui para a realização da justiça social e da democracia.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: argumentos jurídico-dogmáticos contra a suspensão no fornecimento de energia elétrica por inadimplemento do usuário

Adrualdo de Lima Catão

Mestrando em Teoria e Filosofia do Direito (UFPE), especialista em Direito Processual (CESMAC), professor de Introdução ao Direito na FAA e no CESMAC e advogado em Maceió.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direitos fundamentais sociais como fundamentação para a prestação de serviços públicos. 3. Serviço público como meio constitucional de aplicação dos direitos sociais. 4. Princípios sociais da Constituição brasileira como condicionantes da interpretação jurídica. 5. Serviço público como obrigação estatal. 6. O princípio da continuidade dos serviços públicos. 7. A inconstitucionalidade do artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II da Lei nº 8.987/95. 8. Conclusão.

1. Introdução

Neste breve trabalho, pretende-se apresentar tão somente alguns pontos de apoio à tese de que o serviço público de energia elétrica deve ser encarado como atividade estatal obrigatória, e não como um simples contrato de consumo, o que levaria à conclusão de que a suspensão do mesmo não é permitida, cabendo à concessionária buscar os meios executivos de cobrança do débito para satisfazer sua pretensão.

Ressalte-se, todavia, que a questão envolve minúcias que somente em um caso concreto se poderia ter uma posição mais firme a respeito do assunto. As situações que aparecem ao magistrado e que envolvem a presente problemática são as mais diversas possíveis, desde um industrial que não paga sua energia até um pobre favelado que só tem um “ponto de luz”.

Deve-se destacar, pois, que somente levando-se em consideração o caso concreto e suas especificidades é que se poderia ter uma visão mais acertada da questão. Todavia, o que se pretende aqui é apresentar argumentos principiológicos, baseados no sistema (por isso jurídico-dogmáticos) para um entendimento contrário à suspensão no fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente, sem levar em consideração determinadas situações fáticas que poderiam advir num caso concreto.

Assim é que o presente trabalho tentará demonstrar que o serviço público é atividade estatal e, portanto, obrigatória, o que leva ao entendimento de que não pode ser trocada por dinheiro, mas simplesmente prestada pelo Estado ou seu preposto, sendo descabida sua suspensão.

2. Direitos fundamentais sociais como fundamentação para a prestação de serviços públicos

Quando se fala em “direitos fundamentais”, vem à mente, numa visão eurocentrista (própria da nossa cultura), o período da derrocada do absolutismo e ascensão da burguesia que tem como marco simbólico a Revolução Francesa. A Declaração de Direitos que surge com a revolução francesa vem somar à Magna Carta e ao Bill of Rights americano¹, consolidando a necessidade de positivação de direitos que surgem, à época, como indispensáveis à realização de uma vida livre e de um poder sem arbitrariedades.

As liberdades pessoais e políticas foram os primeiros direitos chamados fundamentais a surgirem por meio das declarações de direitos. Não custou para que as diversas constituições dos países em

¹ Apesar da anterioridade da *Magna Carta* e do *Bill of Rights*, a Declaração Francesa tem o condão de aperfeiçoar o direito de liberdade invertendo a relação entre o soberano e o cidadão. “Até mesmo nas chamadas cartas de direitos que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França, desde a Magna Carta até o Bill of Rights de 1689, os direitos ou liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concerrados, devendo aparecer – mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberanos – como um ato unilateral deste último.” A Declaração Francesa colocou nas mãos dos cidadãos a titularidade do poder político. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.101.

geral adotassem um rol de direitos nos moldes da Declaração Francesa.² Esses direitos de caráter individual são dirigidos para a proteção de bens como a vida, a segurança, a propriedade e limitações ao poder político.³

Como se sabe, tais direitos estão previstos em nossa Constituição no artigo 5º e seus incisos, positivando o que os jusnaturalistas consideravam necessidades inerentes à própria natureza humana.

Com o advento da Revolução Industrial, os cidadãos percebem que a excessiva liberdade torna os economicamente mais fracos completamente desprotegidos diante do poder econômico da classe superior. A exploração da fraqueza humana torna a vida da maioria um verdadeiro caos.

Surge, assim, uma nova necessidade para estes cidadãos. Eles necessitam do Estado para que tenham chance de ter uma vida digna. Assim, aquele Estado que deveria se abster de toda e qualquer relação e deixar os indivíduos completamente livres, agora deve dar aos necessitados uma atenção especial. O Estado deve agir para permitir uma vida digna aos que necessitam.

Estes direitos foram, primeiramente positivados na Constituição do México de 1917 e a de Weimar em 1919:

Com eles surgem para o Estado certos deveres de **prestações positivas**, visando à melhoria das condições de vida e à **promoção da igualdade material**. A intervenção estatal destina-se a **neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade**, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à

² “As declarações de direitos, solenemente embutidas nas Constituições americana e francesa e depois repetidas e aumentadas em todas as constituições modernas, permitirão que os indivíduos oponham seus direitos ao próprio Estado.” Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 46.

³ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.101.

educação, ao acesso à cultura, dentre outros (sem grifos no original).⁴

Vê-se que o surgimento dos direitos chamados sociais se dá quando a vida sem a intervenção estatal fica insuportável. Como afirmou BARROSO, tais direitos têm o condão de neutralizar as distorções econômicas geradas pela liberdade desenfreada e pela ausência do Estado como agente protetor e equilibrador do sistema.

Desta forma, segundo BOBBIO⁵, o desenvolvimento dos direitos fundamentais se deu em três fases principais: a primeira se referia aos direitos de liberdade, que exigiam a limitação do poder Estatal. Já a segunda fase diz respeito ao surgimento dos direitos políticos ou de participação política, que concebia a liberdade não apenas negativamente, mas sim, positivamente como poder de decisão dos diversos membros da comunidade.

A terceira fase diz respeito, justamente, ao surgimento dos direitos sociais, que demonstram novas exigências da sociedade, notadamente as que se referem a uma igualdade não apenas formal, mas sim material, **devendo o Estado agir positivamente** de forma a conceder e prestar comodidades para manter o bem estar social.

Analisando-se o desenvolvimento dos direitos humanos percebe-se que a terceira fase se identifica claramente com o conceito de serviço público como definido na nossa Constituição. O serviço público aparece como realizador das exigências expressas na terceira fase de desenvolvimento dos direitos fundamentais, identificando-se com os direitos de bem estar social.

Como dito acima, após a Revolução Industrial, surgiram as primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, juntamente com o surgimento do socialismo em diversas nações, que levaram ao desenvolvimento dos chamados direitos fundamentais sociais.⁶

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 2001, p.101.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1992, p 102.

⁶ “As primeiras declarações dos direitos foram, sobretudo, declarações de direitos individuais e políticos. Após a Primeira Guerra Mundial, seu conteúdo ampliou-se significativamente, abrangendo matéria

Tais direitos “(...) não são contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.”⁷ Assim, deve-se manter o bem estar social através da “(...) criação real de instalações de serviços públicos”⁸, implementando e agindo de forma a aplicar os direitos fundamentais sociais.⁹

Vê-se que os direitos sociais visam a igualar os desiguais¹⁰ através de prestações estatais positivas. São valores inerentes à saúde, segurança, lazer e assistência aos desamparados em geral que constituem o conteúdo dos chamados direitos sociais. Ocorre que tais direitos, como já mencionado, só podem ser efetivados através de uma prestação positiva por parte do Estado.

JOSÉ AFONSO DA SILVA assim conceitua os direitos sociais presentes na Constituição brasileira:

Assim, podemos dizer que os **direitos sociais**, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado

econômica e social, caracterizando-se então, as declarações de direitos também como declarações dos direitos econômicos e sociais.” CARRION, Eduardo K. M. A Efetividade dos Direitos Fundamentais. *Revista da Femargs*. Porto Alegre: FEMARGS, n. 4., p.17-19, 2001.

⁷ KRELL, Andréas J. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições técnicas do Senado Federal, n.144, p.239-260, 1999.

⁸ KRELL, Andréas J. Idem., p 240.

⁹ “O Estado deixa seu papel não intervencionista para assumir uma nova postura: a de agente do desenvolvimento e da justiça social”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2001, p. 55.

¹⁰ Os direitos sociais “Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão anti-liberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, ‘pois faze-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 518.

direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade (grifos no original).¹¹

Tem-se, assim, que é visando aplicar o direito fundamental da igualdade que vem o Estado, através de normas jurídicas positivadas na Constituição, garantir determinadas situações de bem estar aos cidadãos em geral.

Ocorre que não há como se realizar os valores do bem estar social sem um Estado agente. Não se pode cogitar de realização de direitos sociais com um Estado inerte. Foi assim que a Constituição do Brasil previu inúmeros elementos e métodos de efetivação dos direitos sociais. Tais métodos são as políticas públicas expressas através de normas programáticas que prescrevem determinados fins e tarefas que devem ser concretizadas, bem como as obrigações estatais de prestação de comodidades materiais chamadas de **serviço público**.

3. Serviço público como meio constitucional de aplicação dos direitos sociais

O método de efetivação desses direitos sociais, objeto deste estudo, é justamente a prestação de determinados serviços públicos. Através da prestação de “comodidades materiais fruíveis diretamente pelos administrados”¹², o Estado age para dar ao cidadão bem estar e dignidade.

Prestando atividades que o legislador constituinte achou essenciais para uma vida digna, o Estado se torna um agente realizador dos direitos sociais, notadamente aqueles que dizem respeito ao bem estar, à saúde e à dignidade de vida.¹³ **Assim ocorre com o serviço público de fornecimento de energia elétrica.**

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.289-290.

¹² Tal expressão é utilizada por Celso Antônio quando define serviço público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 433.

¹³ Segundo Lourival Vilanova “O Estado dessacraliza a misericórdia,

É um serviço público previsto constitucionalmente e constitui uma comodidade material que visa a tornar a vida do cidadão melhor, dando-lhe um estado de bem estar que só pode ser conseguido por meio da atuação direta do Estado. Não há como negar que, se o fornecimento de energia elétrica fosse deixado nas mãos dos particulares, ou seja, fosse considerado uma atividade econômica e não um serviço público, jamais haveria uma distribuição igualitária e social da prestação desta comodidade essencial a qualquer pessoa.

É por isso que a Constituição, como sistema que é, prevê os direitos fundamentais e, para a efetivação destes direitos, determina a retirada de algumas atividades ditas imprescindíveis à vida do cidadão e as coloca nas mãos do Poder Público para que o mesmo as realize.

Veja-se o raciocínio de GABRIEL IVO ao tratar de serviço público:

A definição das necessidades é tomada politicamente e estas são veiculadas por intermédio das normas jurídicas. Assim, podemos dizer que as necessidades públicas são conteúdo de normas jurídicas e são efetivadas pelo chamado serviço público, que também está disciplinado em outras normas jurídicas. **Normas criam necessidades, e normas estabelecem o modo de satisfação das necessidades** (original sem grifos).¹⁴

Percebe-se que as necessidades mencionadas por IVO são justamente os valores expressos nos direitos fundamentais. **A necessidade de ter em casa energia elétrica é básica para uma vida com um mínimo de bem estar e dignidade.** Assim, as normas jurídicas prevêm a necessidade de se viver dignamente e outras normas jurídicas estabelecem que o Estado DEVE prestar o serviço de

institucionalizando a assistência como serviço público.” Ver *Direito, Democracia e Risco*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 15. *Apud* ESTADO DE ALAGOAS. Procuradoria Geral do Estado - Centro de Estudos. Parecer. Proc. Adm. 1500-015173/2000. Constitucional Administrativo. Loteria Estadual. alteração Legislativa. PEC. Consultor Gabriel Ivo.

¹⁴ Cf. ESTADO DE ALAGOAS. Procuradoria Geral do Estado - Centro de Estudos. Parecer. Proc. Adm. 1500-015173/2000. Constitucional Administrativo, cit.

fornecimento de energia de forma a garantir aos cidadãos uma vida digna.

Continua GABRIEL IVO no mesmo parecer:

O Estado tem o dever de atender às necessidades prestando o serviço público; já as pessoas tem o direito de exigir do Estado que preste os serviços. Afinal de contas, **a finalidade do Estado é justamente essa, prestar os serviços julgados valiosos pela comunidade para que seja possível a vida dentro da própria comunidade** (original sem grifos).

A necessidade de ter uma vida digna e de bem estar **resta positivada pela Constituição Federal** que, a fim de cumprir tais metas, retira determinadas atividades do domínio particular e as coloca sob a égide do poder público para que o mesmo as realize. Não se pode deixar sob a titularidade do particular, atividades que visam à realização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

É por isso que a Constituição deixa o fornecimento de energia elétrica sob a égide do Estado, impedindo que tal atividade seja tratada como mera atividade econômica vindo a ser negociada como se mercadoria fosse. Assim, impossibilita a negociação do fornecimento desta atividade, fazendo com que a mesma efetive os princípios constitucionais sociais de igualdade material, bem estar e dignidade humana.

Veja-se o que leciona o professor ANDREAS KRELL:

Na vida moderna, que é regida pela tecnologia e indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais (escolas, cultura, comunicações, **fornecimento de energia**, água, transportes) (original sem grifos).¹⁵

A lição é mais que suficiente para resumir o pensamento que se expôs ao longo deste capítulo. O instituto jurídico do serviço público é o meio constitucional para realizar os direitos fundamentais sociais. É para garantir uma existência digna ao cidadão, que o Estado

¹⁵ KRELL, Andréas J. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições técnicas do Senado Federal. n. 144, p.246, 1999.

efetiva os direitos sociais através da prestação de serviços públicos de acordo com os mandamentos constitucionais.

Assim, os serviços públicos (e o fornecimento de energia elétrica é um deles) são meios previstos na Constituição de o Estado realizar os preceitos do bem estar social, previstos também na Constituição. **Desta maneira, uma violação à natureza do serviço público seria também uma violação ao direito social de bem estar e à dignidade da pessoa humana.** Assim, se o serviço público é um meio de realização dos direitos fundamentais, não pode o mesmo ser submetido aos princípios que regem a atividade particular.

Nesse sentido, a suspensão do fornecimento em casos de inadimplemento quebra a efetivação do um direito fundamental sob o pretexto do descumprimento de um dever do usuário que pode muito bem ser efetivado através de outros métodos perfeitamente capazes de satisfazer o crédito do poder público.

4. Princípios sociais da Constituição brasileira como condicionantes da interpretação jurídica

A Constituição brasileira, como dito, expressa sua tendência social democrata através dos princípios constitucionais sociais presentes em seu texto. O princípio da erradicação da pobreza, bem como o princípio da redução das desigualdades sociais (Art. 170), demonstram a preocupação social da nossa Carta Constitucional.

No presente caso estamos diante de uma violação a princípios sociais expressos na Constituição Federal. A suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento do usuário viola todo o conteúdo social da CF-88, eis que privilegia a necessidade de arrecadação Estatal em detrimento da efetivação de um direito fundamental de existência digna e com mínimo de bem estar.

A interpretação de qualquer situação jurídica deve sempre partir dos princípios constitucionais que expressam os valores básicos de uma Ordem Jurídica:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais

são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.¹⁶

Assim, no que se refere ao tema deste trabalho, a análise da questão deve se dar a partir dos princípios constitucionais. Mais especificamente, dos princípios sociais que regem a situação que aqui está sendo apresentada, qual seja, a suspensão unilateral devido ao não pagamento da remuneração devida pelo usuário do serviço.

Veja-se que “A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.¹⁷

Como já foi demonstrado, a Constituição brasileira se apresenta como uma carta capitalista, que privilegia a livre iniciativa e impede o Estado de intervir na atividade econômica sem justo motivo. Porém, esta mesma Constituição tem cunho social-democrático, eis que, a despeito de prever a livre iniciativa, garante os direitos sociais e visa a implementar a justiça social através da redução das desigualdades e da manutenção de um estado de bem estar e dignidade de vida.

A promoção da justiça social a fim de propiciar a todos uma existência digna é tarefa da República brasileira. Tais princípios mencionados acima e expressos em normas positivadas na Constituição Federal são os alicerces do sistema normativo brasileiro no que se refere às questões sociais, nas quais estão incluídas as questões relativas ao serviço público.

Isto porque, como foi dito, os serviços públicos são atividades que visam a realizar os fins sociais do Estado previstos nos princípios fundamentais já mencionados. Tais atividades são entregues ao poder estatal para realizá-las, prestando ao cidadão comodidades imprescindíveis à vida com dignidade e bem estar social.

Desta forma, as questões relativas aos serviços públicos devem ser encaradas, primeiramente, a partir deste ponto de vista. São

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1999, p.147.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*.

os princípios e direitos fundamentais sociais inscritos na Carta Constitucional brasileira que devem informar o intérprete jurídico na sua busca pela norma que cabe a cada espécie.

No âmbito deste trabalho, chega-se à conclusão de que, numa visão sistemática, a suspensão do fornecimento de um serviço indispensável à realização dos **princípios** expressos nos artigos 1º, 3º, 6º, 170 e 193 é uma violação à Constituição e, apesar da unidade do sistema constitucional, sabe-se que:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais¹⁸

E é baseada nestes princípios que a Carta Constitucional brasileira coloca as atividades que considera indispensáveis à realização do bem estar social sob a titularidade do Estado¹⁹, a fim de garantir sua realização independentemente das intempéries do mercado que, como tal, age conforme os ditames do lucro.

Assim o fornecimento de energia elétrica é de titularidade do Estado. É uma atividade indisponível para o Poder Público e que, por tanto, não pode ser negociada como se simples mercadoria fosse.

5. Serviço público como obrigação estatal

Como vimos em capítulo anterior, a Constituição, como forma aplicar os princípios contidos nas cláusulas que estabelecem direitos individuais – como o de viver dignamente, bem como nos dispositivos que encerram direitos sociais – direito à segurança, lazer, bem estar

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

¹⁹ Eis o artigo 175 da Constituição Brasileira: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” BRASIL. Constituição Federal de 1988.

social, etc – obriga o estado a **prestar** determinadas comodidades aos cidadãos. Assim:

No plano do direito positivo, ao lado do livre exercício das atividades econômicas pelos agentes privados, prestadas segundo a livre concorrência, a Lei Maior estabeleceu, no art. 175, a incumbência ao Poder Público de, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, prestar serviços públicos.²⁰

Estas comodidades são prestadas através de atividades específicas, estabelecidas por normas jurídicas constitucionais ou legais, que visam a dar aplicabilidade aos princípios constitucionais fundamentais. Vejamos o complemento de MARIA DOURADO:

Diante das constatações até aqui verificadas, é possível então, observar que a Constituição Federal elegeu o Serviço Público – conjunto de prestações positivas do Estado a serem oferecidas à coletividade – como um dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais de crédito. Definiu que, ao lado de garantias formais (por exemplo, de acesso ao Poder Judiciário ao de petição aos órgãos públicos), há um sistema de prestações estatais, sob regime de direito público, **destinado a assegurar materialmente esses direitos fundamentais relacionados à dignidade humana** (original sem grifos).

Analisando-se a noção constitucional de serviço público, percebe-se que o mesmo se configura em uma atividade de **prestação de comodidade material** que o direito trata segundo **um regime jurídico específico**. Tal regime jurídico é informado por princípios de Direito Público que dão ao serviço público características distintas das atividades privadas.

²⁰ “Por seu turno, e como inicialmente observado, a função estatal a cargo da administração pública, que corresponde ao oferecimento de prestação concreta aos cidadãos, tendentes a satisfazer necessidades fundamentais consagradas como tal pelo sistema normativo, configura-se precisamente o serviço público”. DOURADO, Maria Cristina. O Repensar do Conceito de Serviço Público. *Interesse Público*. n. 9, p. 86-96, jan./mar. 2001. Sapucaia do Sul: Notadez. 2001. p. 94.

Assim, justamente por ser público, caracteriza-se por ser uma atividade **indisponível**²¹ **para a Administração** (em alguns casos, para o administrado também, o que não ocorre com a energia elétrica) e, por isso, é atividade insusceptível de comercialização. **É uma atividade retirada do mercado, ou seja, não pode ser negociada pelo poder público.**

A Constituição, ao **qualificar** certas atividades, 'retira-as do mercado' e as confere, como **dever-poder**, ao estado. O estado deve desempenhá-las, não para ter receita, mas para atender ao imperativo constitucional. (...) O estado não as produz em troca de remuneração; não age porque se as remunera. Não opera para ter contrapartida. O estado deve produzi-las porque a lei o determina. (...) **Serviço público não se vende. Não se compra. Presta-o o estado porque a lei o determina.** Utiliza-o o administrado porque dele necessita ou porque a lei o constrange (esgoto, identificação, licença para construir, etc.) (original sem grifos).²²

Isto porque as atividades que consubstanciam serviços públicos são bens retirados da especulação particular e entregues ao setor público para que o mesmo as desempenhe. O Estado retira do mercado as atividades que considera atinentes a interesses ligados à sua esfera de ação, e transfere para o setor público transformando a mesma em uma atividade pública, destarte, fora da ação livre dos particulares, portanto, fora do mercado.²³

Isto implica dizer que as atividades chamadas serviços públicos não são **negociadas** pelo poder público. **O Estado presta tais atividades porque é obrigado a fazê-lo pelo texto constitucional.** Os serviços públicos são atividades especiais, com regime jurídico específico, qualificadas pela Constituição, que,

²¹ "Ora, a Administração não tem nenhuma disponibilidade sobre as coisas públicas". ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.142.

²² ATALIBA, Geraldo. *Ibidem*.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Privatização e Serviços Públicos*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 22, p. 173, 1998.

retirando-as da livre alçada dos particulares, retira-as do mercado e as coloca sob a égide do poder público que **deve** desempenhá-las sob comando constitucional.

Daí serem as utilidades assim produzidas qualificadas como *res extra commercium*. **Estão fora da livre disposição da vontade de qualquer pessoa, inclusive da administração** (Poder Executivo). Por isso não lhes são aplicáveis os institutos, fórmulas e regime jurídico próprios das relações privadas (original sem grifos).²⁴

Nota-se que o serviço público é atividade retirada, pela Constituição, da alçada dos particulares e entregue como **dever-poder**, ao Estado, que, por não ter livre disposição acerca de suas obrigações e competências estabelecidas pela Constituição, **não pode reger tais atividades sob regime jurídico diverso do de Direito Público**, devendo cumprir a obrigação estabelecida na Constituição e prestar os serviços por ela designados como públicos.

6. O princípio da continuidade dos serviços públicos

Da noção constitucional de serviço público faz parte o princípio implícito que dá todo o sentido da tese exposta neste trabalho. É por causa de sua incidência específica que o serviço público não pode sofrer interrupções de nenhuma ordem. Trata-se do princípio da continuidade dos serviços públicos.

É um princípio implícito na própria noção de serviço público exposta na Constituição. Tendo em vista a peculiar natureza jurídica do serviço público, de atividade realizadora de princípios sociais, a mesma jamais pode ser interrompida, sob pena de violação aos preceitos fundamentais constitucionais.

Os autores tratam sucintamente do princípio da continuidade. Segundo DINORÁ ADELAIDE: “O princípio da continuidade do serviço público deriva da sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz”.²⁵

²⁴ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 1999, p. 142.

²⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 50.

Já MARIA SILVIA DI PIETRO²⁶ enfoca o princípio da continuidade no aspecto da greve de servidores públicos, bem como na questão pertinente às obrigações da concessionária de serviço público perante o Estado. Desta forma, de acordo com o princípio da continuidade, a concessionária não poderá interromper o serviço nem em casos de inadimplemento contratual do Estado.

Ocorre que a aplicação do princípio da continuidade, como elemento que integra implicitamente o conceito constitucional do serviço público, não se resume às obrigações do concessionário perante o Estado, mas também incide sobre a relação entre o usuário e o prestador, seja ele o próprio Estado ou quem lhe faça as vezes.

É que, como melhor veremos adiante, o chamado “princípio da continuidade” dos serviços públicos decorre do próprio conceito normativo do instituto e, portanto, também forma a norma jurídica incidente sobre a relação usuário-prestador. Ainda segundo DINORÁ ADELAIDE: “A despeito de divergências existentes, entendemos que não pode haver a suspensão dos serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana”.²⁷

Veja-se que a autora se expressa contrária à interrupção de serviços que digam respeito à dignidade da pessoa humana ou que se refiram a interesse público. Assim são as atividades caracterizadas como serviços públicos que, como vimos, dizem respeito a direitos fundamentais e, por isso, foram escolhidas pelo legislador para compor um rol especial de atividades que devem ser desempenhadas pelo Estado, debaixo de um regime jurídico específico.

E neste regime jurídico está o princípio da continuidade, como conteúdo mesmo da noção jurídico-brasileira de serviço público, noção esta prevista constitucionalmente e que não pode sofrer restrições de fontes normativas inferiores.

Todavia, veja-se o que prevê a Lei das Concessões:²⁸

²⁶ PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.86-87.

²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. 2000, p.50.

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. (Original sem grifos)

Percebemos que a prática da suspensão do fornecimento por inadimplemento é prevista em lei que, excepcionando o princípio da continuidade, cria a possibilidade de suspender-se o fornecimento quando há inadimplemento do usuário do serviço. Contudo, os argumentos seguintes levam ao entendimento de que referido artigo fere o conceito constitucional de serviço público e, portanto, no contexto deste trabalho, pode ser tido por inconstitucional.

7. A inconstitucionalidade do artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II da Lei nº 8.987/95

Através de uma análise do **conceito constitucional** do serviço público, bem como dos princípios que informam este tipo de atividade estatal, pode-se ver que a aplicação incontestada do referido artigo vem a ferir a natureza do serviço público, atividade estatal específica, definida na Constituição.

Se o serviço público é meio constitucional de aplicação dos direitos fundamentais (Art. 1º, 3º, 6º, 170 e 193 da CF-88), atividade definida na Constituição como competência estatal (Art. 175 da CF-88) e de natureza específica distinta das atividades econômicas (Art. 175 e 170 parágrafo único da CF-88). Se ao serviço público se aplicam os princípios de Direito Público, entre os quais, o princípio da continuidade, deve-se concluir que a obrigação de prestar serviço público é indisponível para o Estado.

Todas estas premissas estão baseadas no conceito de serviço público conforme expresso na Constituição Federal. São normas de organização estatal, previstas no ápice do nosso sistema normativo, que é a Constituição. Como se sabe, a Constituição é norma superior do ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, deve informar o aplicador do direito, seja ele legislador, administrador ou julgador.

O serviço público tem suas características e elementos definidos basicamente na Constituição Federal, assim, não pode a Lei simplesmente modificar sua natureza, para atender a princípios de direito contratual que não cabem na espécie em comento. Trata-se, deste modo, de invalidade da norma prevista no artigo 6º da Lei das Concessões se aplicada cegamente como vem sendo, dada sua incompatibilidade com a Constituição Federal, notadamente no que tange à violação aos princípios constitucionais fundamentais, bem como ao comando específico do artigo 175 da Lei Maior que prevê, de forma hialina, a competência estatal para prestação dos serviços públicos, distinguindo-os das atividades reservadas aos particulares, estas sim, reguladas pelos princípios da livre concorrência e pelas leis de mercado.²⁹

8. Conclusão

Conclui-se desta breve análise que:

8.1. A Constituição brasileira prevê, em seu texto, princípios que decorrem da inserção no direito positivo brasileiro de valores sociais decorrente dos chamados direitos fundamentais de segunda geração;

8.2. Os princípios são condicionantes da interpretação jurídica, devendo sempre servir como fundamentação para as decisões sob pena de ilegitimidade;

8.3. O serviço público no direito brasileiro é atividade própria para realização desses princípios sociais previstos na constituição, daí serem caracterizados como atividades públicas, realizáveis obrigatoriamente pelo Estado;

8.4. Nesse sentido os serviços públicos são atividades especiais que não se confundem com as atividades privadas, sendo regidas por regime jurídico de direito público;

²⁹ No caso da energia elétrica, o artigo 21, XI, "b" define claramente a competência da união para prestação dos serviços de energia elétrica. "Art. 21. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos". BRASIL. Constituição Federal de 1988.

8.5. Assim, não são atividades contratuais, mas sim, obrigatórias para o Estado, que não pode se eximir de cumpri-las;

8.6. Ademais, os serviços públicos são informados pelo princípio da continuidade, justamente devido a sua importância para a realização de valores sociais da Constituição brasileira;

8.7. Diante disso, o artigo 6º da Lei das concessões não pode ser aplicado indistintamente sob pena de violação desses princípios sociais, chegando-se à conclusão de que uma análise sistemática da Constituição leva ao entendimento de que a suspensão do fornecimento de energia ao usuário inadimplente é inconstitucional.

A NOTIFICAÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carolina Luna Martinez Murta

Delegada de Polícia, Professora de Direito Processual Civil

SUMÁRIO

1. Introdução: histórico da ação de improbidade administrativa.
2. O procedimento na ação de improbidade.
3. A notificação e sua ausência.
4. Conclusão.

1. Introdução: histórico da ação de improbidade administrativa

Lamentavelmente, os desmandos e descabros na gestão do dinheiro público sempre conviveram com a Administração. Objetivando o fim da corrupção desenfreada, que há vários anos vem sangrando as finanças públicas e envergonhando o país, a Constituição cidadã, assim cognominada pelo saudoso Ulysses Guimarães, previu, no artigo 37, parágrafo 4º, que

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário na forma e gradação que viessem a ser estabelecidos em lei.

Quase quatro anos mais tarde, foi editada a Lei 8429/92, que surgiu com o escopo de regulamentar o dispositivo constitucional. Não será despiendo anotar, que, antes, já existiam legislações assemelhadas versando sobre o tema aludido.

À guisa de esclarecimento, foram dois os diplomas legais que serviram como norte no disciplinamento das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa: a lei federal nº 3164/57, denominada Lei Pitombo-Godói Ilha¹ e a lei federal nº 3502/58

¹ A Lei Pitombo-Godói Ilha tratava-se de uma lei tímida, de efeitos extremamente limitados, porque incidia sobre o servidor público e o empregado autárquico, tutelando unicamente a Administração Centralizada e as autarquias, deixando de fora as empresas públicas, as

conhecida como Lei Bilac Pinto², que completou a primeira sem, contudo revogá-la.

Não se pode por fim neste tópico sem antes gizar acerca da ineficácia prática destes diplomas. Essas duas legislações conviveram até meados do ano de 1992, e embora conferissem legitimidade ativa ao Ministério Público, acabaram não se revelando muito eficazes no combate à corrupção, porque, para que incidissem, exigiam do autor o pesado ônus de comprovar não apenas o dano ao erário ou o enriquecimento sem causa do servidor, mas também o nexo entre o ato praticado pelo agente passivo da corrupção e o seu enriquecimento.

Ademais, não se pode olvidar que estas leis traduziram uma concepção reducionista de corrupção³.

Somente em 3 de julho de 1992, com a entrada em vigor da Lei Federal 8429/92, surgiu um mecanismo de combate à malversação do dinheiro público. Decorrente do artigo 37, parágrafo 4º, da Magna Carta, tem como meta precípua que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia sejam obrigados a velar pela estrita observância dos princípios administrativos. Essa lei acabou com a imprecisão técnica a respeito do significado da expressão atos de improbidade, classificando-os em três modalidades distintas, a saber: a) atos que

sociedades de economia mista e as empresas privadas subvencionadas com o dinheiro público. É registável que, embora restrito o referido diploma, em alguns pontos, significou grande avanço para a época. Assim, já se conferia ao Ministério Público legitimidade para promover a ação de responsabilização do servidor que praticasse ato de improbidade.

² A Lei Bilac Pinto em cotejo com o estatuto antecessor era mais abrangente porque enumerava as várias espécies de enriquecimento ilícito e englobava tanto o servidor público da Administração direta como a indireta.

³ Conforme os ensinamentos do insigne Promotor de Justiça alagoano George Sarmento referente a tal concepção reducionista: “Além disso, a concepção reducionista de corrupção, que restringia o delito aos casos de enriquecimento ilícito, foi incapaz de conter o crescimento das novas formas de improbidade administrativa, cada vez mais sofisticadas e eficientes. Isto sem falar nas condutas flagrantemente desonestas que ficavam impunes em razão da ausência de previsibilidade legal (...)”. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese Editora, 2002, p.58.

importem em enriquecimento ilícito; b) atos que importem em dano ao erário; c) atos dos agentes públicos que violemos princípios gerais da Administração Pública.

Esta lei é composta de normas de caráter material e processual, sendo portanto um diploma heterogêneo. Este trabalho tem como meta precípua a análise de um aspecto processual da ação de improbidade administrativa, que é a previsão legal da notificação como resposta prévia do demandado.

2. Procedimento na ação de improbidade administrativa

No que concerne ao procedimento da ação de improbidade administrativa, previsto no artigo 17 da lei supracitada, este segue o rito ordinário com a peculiaridade, acrescentada pela medida provisória nº 2088-35/2000, da necessidade de notificação do indiciado com o fito de resposta prévia, antes do recebimento da inicial (art. 17, parágrafo 7º, da lei 8429/92).

Urge chamar atenção para o fato de que tal dispositivo foi inspirado nas regras contidas no Capítulo II, da Título II, do Livro II do Código de Processo Penal (arts. 513/518) que cuida do procedimento nos chamados “ crimes funcionais” (arts 312/326), oportunizando uma defesa prévia pelo demandado antes do recebimento da peça inaugural.

Atente-se para a necessidade, dentro da ciência jurídica, da manutenção de um certo rigor terminológico ao inserir o *mens legislatoris* nos textos legais certas expressões jurígenas que são dotadas de significados próprios. Conforme os ensinamentos do ilustre doutrinador Pontes de Miranda, “Tudo aconselha a que se ordenem as matérias com toda a precisão conceptual. (...) A falta de precisão de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito, e dos escritores de direito, que não são obrigados a aplicá-lo, pois deliberam eles mesmos escrever”⁴. Impõe-se distinguir, pois, notificação de citação e intimação.

⁴ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* – Parte Geral (Tomo I). Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, pp. XXIII e XXIV.

O legislador, ao elaborar a lei de improbidade, retornou à sistemática de 1939 ao prever a notificação como ato de comunicação na seara processual civil.⁵ É cediço que no sistema do Código de Processo Civil são atos de comunicação processual a citação e a intimação, incluindo-se todas elas entre os atos essenciais a toda e qualquer espécie de processo e sendo indispensáveis a qualquer que seja o procedimento adotado.

A citação é “o ato mediante o qual se transmite ao demandado a ciência da propositura da demanda, tornando-o parte no processo”.⁶ Solenemente a lei declara ser esta indispensável para a validade do processo. À falta dela, o processo todo será viciado, inclusive o ato final consistente na sentença de mérito.

Já a intimação “é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.⁷ Na órbita processual civil há hipóteses em que a intimação simplesmente dá ciência de algum ato e outras em que, além da ciência, contém um comando a ser cumprido.

Importante trazer à baila que a intimação, quando portadora de mera ciência, cria ônus e faz fluir prazo, mas não gera dever. Quando a intimação leva ao sujeito processual, além do conhecimento de um ato judicial, também o comando de realizar uma conduta, passa esta a apresentar uma estrutura diferenciada, impondo deveres.

Será de todo oportuno lembrar que a hipótese da intimação concretizada num comando equivale à função exercida pela notificação no ordenamento jurígeno processual penal. A guisa de esclarecimento, o Código de Processo Penal prevê três modalidades de atos de comunicação processual: citação, intimação e notificação.

⁵ Na sistemática de 1939 eram três as espécies de atos de comunicação processual: citação, notificação e intimação. Hodiernamente, no sistema do Código, notificação não é ato de comunicação processual mas um procedimento onde a parte é intimada da notificação (art. 873 c/c 870). A Lei do Mandado de Segurança emprega o vocábulo notificação para designar o que no CPC é a citação Lei 1533/51, art. 7º, I). Na Justiça do Trabalho a notificação exerce função equivalente a da citação.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, v. II, p.506.

⁷ Código de Processo Civil, art. 234.

Partindo-se da premissa que tais atos de comunicação processual são essenciais à validade do processo, marcado pelos fortes matizes do contraditório e da ampla defesa, inquestionável a necessidade de se fazer menção às consequências jurídicas da possível ausência de algum deles.

O cenário da não realização de um ato de comunicação quando a lei ordena que o faça, traduz-se em nulidade processual. A problemática da nulidade está pautada na distinção entre ser esta absoluta ou relativa.

Constituem casos de nulidade absoluta as infrações às exigências estabelecidas com o objetivo de preservar o correto funcionamento dos órgãos e serviços judiciários_ e por isso, estando em jogo interesse público da justiça, o juiz tem o dever de fazer a verificação a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente da provocação da parte. Inversamente, a declaração das nulidades relativas depende da iniciativa desta, sempre que a infração à lei seja prejudicial a ela, sem atingir o interesse público.

Existem portanto, razões de políticas diferentes, a dar apoio ao sistema de nulidades e à distinção destas em absolutas e relativas. Aquelas visam a preservar os valores do Estado, de suas instituições ou e seus serviços; estas, a assegurar a plenitude da defesa dos interesses das partes mediante a efetividade de um processo justo e equo e segundo os ditames da garantia constitucional do devido processo legal. Daí a indisponibilidade da forma nos casos de nulidade absoluta e a disponibilidade, nas relativas.

3. A notificação e sua ausência

Retornando à notificação, como ato de comunicação processual que é, e sua condição *sui generis* no procedimento relativo aos crimes funcionais e à ação de improbidade administrativa, destinada que é a uma defesa prévia do demandado antes do recebimento da inicial, faz-se mister determinar quando esta se faz necessária e os consectários da ausência desta.

Segundo defende doutrina majoritária, a notificação prévia para o oferecimento de resposta só será exigível em se tratando de ações instruídas por “ documentos ou justificação”, o que significa

dizer que, lastreando-se a inicial em inquérito civil não incidirá a regra do artigo 17, parágrafo 7º, da Lei de Improbidade.

Isto porque o inquérito civil já cumpre o papel de evitar o ajuizamento de lides temerárias, justamente o que se buscou coibir com a instituição da defesa prévia. Ressalte-se que este vem a ser o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na ótica processual penal, relativamente aos crimes funcionais.

Inferre-se do que foi dito alhures que quando estiver baseada a ação em documentos ou em justificação há a necessidade da notificação, e sua ausência poderá acarretar nulidade processual absoluta ou relativa.

Em termos jurisprudenciais, há divergências na seara do direito processual penal, quanto aos chamados crimes funcionais, no que tange a falta de notificação constituir numa⁸ ou noutra⁹ espécie e nulidade.

Tratando-se da ausência de notificação prevista no âmbito a Lei de Improbidade Administrativa, analogicamente ao que se vê na órbita processual penal, existem correntes jurisprudenciais favoráveis à configuração de nulidade absoluta e outras à de nulidade relativa.

Aqueles que defendem que a falta de notificação no procedimento da Lei Anti-Corrupção gera nulidade absoluta, argumentam que sem o ato processual mencionado adrede,

8 Ação Penal. Crime funcional Afiançável. Defesa Prévia. Notificação. Omissão. “ Nulidade absoluta e insanável, ainda que não argüida, independentemente da comprovação do prejuízo. Recurso provido para anular o processo a partir do despacho inclusive que recebeu a denúncia” (TJSP- AP_ Rel. Silva Leme_ 132/463).

9 Processo Crime- Inobservância do disposto no art. 514 do CPP- Mera irregularidade- Ausência de prova do prejuízo- Preliminar repelida- Declaração de voto- Voto vencido- Inteligência do art. 572 do citado estatuto. “ A inobservância do disposto no art.514, CPP, constitui mera irregularidade, configurando nulidade relativa, consistente em simples omissão de prazo concedido à defesa. Assim sendo, ainda que argüida em tempo oportuno, seu reconhecimento depende da prova de prejuízo, consoante o art. 572, CPP. (TJSP- AP_ Rel. Jefferso Perroni_ RT 568/285).

impossibilita-se ao demandado o exercício do contraditório e da ampla defesa, afirmando-se a presunção de um prejuízo.

Doutra banda, a corrente defensora da existência de nulidade relativa contra argumenta alegando que a inobservância da regra de notificação prévia, por demandar a demonstração do prejuízo, gera nulidade meramente relativa. Em arrimo a este entendimento, deve-se ter em vista que a razão de ser desta previsão normativa (art. 17, parágrafo 7º, Lei 8429/92) é a de evitar o nascimento de relação processual destituída de justa causa, não se voltando a defesa prévia, unicamente, ao exercício do contraditório, que erá posteriormente exercido na forma do parágrafo 9º do artigo 17 da referida lei, que prevê quando do recebimento da inicial a citação do réu para o oferecimento da contestação, sendo esta a melhor oportunidade para a apresentação das razões da defesa.

Esta parece ser a tese que melhor se adequa à processualística civil moderna. É sabido que a declaração da nulidade relativa exige prova de ter efetivamente ocorrido o prejuízo para aquele que argui-la.

Quando se aduz às sanções previstas no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, tais como a indisponibilidade de bens do agente público indiciado, ou mesmo seu afastamento da função pública, impostas em caráter liminar, quando do recebimento da inicial, faz-se imprescindível a notificação prévia viabilizando o contraditório pois tais condutas afetam diretamente o agente público.

Já na hipótese em que o magistrado recebe a inicial sem tomar qualquer medida, e sede liminar, que venha a atingir diretamente o agente público, a ausência da notificação não acarretará prejuízo e conseqüentemente não será causa de decretação de nulidade relativa.

4. Conclusão

A consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certezas aos litigantes, manda elas que não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim. Cada ato processual tem um fim ou um escopo específico, e todos eles em conjunto têm o escopo de produzir uma tutela jurisdicional justa.

Tal é a idéia da instrumentalidade das formas processuais aliada à liberdade das formas e a não-taxatividade das nulidades na

composição de um sistema fundado na razão e na consciência dos escopos a realizar. Apoiados nesse trinômio, os sistemas modernos manifestam o paradigma de que muito mais importa o escopo atingido que a forma observada, em repúdio à superada e irracional supremacia da forma sobre o conteúdo.

Diante desta trama, o ato não será nulo só porque formalmente defeituoso. Nulo é o ato que, cumulativamente, se afaste do modelo formal indicado na lei, deixe de realizar o escopo ao qual se destina e, por esse motivo, cause prejuízo a uma das partes.

A CORRUPÇÃO COMO ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO

Delson Lyra da Fonseca

Procurador da República

A corrupção é o maior obstáculo para o desenvolvimento. Ela aprofunda o fosso entre ricos e pobres, enquanto elites vorazes saqueiam o orçamento público. Solapa a democracia, a confiança no Estado, a legitimidade dos governos, a moral pública. A experiência demonstra: a corrupção pode debilitar toda uma sociedade.¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceitos e áreas de incidência da corrupção. 3. Evolução econômica e desenvolvimento humano. 4. Evolução dos gastos da União em áreas sociais. 5. Análise comparativa de Municípios. 6. A corrupção como obstáculo ao desenvolvimento. 7. Os mecanismos de enfrentamento à corrupção. 8. Conclusão.

1. Introdução

Este texto surgiu das reflexões que apresentei no Fórum Social Mundial de 2003, em Porto Alegre, ao participar de painel com denominação idêntica ao título aqui utilizado, representando o Ministério Público Federal.

É certo que a corrupção não é fenômeno novo, ao contrário, acompanha a humanidade desde seus passos mais remotos. Não respeita limites ideológicos ou partidários. Frequenta com a mesma desenvoltura governos democráticos e autoritários, sejam eles ditos de direita ou de esquerda. Não faz por menos em razão do sistema econômico adotado, se capitalista ou estatal, se de plena liberdade de mercado ou de absoluto dirigismo. Atua tanto no ambiente público

¹ Wilhelm Hofmeister, Fundação Konrad Adenauer no Brasil, citado no endereço eletrônico da Corregedoria-Geral da União.

quanto nos negócios privados. Não se limita em espaços territoriais: é uma realidade mais e mais globalizada.

Contudo, são inegáveis as evidências de que a corrupção apresenta profundas diferenças nos métodos, na dimensão, nas consequências e nos desafios do enfrentamento, em virtude do contexto político, econômico e social específico. Para exemplificar, não é sem razão a expectativa de que a gestão democrática, a transparência e a participação comunitária no controle dos gastos públicos podem resultar em maior eficiência social.

Mesmo ocorrendo em larga escala nas relações econômicas privadas, a corrupção goza de mais visibilidade e gera maior repulsa quando se refere ao setor público. Há a crença, até certo ponto ingênua, de que sua ocorrência no setor privado não causaria efeitos negativos no interesse da coletividade, enquanto nos negócios de governo esse prejuízo seria inerente.

Em países pobres, seu campo de incidência e seus efeitos são diversos se comparados com países desenvolvidos. Nestes, a corrupção pode comprometer o desempenho econômico, obstruir o desenvolvimento social e fragilizar a legitimidade do poder político. Naqueles, pode ser poderoso instrumento da concentração de riqueza e de poder político em favor daqueles que têm capacidade para pagar ou receber propinas.²

A corrupção pode minar a eficiência das grandes economias, mesmo em ambiente de mercado, do mesmo modo como pode comprometer a gestão dos negócios públicos, ameaçar a democracia política, alienar os cidadãos no campo ético e viciar o processo eleitoral de escolha dos representantes do povo^{3 e 4}. Além disso, impõe o

² Importantes estudos sobre as características, a ambientação e os efeitos da corrupção e seu enfrentamento mundial: *A Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, produzidos sob a responsabilidade do Institute for International Economics.

³ Para os efeitos da corrupção nas grandes economias, ver matérias recentes na grande imprensa mundial sobre magníficas fraudes em balanços de companhia multinacionais e a influência nas bolsas e nas relações entre o Estado e a economia.

⁴ A Kroll e a Transparência Brasil realizaram uma pesquisa sobre percepções e experiências com fraude e corrupção no setor privado brasileiro, realizada no início do ano de 2002. Um total de 84 empresas

deletério efeito dominó: sua prática em escalões superiores da administração se alastra pelos setores subordinados sem escrúpulos.

Por outro lado, mantém convívio estreito, imanente, com o crime organizado. Essa relação se inicia na fase de preparação dos golpes, passa pelo emprego de mão-de-obra e tecnologia e culmina com a fase de aproveitamento dos resultados. Das falsificações à lavagem de dinheiro, tudo pode ocorrer. A hipertrofia do Estado e a concentração de recursos na economia de capital justificariam igualmente a corrupção e os crimes de expressão financeira. Esse ciclo se fecha com as inevitáveis passagens dos negócios ao crime, do crime aos negócios e as relações destes com o Estado que precisa ser controlado, não importa a que preço. A mais valia da corrupção e do crime necessitam do mercado (negócios) e do Estado para render melhor proveito econômico e político.⁵

Há ainda os que a consideram “vício social” e “cultura política” próprios do “caráter nacional”⁶. A “lei da vantagem”, irrecusável, existiria em favor dos mais espertos; não seria inteligente supor alguém

participou do levantamento sobre fraudes e 92 da pesquisa a respeito de corrupção. Neste trabalho, *corrupção* é definida como o uso de cargo público para benefício particular, envolvendo sempre um agente público e um agente privado; *fraude* é o processo de enriquecimento ilícito ocorrido inteiramente no âmbito do setor privado.

O resultado dar a dimensão de tais práticas: *a.* 70% das empresas declara que já se sentiu compelida a contribuir para campanhas eleitorais e destas, 58% declararam ter havido menção a vantagens a serem auferidas em troca do financiamento. *b.* Metade das empresas consultadas que participam de licitações dizem já terem sido sujeitas a pedidos de propinas referentes a esses processos. *c.* Uma em cada duas empresas pesquisadas declara que já foi submetida a pedidos de propina referente a impostos e taxas; o relaxamento das inspeções é o principal “favor” obtido em troca de propinas. *d.* Quase todas as empresas (86%) consideram a fraude uma ameaça e 65% dizem já terem sido vítimas.

⁵ Sobre as relações entre crimes, negócios e Estado: ERNEST MANDEL. *Delícias do Crime*. São Paulo: Busca Vida, 1988, p.155 e seguintes.

⁶ Millor Fernandes representou esses sentimentos em charges hospedadas em seu site oficial.

não-corrupto, tudo dependeria das oportunidades e das relações. Para outros seria inerente à governabilidade e ao jogo do “livre” mercado⁷.

Essas considerações introdutórias foram lançadas com a finalidade de apresentar generalidades importantes sobre a corrupção, suas características e efeitos, ponto de partida para limitar a abordagem aos seus objetivos.

Tratarei, superficialmente, da incidência da corrupção em setor determinado dos negócios públicos e sua influencia deletéria em programas oficiais destinados à implementação do desenvolvimento social.

2. Conceito e áreas de incidência da corrupção

A corrupção será aqui tratada numa acepção amplíssima, de quaisquer atos ou omissões prejudiciais ao desempenho do Estado em favor do interesse público, que tenha como determinante o desvio no exercício funcional motivado por interesse particular. Ou, ainda, o uso de cargo público para benefício particular, envolvendo sempre um agente público e um agente privado.

Portanto, não há apego à terminologia técnico-jurídica, onde o termo é empregado com alcance conceitual restrito para definir crimes ou atos de improbidade e especificar a responsabilidade decorrente.

Como consequência do conceito utilizado, resulta fácil situar as áreas mais propícias à incidência da corrupção na esfera administrativa. O fenômeno se mostra mais intenso nas áreas de fiscalização e cobrança de tributos, atividades policiais e processos de licitação, contratação e pagamento de bem e serviços. Parece óbvio que assim seja, considerando que nesses contextos a presença do Estado e a hegemonia do poder que seus agentes expressam podem facilitar a prática e valorizar o retorno financeiro espúrio.

Arrisco-me a ponderar, contudo, que esse quadro pode, em parte, ser resultante da menor visibilidade da corrupção em outras áreas da gestão pública, notadamente na formulação de políticas públicas.

⁷ Elio Gaspari, em *A Ditadura Envergonhada*, Cia. De Letras, 2002, faz referências a respeito, ao descrever as perspectivas e as frustrações relatadas pelos Generais Ernesto Geisel e Golbery do Couto e Silva da primeira fase do regime militar de 64.

Para obter mais recursos destinados a projetos educacionais e de saúde pública, seguindo a sistemática de transferências diretas de verbas do orçamento da União, por onde transita a imensa maioria dos gastos nesses setores, agentes do poder responsável podem manipular os dados estatísticos sobre o número de crianças na escola, ou o de mulheres grávidas e recém-nascidos com deficiência nutricional, ou o de vítimas da dengue. O passo seguinte é desviar o excedente e manipular as contas.

Nesse âmbito, a perversidade dos efeitos da corrupção começa com o comprometimento ético dos formuladores das ações destinadas a enfrentar os fossos de desenvolvimento social e se aprofunda no campo da constatação e do enfrentamento. De pouco adiantaria verificar a papelada do projeto e da prestação de contas, comumente apresentada com regularidade formal e assim aceita pelos organismos de controle, na maioria dos casos. O vício está na essência do que se fez ou deixou de fazer, exigindo avaliação mais profunda de conteúdo: da formulação da política às despesas realizadas.

Cuida-se de análise de pertinência e eficiência raramente feita.

Por outro lado, quando imaginamos a atuação dos mecanismos legais de combate à corrupção aplicados às ocorrências comuns, seja pelo viés da repressão criminal ou da improbidade administrativa, até é possível festejar vitórias, mesmo raras, refletidas na condenação de alguns poucos corruptos. Porém, mesmo que o erário seja ressarcido do prejuízo financeiro, algo mais raro ainda, a perda social materializada no sacrifício de vidas humanas, no analfabetismo gramatical e funcional crônicos, na manutenção de bolsões de fome e miséria, continuará como elo perdido na busca da dignidade humana.

Não há retorno possível. Nisto reside profunda diferença de abordagem e de tática de enfrentamento.

3. Evolução econômica e desenvolvimento humano

Sem apego à conceituação mais rigorosa, farei brevíssima passagem pelos índices relativos à realidade nacional e regional quanto ao crescimento econômico, aos gastos federais em políticas sociais e aos índices de desenvolvimento humano.

Para tanto, a expressão desenvolvimento social será utilizada no sentido abrangente de conjunto de ações e políticas destinadas a assegurar a justiça social, a distribuição da riqueza, a dignidade da pessoa humana, o respeito aos direitos individuais e sociais mais elementares: emprego e renda, moradia com água de qualidade e saneamento, educação, saúde, cultura e lazer.

Na última década, a economia brasileira registrou crescimento ano a ano, medido pela evolução do PIB per capita. No quadro nacional, saiu de R\$ 2.227,00 em 1994, para R\$ 6.437,00 em 2000. Nas regiões geográficas, a curva ascendente se repetiu no mesmo período, guardadas as diferenças que as caracterizam e desigualam: no Nordeste, cresceu de R\$ 1.004,00 para R\$ 3.014,00; no Norte, de R\$ 1.574,00 para 3.907,00; no Centro-Oeste, de R\$ 2.051 para R\$ 6.559,00; no Sul, de R\$ 2.784 para R\$ 7.692,00; e no Sudeste, de R\$ 2.989,00 para R\$ 8.774,00.

Aplicando o mesmo critério e os mesmos parâmetros em relação aos Estados que, nas respectivas regiões, obtiveram o pior IDH-M (Índice de Desenvolvimento Humano por Município) na avaliação de 2000, a cena se repete. O PIB per capita de Alagoas saiu de R\$ 1.508,00 em 1995 para R\$ 2.485,00 em 2000; no Acre, de R\$ 2.021,00, para R\$ 3.037,00; em Goiás, de R\$ 2.614,00, para R\$ 4.316,00; no Espírito Santo, de R\$ 4.488,00, para R\$ 6.931,00; e no Paraná evoluiu de R\$ 4.865,00, para R\$ 6.882,00^{8 e 9}.

Esses dados colocam às claras as profundas desigualdades regionais brasileiras, vistas a partir da relação entre os índices de desenvolvimento humano e o crescimento da economia, medido pelo PIB per capita.

Os Estados das regiões Norte e Nordeste, apesar do crescimento verificado, continuam apresentando PIB per capita muito abaixo dos situados nas regiões Sudeste e Sul, bem como da média nacional.

⁸ Os dados econômicos, demográficos e sociais foram colhidos no site do IBGE - Brasil 2000.

⁹ Para os registros sobre os Índices de Desenvolvimento Humano, foi utilizada e base de dados o IPEA – Novo Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil e Relatório do Desenvolvimento Humano 2002, disponível na Internet: www.undp.org.br

O Rio Grande do Norte, apresentou o melhor IDH-M da região Nordeste em 2000, com 0,702. Todavia, quando inserido no ranking nacional, atinge a 18ª posição; ao ser confrontado com os Estados que obtiveram o pior desempenho nas regiões Sul, onde o Paraná atingiu o índice de 0,786, ocupando o 6º lugar no ranking, e Sudeste na qual o Espírito Santo, com 0,767, é o 10º colocado, a distância é gritante.

4. Evolução dos gastos da União em áreas sociais

Os programas sociais brasileiros, notadamente nas áreas de educação, saúde e previdência/assistência social, são custeados com recursos originários dos orçamentos fiscal e securitário da União, ou são submetidos a sistemas concentrados de captação e repasse, apesar da intensa municipalização ocorrida na execução nos últimos anos.

Na amostragem desses números, extraídos da execução do orçamento federal, e não da previsão, percebe-se a dimensão dos valores no período compreendido entre 1995 e 2001¹⁰. Na educação, o dispêndio manteve-se na média de 7 bilhões de reais ao ano; na saúde, situou-se em curva ascendente, entre 10 e 21 bilhões; na previdência e assistência, realizou-se em valores crescentes, entre 37 e 80 bilhões de reais.

5. Análise comparativa de Municípios

Todos os diagnósticos sobre a realidade social brasileira levam à premissa básica de que a educação é o principal fator de desigualdade e exclusão. Também é fato que uma política educacional inclusiva e formadora de cidadania tem base na pré-escola e no ensino fundamental. Logo, os Municípios situam-se como unidades político-administrativas de indiscutível dimensão nesse processo construtivo da sociedade.

Em virtude disso, optei por comparar os dados educacionais e de finanças públicas de três Municípios brasileiros: São Caetano do Sul, situado em São Paulo, que obteve o maior IDH-M do Brasil em 2000; Traipu, em Alagoas, com o pior IDH-M de 2000 no Estado, que por seu turno mantém o IDH mais baixo do País; e Gramado, no Rio Grande do Sul, com posição destacada no IDH-M

¹⁰ Gastos por área social, excluídas as despesas com pagamento de pessoal.
Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional.

nacional (66º lugar) e estadual (17º lugar), por ter população não muito maior que a de Traipu, porém com características culturais, geográficas e econômicas muito diversas.

Os dados financeiros utilizados são os repasses do FUNDEF – Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e do FPM – Fundo de Participação dos Municípios¹¹. O primeiro porque expressa o perfil do Município quanto a alunos matriculados na rede pública municipal e o segundo por ser instrumento razoável de equalização da participação dos Municípios na arrecadação de impostos federais.

No período de 1998 a 2001, São Caetano do Sul recebeu do FUNDEF recursos ao redor de R\$ 1.860.000,00 por ano; Gramado, R\$ 1.646.000,00; e Traipu, R\$ 2.390.000. Considerando agora a relação entre a quantia recebida por cada Município em 2001 e o número de alunos matriculados na rede municipal, de acordo com o censo escolar do mesmo ano¹², temos os seguintes valores per capita: São Caetano do Sul, R\$ 1.322,00; Gramado, R\$ 4.672,00; e Traipu, R\$ 360,00.

Já os repasses relativos ao FPM, no mesmo período, deram-se na seguinte média anual: São Caetano do Sul, R\$ 8.500.000,00; Gramado, R\$ 2.360.000,00; e Traipu, R\$ 2.775.000,00. Levando em conta o número de pessoas residentes nesses Municípios, de acordo com o censo de 2000 do IBGE, os valores per capita aproximam-se de: São Caetano do Sul (com 140 mil habitantes), R\$ 60,00; Gramado (com 28 mil habitantes), R\$ 84,00; e Traipu (com 23 mil habitantes), R\$ 115,00.

Esses números mostram que, em valores absolutos, o Município alagoano titular do IDH-M mais baixo recebeu recursos bem expressivos tanto do FUNDEF quanto do FPM.

Na comparação per capita, contudo, há disparidades consideráveis.

Nas verbas destinadas ao ensino fundamental, Traipu tem um número bastante grande de alunos na rede municipal, com desembolso

¹¹ Os valores foram colhidos na base de dados da Secretaria do Tesouro Nacional na Internet: www.stn.fazenda.gov.br

¹² Cf. base de dados do Ministério da Educação/FNDE/INEP na Internet: www.inep.gov.br

médio na ordem de R\$ 360,00, quantia irrisória quando confrontada com a dos outros dois Municípios. Podem significar, outrossim, que a população de São Caetano do Sul e de Gramado dependem muito pouco do Município para prover o ensino fundamental, suprida satisfatoriamente pela rede privada ou estadual; ou que a comunidade escolar de Traipu vale muito pouco em termos de investimentos públicos.

Quanto ao FPM, chama a atenção o fato do Município alagoano receber valor per capita muito superior a São Caetano do Sul e Gramado, apesar do baixo desempenho econômico em seu território e na região onde está inserido, marcada pela pobreza crônica.

O abismo é mais assustador quando são confrontados os dados do desenvolvimento social de suas populações, a começar pelo último IDH-M.

No ranking nacional dos Municípios brasileiros, Traipu está no 5.504º lugar, Gramado no 66º e São Caetano do Sul em 1º. Estes últimos têm padrão elevado de alfabetização e os níveis de escolaridade estão acima da média nacional; a maior parte das moradias são providas de água tratada e saneamento básico; a oferta de serviços públicos situa-se em patamar também acima da média.

Em contrapartida, Traipu: convive com vergonhosos níveis de analfabetismo (acima de oitenta por cento); só uma pequena parte da população urbana tem abastecimento de água em suas casas; não há rede de esgoto; os serviços públicos são insuficientes à demanda e de baixíssimo nível de eficiência¹³.

6. A corrupção como obstáculo ao desenvolvimento

A realidade superficialmente exposta, mesmo com limitada base empírica, impõe uma reflexão acerca dos fatores determinantes de índices sociais tão negativos, de pobreza endêmica, de tamanha desigualdade, apesar do crescimento econômico e dos elevados gastos públicos programados para as políticas sociais.

Não se pode deixar de considerar a grande importância do modelo econômico que prepondera diversamente nas regiões brasileiras, nem de atribuir peso razoável às diferenças climáticas. A

¹³ Cf. base de dados do IBGE relativa ao censo de 2000: www.ibge.gov.br

concentração da propriedade e das rendas, a escassez de chuvas, o modo rudimentar de produção assinalam para a manutenção da pobreza, sem dúvida.

Do mesmo modo, não é verossímil afirmar que o quadro de Traipu, e de outros tantos, seja resultante da má sorte de suas localizações. O volume de recursos destinados a políticas sociais indica possibilidade concreta de maiores e melhores investimentos na educação, na saúde, na produção.

Segue-se daí que tais índices de subdesenvolvimento social são decorrentes, também, de outras causas, cuja identificação aqui não é possível esgotar. Dados os limites e objetivos deste trabalho, considero relevante destacar: a) falhas de concepção em alguns programas, b) deficiências na execução e no controle e c) corrupção nas ações e políticas públicas pertinentes.

Os defeitos de concepção são inevitáveis, até pela dimensão do País e suas diversidades. Os planejamentos concentrados dificilmente atenderão bem a realidades tão diferentes. O problema se agrava quando, já nessa fase, deixa-se de estabelecer mecanismos eficazes de monitoramento, baseando-se, às vezes, na crença vã de que os administradores e fornecedores agirão honestamente. Não se deixe de considerar que a falha de concepção pode conter aquela brecha que irá viabilizar o desvio de finalidade e proveito espúrio na execução.

As deficiências na execução têm raiz na ausência de capacitação gerencial dos executores na ponta, pela falta de estrutura administrativa da maioria dos Municípios, somada às dificuldades e limitações no controle técnico e à ausência quase absoluta do controle social.

Postos esses ingredientes, a corrupção grassa livre, alimentada pelo proveito do produto do desvio e da quase total impunidade.

Os números financeiros de sua prática são imprecisos e de pouca visibilidade. Os dados judiciais não os indicam, as pesquisas econômicas não os dimensionam com precisão, mas fala-se em cifras nada desprezíveis: algo como seis mil reais ano para cada brasileiro. Seus nefastos efeitos sociais são de difícil ou impossível reparação.

7. Os mecanismos atuais de enfrentamento à corrupção

O controle sobre os atos da gestão pública, na sistemática brasileira, é realizado por organismos técnicos, integrantes dos sistemas de controle interno – formado pelas auditorias dos próprios órgãos – e externo, a cargo do Poder Legislativo respectivo, com o auxílio do Tribunal de Contas correspondente, e pela sociedade, através da participação nas entidades de controle social. Tudo sem afastar a garantia constitucional de possível revisão pelo Poder Judiciário.

Os órgãos de controle técnico têm a eficiência limitada pelo reduzido quadro de especialistas, pela escassez de meios materiais e pelo controle político sobre suas ações e deliberações.

Na experiência federal, as atividades dos Auditores de Controle Interno são dirigidas e controladas por autoridade hierárquica centralizada nacionalmente, até mesmo para atender a solicitações específicas do Ministério Público.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, seus Auditores não gozam de qualquer autonomia, nem mesmo aquelas atribuídas, por dever legal, a todo funcionário público, que, por exemplo, é obrigado a levar ao conhecimento do Ministério Público a ocorrência de fato possivelmente criminoso de que tomou ciência no exercício das funções. Tudo depende de expressa deliberação do Tribunal ou do Ministro relator do caso. O desfecho dos processos é demorado e nem sempre as decisões seguem as indicações técnicas.

Essa sistemática tem mantido o controle técnico quase exclusivamente em atividades posteriores e com poucas ações de campo. Raramente se conta com avaliação prévia ou concomitante à execução do programa. A virtualidade impera, assim como preponderam as auditorias em papéis que nem sempre expressam a realidade.

Já o controle comunitário tem a vantagem de estar presente na cena dos fatos, o que permite a seus integrantes perceber de perto as táticas corruptas. Além disso, tem a prerrogativa máxima de impedir, pelo exercício do voto popular, o ingresso ou o retorno do administrador corrupto à cena política. Entretanto, sofre as fragilidades do baixo padrão de cidadania, refletido na incipiência da

organização da sociedade e no seu pequeno interesse participativo, fruto da pouca prática democrática. Cria-se uma lógica negativa perversa: o cidadão não aprende a exercer o controle social, porque não o exerce; não o exerce, porque nunca aprendeu.

O Ministério Público tem atribuições e prerrogativas constitucionais que o qualificam como veículo fundamental posto à disposição da sociedade no combate à corrupção. Pode atuar diretamente, assim como, apresentar-se com parceiro do controle social e técnico; pode atuar tanto preventivamente, quanto manejar os mecanismos sancionadores. Contudo, carece de conhecimento do fato e domínio técnico, em boa parte dos casos e faltam-lhe recursos humanos capacitados em outros; é quantitativamente pequeno para tantos e pode ser omissivo em outros.

Enfim, enfrentar a corrupção não é tarefa fácil, nem se pode esperar eficiência em ações isoladas, por mais categorizadas que possam parecer. A interface entre o controle técnico e o controle social deve ser vista numa relação de essencialidade e integração. Desse corpo surgirá também maior eficiência nas provocações ao Ministério Público e na sua própria atuação no Judiciário ou fora dele.

A esse propósito, cabe registrar a experiência bem sucedida ocorrida no Município de Ribeirão Bonito, interior de São Paulo, relatada na “Cartilha” produzida pela organização não governamental Amigos Associados de Ribeirão Bonito – AMARRIBO, disponível no endereço eletrônico www.amarribo.com.br.

8. Conclusão

É indiscutível que as práticas corruptas, como a má utilização, o desvio, a apropriação indevida de recursos públicos, atingem diretamente a cidadania. Não só porque impedem o fluxo e a aplicação regular desses recursos nas ações e serviços públicos, mas também porque geram intolerável descrédito nas ações do Estado em favor de seus cidadãos, agravada pela disseminada sensação de impunidade ou de punição tardia dos infratores.

Portanto, apresenta-se à sociedade e ao Ministério Público o desafio de enfrentar esse nefasto fenômeno nas suas causas estruturais e nos efeitos deletérios sobre a cidadania, notadamente no contexto

das políticas públicas e dos programas governamentais destinados à promoção de Direitos Humanos.

O ponto de partida consiste na indispensável avaliação da eficácia sobre o quê e como temos, todos, realizado nesse campo, visando aprimorar ações e estratégias de enfrentamento. A partir disso, fluirá a necessidade de mecanismos sociais e institucionais integrativos e capazes de contribuir para a efetividade da punição dos culpados e a busca de eficiência dos programas sociais indispensáveis ao desenvolvimento.

Isso implica na necessidade de mudar convicções e induzir atitudes; formar consciência política e capacitar a comunidade para o exercício de direitos; aprimorar e tornar independentes os agentes do controle técnico; aperfeiçoar e comprometer o Ministério Público no combate à corrupção como prioridade. É tarefa para todos, como naqueles sonhos que não se sonham só.

A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS DEMANDAS POSSESSÓRIAS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Fábio da Costa Cavalcanti

Procurador Federal da Procuradoria Federal Especializada – FUNAI - AL e
Pós-Graduando em Direito Processual pela FEJAL – CESMAC

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os direitos dos indígenas na Constituição Federal de 1988. 3. Demarcação das terras tradicionalmente ocupadas. 4. Posse exercida pelos indígenas. 5. A competência Jurisdicional. 6. Jurisprudência. 7. A intervenção do Ministério Público. 8. Conclusão.

1. Introdução

Pretendemos com este artigo tornar claras as questões referentes à competência jurisdicional para processar e julgar demandas referentes à posse de terras indígenas ou das terras que sejam objeto de suas pretensões, fundados na determinação constitucional.

Iniciaremos com a exposição acerca dos direitos que foram atribuídos aos indígenas na Constituição Federal de 1988 e a maneira de sua efetivação através do procedimento administrativo prescrito. Após, passaremos à análise dos conceitos de posse das terras pretendidas pelos indígenas em face do conceito civilista. Ao final traçaremos linhas acerca da competência para processar e julgar as lides em que se discutam questões tais.

2. Os direitos dos indígenas na Constituição Federal de 1988

A fonte donde promanam os direitos indígenas é a Constituição Federal, sendo atinente à matéria o artigo 231, cuja transcrição parcial se nos afigura impositiva:

Art. 231. São reconhecidas aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que

tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1.º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2.º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 4.º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 6.º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Releva também ressaltar a importância das disposições insertas no art. 20, XI e 22, XIV, da Constituição Federal, os quais determinam respectivamente que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União e que a competência para legislar sobre direitos indígenas é da União.

Da análise destas normas infere-se que à União foi atribuída a obrigação de fazer cumprir as determinações constitucionais, bem como as infraconstitucionais, no que concerne aos objetivos diferenciados estabelecidos na Carta Magna nas situações em que figurem direitos indígenas.

A legislação federal que atualmente trata da matéria é o Estatuto do Índio, lei n.º 6001/73, recepcionada em parte pela Constituição Federal.

O órgão federal incumbido de exercer a política indigenista, obrigação da União, consoante a determinação constitucional é a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, que foi instituída pela lei n.º 5371/67.

3. Demarcação das terras tradicionalmente ocupadas

Atualmente o processo administrativo para a identificação e delimitação das terras indígenas tem procedimento estabelecido pelo Decreto n.º 1.775/96 que, regulamenta o art. 2.º, IX, da lei n.º 6001/73.

O referido decreto estabelece ser imprescindível a realização de estudo antropológico de identificação, devendo o antropólogo possuir qualificação reconhecida, como pré-requisito para a demarcação da área indígena.

São efetivados no processo administrativo estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação, motivo pelo qual é criado um grupo técnico multidisciplinar, coordenado por antropólogo.

O procedimento administrativo de reconhecimento da tradicionalidade da ocupação de terras por indígenas compõe-se das seguintes fases: identificação e delimitação; declaração; demarcação; homologação; registro e extrusão de não-índios.

Falemos um pouco mais sobre as fases do processo, valendo salientar que algumas delas não são estanques, conquanto realizadas durante todo o *iter* processual.

As fases de identificação e delimitação iniciam-se com a instalação do grupo técnico quando, assegurada a ampla participação dos indígenas e de quaisquer outros interessados, define-se a partir do estudo antropológico a efetiva ocupação tradicional da área por indígenas e se estabelece a partir dos seus costumes, qual a área ocupada por eles, cabendo aos engenheiros agrônomos e outros profissionais delimitar, através do uso dos mais modernos meios de medição, a área exata que será considerada de ocupação tradicional. Faz-se também nessa fase o cadastramento de todos aqueles ocupantes não-índios da área delimitada.

Encerrados esses trabalhos, envia-se o relatório conclusivo do grupo técnico para a FUNAI, a fim de que haja a avaliação pelo Presidente do estudo produzido, após análise prévia por uma comissão permanente da FUNAI, composta por profissionais de diversas áreas que, emitem parecer conclusivo sobre o relatório.

Acaso haja a aprovação do Presidente da FUNAI, publica-se o relatório no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado onde se situa a área em estudo e nos municípios onde se localizam as terras, devendo constar dos relatórios os mapas e memoriais descritivos.

Uma vez publicados os relatórios, têm os interessados em geral o prazo de 90 (noventa) dias para a apresentação de quaisquer requerimentos, pleiteando indenização ou indicando vícios totais ou parciais do procedimento administrativo.

Após a conclusão daquele prazo, passa a fluir prazo de 60 (sessenta) dias para que seja enviado todo o procedimento ao Ministro da Justiça, acompanhado de pareceres acerca dos eventuais requerimentos apresentados.

Recebido o procedimento pelo Ministro da Justiça, surgem três possibilidades.

A primeira é a determinação de realização de diligências no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

Pode ele fundamentadamente declarar a imprestabilidade do estudo realizado, seja pelo não atendimento das prescrições do art. 231, da CF, seja por qualquer outro motivo, determinando o retorno do procedimento para a FUNAI.

Por fim, estando correto o processo, através de portaria, reconhece os limites da terra indígena e determina que seja efetivada a sua demarcação.

Acaso aprovado o relatório, constitui-se novo grupo e se passa à fase demarcatória que consiste na colocação dos marcos indicadores dos limites da terra indígena, momento em que são retomados os trabalhos de campo de levantamento dos ocupantes não-índios, conquanto freqüentemente não identificados todos eles.

Concluídos os trabalhos enviam-se os dados ao Presidente da República que homologa, através de Decreto, a demarcação da terra indígena.

A quinta fase consiste no registro da terra indígena como bem da União nos Cartórios de Registro de Imóveis e na Secretaria de Patrimônio da União, *ex vi* dos arts. 231 c/c 20, XI, da CF, o que é realizado com a apresentação do Decreto Homologatório.

Publicado o decreto, realizam-se vistorias nas áreas, a fim de mensurar as benfeitorias indenizáveis e os seus valores que, são os de mercado, após as quais há o julgamento da boa ou má-fé dos ocupantes, somente havendo o pagamento das benfeitorias àqueles que forem considerados de boa-fé.

Pagas as benfeitorias para os de boa-fé ou negado o pagamento em decorrência da má-fé do ocupante há a chamada extrusão dos não indígenas, reassentando-os prioritariamente em áreas desapropriadas para tal fim pelo INCRA, observada a legislação pertinente.

Encerradas todas as etapas, restabelece-se o direito à posse dos indígenas, consistente na outorga do direito de usufruto exclusivo.

4. Posse exercida pelos indígenas

Uma interpretação sistemática da Constituição Federal nos leva a conclusão de que fixou ela conceitos diversos dos que são utilizados para a resolução de problemas atinentes aos cidadãos não-índios, quando em discussão a posse e a propriedade de terras denominadas como “tradicionalmente ocupadas” pelos indígenas.

Outra não é a conclusão a que se chega, após a verificação dos conceitos utilizados para a demarcação das terras indígenas, cujo pressuposto é a ocupação tradicional que, nada mais é do que o exercício da posse em decorrência do indigenato.

Inicialmente convém ressaltar que a Constituição Federal seja ela promulgada ou outorgada, é denominada absoluta, tem o poder de inovar todas as situações jurídicas e fácticas postas.

Enumera Moraes¹ as características do poder constituinte originário,

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. Editora Atlas. p. 54.

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.

O Poder Constituinte é inicial, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica.

O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.

O Poder Constituinte é também incondicionado, pois não está sujeito a qualquer norma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

Assim, deve-se fazer a leitura da constituição, tomando como base o seu absolutismo, no sentido de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são de propriedade da União, reconhecendo-se a nulidade de quaisquer títulos porventura existentes, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias aos ocupantes de boa-fé.

É assegurado o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas aos indígenas, devendo a União através da FUNAI, órgão responsável pela eficácia das suas determinações, promover as demarcações destas terras, observado o conceito antropológico para a fixação dos seus limites e o procedimento administrativo para a definição.

Assim, constata-se que a posse dos indígenas sobre a terra não é aquela estabelecida no Código Civil, mas sim, uma posse alicerçada em conceitos antropológicos, onde se buscará saber, considerados os costumes da etnia, se aquela área era ou não considerada pelos próprios indígenas como de seu domínio.

Nosso entendimento escuda-se no constitucionalista José Afonso da Silva que diz:

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se

deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições.²

A posse dos indígenas sobre a terra é a posse que decorre do conceito do indigenato, cuja definição foi colhida nos ensinamentos do emérito jurista José Afonso da Silva:

5. O INDIGENATO. Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que dita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1.º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 06 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.³

Fundado nos ensinamentos de João Mendes, vai mais além José Afonso:

É que conforme ele mostra, o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, "não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem."⁴

Não se deve, portanto, basear-se em conceito de *corpus*, *animus* ou uso da terra como se proprietário fosse, que são conceitos civilistas, como fundamento para resolução das demandas possessórias em que estejam envolvidas as comunidades indígenas.

Constata-se assim que o direito dos indígenas sobre as terras tradicionais foi respeitado até pelo império, na época do Brasil

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p.831.

³ SILVA, José Afonso da. Op cit., p.831.

⁴ MENDES JR. João. *Os Indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*, p. 57, apud Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 832.

colônia, devendo a interpretação das questões possessórias partir sempre deste paradigma.

5. A competência jurisdicional

A Constituição Federal definiu com clareza solar a competência para tratar destas questões, nos seguintes termos:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar

XI – A disputa sobre direitos indígenas.

Ora, existente uma demanda judicial possessória ou petição sobre bens imóveis, seja onde já se concluiu o procedimento administrativo competente para reconhecimento da tradicionalidade da ocupação, seja em área pretendida, uma vez envolvida uma comunidade indígena, ocorre a subsunção do fato à norma constitucional acima transcrita, conquanto efetivamente existente uma disputa sobre um direito indígena.

Não obstante a clarividência da norma, ocorrem esporadicamente equívocos por parte dos juízes estaduais de diversos estados da federação que, entendem não ser competente a Justiça Federal, quando ainda não existe um pronunciamento definitivo por parte do estado, mas somente a pretensão dos indígenas.

Mesmos para estes casos, não resta nenhuma dúvida de que o juízo competente para tratar de questões possessórias em que figura em um dos pólos uma comunidade indígena é do juízo federal, até porque incidentes outras normas que impõem o reconhecimento da competência deste juízo, senão vejamos.

A Constituição Federal, em seu art. 109, acima transcrito, determina caber aos juízes federais processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Atualmente compete à Fundação Nacional do Índio – FUNAI o exercício das políticas públicas indigenistas no Brasil, máxime a promoção das disposições insertas na CF e no Estatuto do Índio.

Uma vez que foi a FUNAI incumbida de garantir o respeito aos direitos constituídos em favor dos índios, é evidente que tem ela interesse jurídico em demandas em que se discutam pretensões de uma comunidade indígena por terras.

Reconhecem os tribunais o caráter de autarquia fundacional da FUNAI, sendo-lhe determinado o juízo da justiça federal como o competente para processar e julgar os feitos que lhe são afetos.

O E. STJ firmou entendimento neste sentido, senão vejamos:

Acórdão CC 1349 / MS; CONFLITO DE COMPETENCIA
1990/0006713-8 Fonte DJ DATA:02/12/1991
PG:17509 Relator Min. BUENO DE SOUZA (0205)

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL.

COMPETENCIA. FUNDAÇÃO DE DIREITO PUBLICO.

1. FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDIO-FUNAI
QUALIFICA-SE COMO PESSOA JURIDICA DE
DIREITO PUBLICO, QUE INTEGRA O GENERO
AUTARQUIA (RTJ 122/495).

2. É COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL
PROCESSAR E JULGAR CAUSAS EM QUE ESTES
ENTES COMPARECEM COMO PARTES (C.F., ART.
109, I).

3.PRECEDENTES.

*Data da Decisão 13/11/1991 Órgão Julgador S2 -
SEGUNDA SECAO.*⁵

Uma vez estabelecida a premissa de que a participação da FUNAI torna o juízo federal competente para processar e julgar o feito, transcreveremos a norma legal que impõe a sua participação em litígios desta espécie, ex vi da lei n.º 6.001/73 – Estatuto do Índio:

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio (FUNAI) a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas. Grifo nosso

Assim, é indubitável ser obrigatória a participação da FUNAI em litígios envolvendo questões indígenas, quando envolvida uma comunidade como litisconsorte passivo ou ativo. Trata-se de um litisconsórcio necessário.

⁵ Decisão colhida no sítio do STJ na internet – www.stj.gov.br

Ora, se é impositiva a participação da FUNAI na demanda e sendo ela uma autarquia fundacional federal defensora dos interesses indígenas, impõe-se o julgamento destas demandas pelo juízo federal.

O estatuto dos índios vai mais além:

Art. 36. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, compete à União adotar as medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitam.

Parágrafo Único – Quando as medidas previstas neste artigo forem propostas pelo órgão federal de assistência ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva.

Estabelecida a imprescindibilidade de inclusão da FUNAI na lide, verifica-se que com ela, impõe-se novamente o julgamento pelo juízo federal, porque impositiva também a inclusão da União no feito. Comungamos parcialmente do entendimento de Dinamarco a seguir transcrito, com relação ao caráter desta intervenção:

Trata-se de assistente litisconsorcial e não de verdadeiro litisconsorte, porque a União não é autora de demanda alguma e em relação a ela demanda alguma se propôs.⁶

Dissemos comungar parcialmente porquanto indubitável ser a União litisconsorte, quando existente demanda sobre terra cujo processo demarcatório já terminou, o que faz com que se tornem as terras bens de sua propriedade, podendo sofrer ela perdas acaso julgada procedente a ação em seu desfavor.

Deste modo, nos casos em que houver a propositura de uma ação contra uma comunidade indígena, imprescindível é a inclusão no pólo passivo, como litisconsorte da FUNAI, como litisconsorte a União, acaso já registrada a terra em seu nome e como assistente litisconsorcial não concluído ou inexistente processo demarcatório, sendo nula qualquer decisão prolatada sem a inclusão destes entes na demanda, reiteramos, por ser necessário o litisconsórcio.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.204.

Acaso, *ad argumentandum tantum*, ainda assim, não se queira reconhecer o litisconsórcio imposto pela lei especial, é possível também a inclusão da FUNAI em demandas em tramitação, acaso demonstrado o interesse jurídico no feito.

Uma vez manifestado nos autos de algum processo o interesse da FUNAI na questão, o que sempre é feito, cabe somente ao juízo federal discordar de tal entendimento, devendo o juízo estadual enviar incontinentes os autos à justiça federal, nos termos da súmula n.º 150, do E. STJ, abaixo transcrita:

Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, de suas autarquias ou empresa públicas.

Por fim, cumpre salientar que em demandas tais, impõe-se a oitiva prévia da FUNAI e da União, nos termos do que preceitua o art. 63, da lei n.º 6.001/73, após a qual poderia então conceder-se uma liminar de reintegração de posse, imposição legal, de observância obrigatória portanto, determinação que deve ser feita ainda que mantido por um Juízo Estadual o entendimento de que seria competente.

Assim, constata-se que a incompetência absoluta do juízo estadual para processar e julgar estas demandas se dá em razão da matéria, qual sejam direitos indígenas e em razão das pessoas que devem figurar no feito como litisconsortes.

6. Jurisprudência

Os acórdãos a seguir colacionados não deixam dúvidas acerca da competência da justiça federal em casos semelhantes aos dos autos, independentemente das questões de fundo, somente pelo fato de figurarem indígenas como figurantes dos conflitos de terra.

Acórdão Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL Processo: 9604163884
UF: PR
Órgão Julgador: QUARTA TURMA
Data da decisão: 15/12/1998
Documento: TRF400067696
Fonte DJ DATA:27/01/1999 PÁGINA: 629
Relator(a) JUIZ JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA

Decisão Unânime.

Descrição JURISPRUDENCIA: TRF/1R: AG 96.01.39172/BA, DJ 17.02.97, P. 6656. TRF/4R: AC 93.04.36104-4/SC, DJU 21.06.96. STJ: MS 92.0002046, DJU 30.08.93.

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO PRATICADO POR ÍNDIOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNAI E DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE A ÁREA EM LITÍGIO CARACTERIZE-SE COMO TRADICIONALMENTE OCUPADA POR INDÍGENAS. 1. A funai e a União são substitutas processuais dos índios, a teor do disposto nos Art-35 e Art-36 do Estatuto do Índio (Lei-6001/73). 2. A posse e o domínio das terras indígenas estão garantidos pela constituição, nos Art-20, Inc-21 e Art-231, Par-1 e Par-4 e, ao teor do Par-6 do mesmo Art-231 da CF, são nulos e extinto, sem que produzam efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. 3. Entretanto, no caso dos autos, não há elementos suficientes para que se caracterize como "tradicionalmente ocupadas pelos índios" as terras que são objeto da reintegração de posse, tampouco, para que se afirme o oposto. Assim, deve ser declarada a nulidade da sentença, para que seja reaberta a instrução.

Indexação LEGITIMIDADE PASSIVA, UNIÃO FEDERAL, FUNAI, FUNDAMENTAÇÃO, SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL, ÂMBITO, REINTEGRAÇÃO DE POSSE, IMÓVEL, OCUPAÇÃO, ÍNDIO. NULIDADE, TÍTULO DE DOMÍNIO, AUTOR, HIPÓTESE, COMPROVAÇÃO, IMÓVEL, CARACTERIZAÇÃO, TERRA INDÍGENA, FORMA, PREVISÃO, CONSITITUIÇÃO VIGENTE. ANULAÇÃO, SENTENÇA, OBJETIVO, REALIZAÇÃO, PROVA PERICIAL, LOCALIZAÇÃO, TERRA INDÍGENA. CONTRADIÇÃO, PROVA TESTEMUNHAL. ARA/MBC
Data Publicação 27/01/1999 Referência Legislativa *****
CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED CFD-ANO-1988 ART-20 INC-11 ART-231, PAR-1 PAR-4 PAR-6 - LEG-FED LEI-6001 ANO-1973 ART-35 ART-36 ART-37

Acordão Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO
Processo: 8904150922 UF: SC
Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA
Data da decisão: 07/08/1990
Documento: TRF400013544
Fonte DJ DATA:05/09/1990 PÁGINA: 20131
Relator(a) JUIZ SILVIO DOBROWOLSKI
Descrição POR UNANIMIDADE, DADO
PROVIMENTO AO AGRADO.

Ementa: PROCESSO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRAS DE INDIOS. LITISCONSORCIO NECESSARIO DA UNIÃO FEDERAL. A UNIÃO FEDERAL E LITISCONSORTE NECESSARIA EM TODAS AS AÇÕES POSSESSORIAS RELATIVAS AS TERRAS HABITADAS PELOS INDIOS, E POR ISSO, DE ACORDO AO DISPOSTO NO ARTIGO-928, PARAGRAFO UNICO DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL, E INDISPENSÁVEL A OUVIDA DO SEU REPRESENTANTE JUDICIAL, ANTES DA CONCESSÃO DE LIMINAR EM TAIS AÇÕES.

Indexação UNIÃO FEDERAL, QUALIDADE, LITISCONSORTE NECESSARIO, HIPOTESE, AÇÃO POSSESSORIA, TERRAS, HABITAÇÃO, INDIO. NECESSIDADE, AUDIENCIA, UNIÃO FEDERAL, ANTERIORIDADE, DEFERIMENTO, LIMINAR, AÇÃO POSSESSORIA. PROCESSO, LITISCONSORCIO, REINTEGRAÇÃO DE POSSE Data Publicação 05/09/1990 Referência Legislativa ***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED CFD-0 ANO-1988 ART-20 INC-11 ART-231***** CPC-73 CODIGO DE PROCESSO CIVIL LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-928 ***** CF-69 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED EMC-1 ANO-1969 ART-4 INC-4 LEG-FED LEI-6001 ANO-1973 ART-36⁷

As decisões acima transcritas amparam as alegações formuladas durante esta exposição, no sentido de que é absoluta a incompetência do juízo estadual para processar e julgar tais feitos.

⁷ Decisões colhidas no sítio da internet do Conselho da Justiça Federal – www.cjf.gov.br

7. A intervenção do Ministério Público

A intervenção do Ministério Público em demandas em que haja a participação de indígenas tem fundamento na Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas

A Lei Complementar Federal n.º 75/1993 – Estatuto do Ministério Público da União em seu art. 5.º, III, “E”, dispõe ser função institucional do MPU a defesa dos direitos e interesses dos indígenas.

Inexiste na Lei Complementar Alagoana n.º 15/1996 – Estatuto do Ministério Público do Estado de Alagoas, qualquer norma que atribua ao MPE a função de participar em demandas em que haja indígenas envolvidos.

Cremos que a determinação contida na LOMPU é mais um dado a ser considerado pelo intérprete no uso da técnica interpretativa sistemática, de que é de competência da justiça federal o julgamento destas demandas.

Consoante se depreende das normas indicadas, a participação do MP em juízo pode se dar na qualidade de autor ou de *custos legis*.

Como autor pode o MP propor quaisquer ações civis públicas que entender necessárias para assegurar os direitos outorgados aos indígenas pelos diplomas normativos nacionais, como o direito à liberdade de crença, à preservação dos costumes etc.

Atuando na função de *custos legis* deverá o órgão do Ministério Público manifestar-se sempre no sentido de defender os interesses dos indígenas na demanda.

Não obstante as divergências existentes na doutrina e jurisprudência, acerca do caráter dessa intervenção em defesa de uma das partes, contida em outras normas como a que determina da defesa do incapaz, entendemos que deve ser ela parcial.

Havendo a pretensão dos indígenas sobre determinada área e sendo levada esta discussão ao Poder Judiciário compete ao

Ministério Público defender os interesses dos indígenas em juízo, ainda que entenda pessoalmente inexistir no caso concreto o direito afirmado por eles. Há de haver a vinculação ao interesse da comunidade.

Assim, tramitando a demanda possessória na justiça federal, órgão jurisdicional competente para processar e julgar tais ações há a intervenção do MPU que se manifestará de forma parcial na defesa dos interesses dos indígenas.

Tendo o Promotor de Justiça ciência de foi proposta demanda possessória ou reivindicatória em desfavor de indígenas, impende suscitar em juízo a incompetência absoluta do juízo estadual para processar e julgar o feito, solicitando o envio do processo ao juízo competente e interpondo os recursos cabíveis para levar a demanda para ele.

Constata-se portanto a imprescindibilidade da participação do Ministério Público nestas demandas, sob pena de nulidade do feito.

8. Conclusão

Depreende-se de todos os argumentos expendidos que o direito de posse exercido pelos indígenas é diverso do direito de posse estatuído no Código Civil Brasileiro, conquanto fundado no indigenato e no conceito antropológico inerente a cada comunidade indígena, com os seus diversos usos, costumes e tradições, que devem ser respeitados, consoante expressamente determina a Constituição Federal.

Restou também demonstrado que a competência para tratar das matérias inerentes à posse de terras, estejam elas definitivamente incorporadas ao patrimônio da União e ao usufruto dos indígenas ou não, é da Justiça Federal, diante dos comandos normativos egressos da Carta Magna e do Estatuto do Índio.

O não reconhecimento imediato desta competência pode ensejar prejuízos de toda ordem, por ser inexorável a declaração de nulidade de todas as decisões tomadas por Juízo Estadual, diante da incompetência absoluta para processar e julgar tais feitos.

Espera-se, portanto, que em breve o Estado possa cumprir o dever que lhe fora imbuído pela constituição cidadã, atribuindo aos indígenas brasileiros todas as terras que “tradicionalmente ocupavam”, a fim de que eles possam conservar suas tradições, professar suas crenças e utilizar seus ritos, minorando assim as mazelas que lhe foram imputadas com o advento da colonização e que perduram até os dias atuais.

Ação Popular e Controle de Constitucionalidade

Flaviane Barboza Monteiro

Advogada

Sumário

1. Introdução. 2. Ação popular e sua origem. 2.1. Finalidade, Objeto e Requisitos. 2.2. Partes na ação popular. 2.3. Atuação do Ministério Público. 2.4. Competência para julgar ação popular. 2.5. Procedimento. 2.6. Sentença e Coisa julgada. 3. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. 3.1. O surgimento do controle no Brasil. 3.2. Formas de controle: via de exceção ou controle difuso/concreto e via de ação ou controle concentrado/abstrato/em tese. 3.3. Ações específicas do controle concentrado/abstrato ou por via de ação. 3.4. Ação popular e controle de constitucionalidade. 4. Conclusão.

1. Introdução

A ação popular é o instrumento constitucional que personifica os fundamentos e valores do Estado Democrático de Direito. Inserida no rol das garantias fundamentais instituídas na Constituição de 1988, consiste num meio de extraordinária relevância e eficácia no controle da Administração Pública e no exercício da cidadania, porquanto dela se pode socorrer qualquer cidadão, contra atos lesivos ao meio ambiente, à moralidade administrativa, bem como ao patrimônio público, histórico e cultural, com isenção de custas e sucumbência, exceto no caso de má-fé. Pode ser manejada por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos cívicos e políticos na defesa dos interesses coletivos, de forma que o beneficiário direto e imediato não é o próprio autor da actio, mas a comunidade, o povo, que é “titular do direito subjetivo ao Governo honesto”.

Sua regulamentação foi feita na Lei 4.717 de 1965, que estabelece o rito ordinário e define regras quanto à legitimidade passiva, à presunção da lesividade, à prova, ao processo, à

intervenção do Ministério Público, além de sentença, recursos e coisa julgada.

O controle de constitucionalidade é o exame da adequação das normas à Constituição, do ponto de vista material ou formal, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo o sistema, preservando a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico. Há duas formas de controle o preventivo e o repressivo, podendo este ocorrer pela via de exceção, também denominado controle difuso, aberto, incidental, e pela via de ação, conhecido como controle concentrado, abstrato, em tese, direto ou principal.

A ação popular e o controle de constitucionalidade são dois meios adequados para realizar a fiscalização da constitucionalidade. A primeira obtém a anulação do ato através da fiscalização concreta da constitucionalidade, via controle difuso; enquanto o segundo declara a inconstitucionalidade da lei tanto no caso concreto como no abstrato(em tese).

2. Ação popular e sua origem

Hely Lopes Meirelles define a ação popular como “meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contrato administrativos - ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público”.¹

A ação popular teve seu nascimento no Direito Romano, e no Brasil encontrou sua origem com a Constituição de 1934, que no art. 113 dispunha que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. Embora a Constituição de 1937 não a tenha contemplado em seu texto, foi reintroduzida na de 1946 (art. 141, § 38) que abarcou as entidades autárquicas e sociedades de economia mista. As constituições posteriores, de 1967 e de 1969, conservaram-na nos seguintes termos: “qualquer cidadão

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas”.

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXIII declara, in verbis: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Houve sem dúvida evolução da ação popular nas últimas seis décadas quanto ao tratamento constitucional que recebeu, chega-se à conclusão de que, hodiernamente, está mais abrangente no que diz respeito à sua finalidade, tendo em vista que também os atos das entidades paraestatais podem ser objeto da ação. Demais disso, a Constituição se preocupou facilitar o acesso do cidadão ao judiciário, priorizando a proteção e o incentivo dedicados ao autor, isentando-o de custas e do ônus da sucumbência.

Não obstante a Lei 4.717/65², que regulamenta a ação popular, tenha nascido sob a égide da Constituição de 1946, recepcionada pela Carta de 1967 e pela Emenda Constitucional de 1969, sua interpretação deve se adequar às inovações da nova ordem constitucional.

2.1. Finalidade, Objeto e Requisitos

A ação popular tem como finalidade permitir ao indivíduo um meio, democrático e direto, de fiscalização e controle da gestão da coisa pública, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e da res pública, patrimônio do povo.

A ação pode ser utilizada de forma preventiva ou repressiva. Será preventiva quando visa a impedir a consumação do ato lesivo, sendo ajuizada antes da prática do ato ilegal ou imoral. Enquanto a repressiva objetiva reparar o dano já causado ao bem público. Existem situações em que a ação popular somente alcançará a plenitude de sua

² A Lei 4.717/65 sofreu algumas alterações introduzidas pela Lei 6.513 de 1977, que acrescentou o § 4º ao art. 5º, que permitiu a “suspensão liminar do ato lesivo impugnado”.

³ STJ, Resp 13.493-0/RS.

efetividade quando for utilizada de forma preventiva. Isso, porque, no âmbito de sua proteção, encontram-se certos valores que, uma vez violados, dificilmente poderão ser reparados. Sendo assim, a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos.

O seu objeto é o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público. A Constituição de 1988 ampliou o objeto desse remédio, ao afirmar que a ação em exame tem por finalidade anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Enfim, qualquer manifestação da Administração, danosa aos bens e interesses da comunidade, pode ser impugnada por meio da ação popular. Ademais, não há necessidade de que o dano seja efetivo, bastando a sua potencialidade lesiva.

Quanto aos requisitos, são dois requisitos, cumulativos, sem os quais a ação não será proposta: condição de cidadão(requisito subjetivo) e ilegalidade ou ilegitimidade do ato(requisito objetivo).

O primeiro estabelece que só tem legitimidade para a propositura da ação popular o cidadão e, que este seja pessoa humana, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos, ou seja, eleitor. Poderá ser brasileiro, nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos, ou ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos.

A comprovação da legitimidade deverá ser feita com a juntada do título de eleito(no caso brasileiro), ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor(português equiparado).

O segundo requisito diz respeito à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado, que deve ser obrigatoriamente lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade.

Desse modo, se faz necessário a caracterização da contrariedade ao direito do ato, seja por infringir normas específicas que regulam a sua prática, seja por se desviar dos princípios informadores da Administração Pública.

2.2 Partes na ação popular

O sujeito ativo na ação popular será sempre o Cidadão, pessoa física no gozo dos seus direitos políticos(eleitor).

Não poderão propor ação os estrangeiros, os inalistáveis, os partidos políticos, as organizações sindicais e quaisquer outras pessoas jurídicas, bem assim aquelas pessoas naturais que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos.

Na sujeição passiva, podem figurar vários sujeitos, conforme prevê a lei de ação popular, devendo ser obrigatoriamente citados para figura no pólo passivo, todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado; todas as autoridades, funcionários e administradores que houverem autorizados, aprovados, ratificados ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato a ser anulado, ou que, por omissos, permitiram a lesão; todos os beneficiários diretos do ato ou contrato ilegal.

Então, com se vê, réus, na verdade, são as autoridades, funcionários e terceiros responsáveis e beneficiados pelo ato impugnado. Estes, sim, na eventualidade de procedência da demanda, suportarão a sentença condenatória que será executada em benefício da entidade patrimonialmente lesada.

São admitidos, de forma expressa, os litisconsortes e assistentes do autor, como ainda os litisconsortes e assistentes passivos que tenham legítimo interesse na defesa da causa. Contudo, todos os beneficiários do ato ou contrato impugnado são litisconsortes passivos necessários, e a falta de sua citação para o contraditório é causa de nulidade absoluta do processo de ação popular.³

2.3 Atuação do Ministério Público

O Ministério Público tem atuação relevante no processo de ação popular, pois pode participar como parte pública autônoma, incumbindo-lhe de intervir no processo, zelando pela sua regularidade e pela correta aplicação da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação; agir como ativador das provas e auxiliar do autor, cabendo-lhe a produção de provas pelo sujeito ativo da ação popular; como responsável pela promoção da responsabilidade dos réus, seja na esfera civil ou criminal; também como substituto e sucessor do autor, na hipótese de omissão ou abandono da ação pelo

sujeito ativo, se reputar de interesse público seu prosseguimento, até o julgamento.

Significa dizer que o Ministério Público, enquanto instituição, não possui legitimação para a propositura de ação popular, mas sua intervenção no processo é obrigatória cabendo a ele atuar com total independência funcional.

2.4. Competência para julgar ação popular

A determinação da competência para processar e julgar a ação popular é fixada segundo a origem do ato impugnado. Desse modo, sendo o ato praticado, autorizado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de qualquer entidade da qual participe a União, a competência será do Juiz federal da Seção Judiciária na qual foi consumado o ato; de outro lado, sendo o ato produzido por ente no qual o Estado tenha participação, o juiz competente será aquele que a organização judiciária indicar para julgar as causas de interesse do próprio Estado; do mesmo modo, quando estiverem envolvidos interesses do Município, a competência será do juiz da comarca a que este pertença, com obediência às regras dispostas no código de organização judiciária do respectivo ente federativo.

Entretanto, havendo concomitantemente interesse da União e de qualquer outra entidade, a competência será do Juiz Federal da Seção Judiciária na qual ocorreu o ato lesivo. Quanto houver interesse simultâneo do Estado e do Município, a competência será privativa do Juízo das causas da fazenda estadual.

Ressaltar que a propositura da ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

2.5 Procedimento

O rito da ação popular, como já dito, é o ordinário, previsto no Código de Processo Civil, com as modificações trazidas no art. 7º da Lei 4.717/65.

O Juiz ao despachar a inicial determinará a citação dos réus; a intimação do representante do Ministério Público; bem com a citação pessoal dos que praticaram o ato e a requisição de documentos necessários ao esclarecimento dos fatos, fixando o prazo de 15 dias

para a consecução de tais determinações. Caso os documentos e informações não possam ser oferecidos no prazo assinalado, o Juiz poderá prorrogá-lo por tempo razoável.

O Ministério Público, por sua vez, providenciará, através de seu representante, que as requisições citadas sejam atendidas no prazo estipulado pelo Juiz.

A citação do responsável ou dos beneficiários pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo, antes de proferida a sentença de 1º grau, será obrigatória para a integração do contraditório. Se o autor assim preferir, a citação dos beneficiários será feita mediante edital com prazo de trinta dias, fixado na sede do juízo e publicado, gratuitamente, por três vezes no Órgão de Imprensa Oficial do lugar em foi ajuizada a ação.

O prazo para contestação na ação popular é de vinte dias e será comum a todos os interessados, começando a correr a partir da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, no caso de citação por edital, no prazo nele assinalado. Se houver dificuldade na produção de prova documental, o prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias, a requerimento da parte.

Se até o despacho saneador não tiver sido requerida a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz concederá vistas às partes por dez dias, para alegações, devendo os autos lhe ser conclusos nas 48 horas posteriores. Decidirá, também o Juiz, sobre a suspensão liminar do ato impugnado, se for pedida.

2.6 Sentença e Coisa julgada

A sentença na ação popular tem natureza constitutiva negativa ou desconstitutiva, pois objetiva a desconstituir o ato impugnado. Entretanto, a sentença pode ter, subsidiariamente, efeito condenatório, o que levou parte da doutrina a denominá-la de desconstitutiva – condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.

Se o juiz julgar procedente a ação, deverá decretar a invalidade do ato impugnado, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os seus beneficiários, sendo ressalvada à Administração ajuizar ação regressiva contra os causadores do dano, quando incorrerem em culpa ou dolo, podendo o

valor do dano até ser descontado dos seus vencimentos. A sentença deverá incluir na condenação dos réus o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas judiciais e extrajudiciais, comprovadas, que guardem relação direta com a ação, bem como os honorários de advogado.

A Constituição Federal isenta de custas e de ônus de sucumbência o autor popular, quando a ação é julgada improcedente, salvo comprovada má-fé ou temeridade, o juiz pode condenar o autor nas custas e honorários, além de multa, conforme o art 13 da Lei 4.717/65. Assim, essa isenção foi uma forma encontrada pelo legislador constituinte de estimular o controle popular da gestão do patrimônio público. Com relação aos réus, não há que se falar em isenção do ônus de sucumbência, pois sendo julgada procedente a ação popular, serão eles condenados ao ressarcimento das despesas pelo autor da ação, bem assim dos honorários do advogado deste.

Quando a sentença não for proferida em audiência de instrução e julgamento, deverá ser proferida dentro de 15 dias da conclusão dos autos, sob pena de ficar o juiz impedido de promoção durante dois anos e, na lista de antigüidade, ter descontados tantos dias quantos forem os do retardamento da decisão, ressalvada a possibilidade de o magistrado justificar e comprovar os motivos do atraso no julgamento.

Os recursos cabíveis contra a sentença proferida em ação popular são o recurso de ofício e a apelação voluntária. Contra as decisões interlocutórias é cabível o agravo de instrumento.

A interposição de recurso de ofício caberá quando a sentença julgar pela improcedência ou carência da ação, devendo ser manifestado por meio de simples declaração do juiz na conclusão da decisão. Caso assim não ocorra, o Tribunal deverá considerá-lo interposto para reapreciar o mérito da decisão de primeiro grau que se posicionou pela improcedência ou carência da ação. A apelação, por seu turno, é cabível contra a sentença que julga procedente ou improcedente, bem como contra a que julgar pela carência da ação e é sempre recebida no efeito suspensivo. Na hipótese de improcedência ou carência da ação, sua interposição poderá ser feita pelo vencido, pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão.

Outro aspecto característico da ação popular, como remédio de tutela de interesses difusos, situa-se na coisa julgada, que às vezes tem de atingir toda a comunidade e outras vezes não vai além das partes do processo. Entretanto, nem toda sentença definitiva proferida em ação popular produz coisa julgada. Há necessidade de se averiguar se houve ou não exame do mérito da ação.

Dá a distinção que se faz de três situações: quando o pedido é acolhido, e o ato anulado ou declarado nulo. A sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade; quando o pedido é rejeitado, por inexistência de fundamento para anular o ato ou declará-lo nulo. Também aqui os efeitos produzem-se erga omnes, de sorte que a legitimidade do ato não poderá, por igual fundamento, ser de novo discutida em juízo, ainda que por iniciativa de outro cidadão; ou quando o pedido é rejeitado apenas porque insuficiente a prova da irregularidade. Como a sentença não examinou o mérito da ação, não há que se falar em coisa julgada e, portanto, pode ser intentada nova ação com o mesmo fundamento, desde que sejam indicadas novas provas.

A coisa julgada significa dizer que não pode ser admitida outra ação com o mesmo fundamento e objeto, ainda que proposta por outro cidadão. Caso seja proposta, poderá o réu alegar coisa julgada, para o não conhecimento da nova ação popular.

Para evitar a sucessão indefinida de ações populares sobre um mesmo ato, a Lei 4.717 assinala o prazo de cinco anos para a respectiva prescrição.

3. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos

O objetivo do controle da constitucionalidade é preservar a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, ou seja, impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. O controle está ligado à supremacia da Constituição, à rigidez constitucional e à proteção dos direitos fundamentais.

Controlar a constitucionalidade significa, também, a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle inconstitucionalidade por omissão. Alexandre de Moraes complementa que o controle atua como garantia

de supremacia dos direitos e garantias fundamentais, além de impor limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um estado de direito.⁴

O poder de declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo compete, no sistema brasileiro, privativamente ao Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, que julgará a verificação da constitucionalidade como um ato particular de legalidade, da verificação da concordância de um ato, de um regulamento, à lei, o que faz rotineiramente e naturalmente.

3.1 O surgimento do controle no Brasil

A Carta de 1891 trouxe o critério de controle difuso por via de exceção, que permanece nas demais constituições sucessivas até a vigente. Com o advento das constituições foram acrescidos novos elementos que ampliou o sistema com a adoção de aspectos do método concentrado.

A Constituição de 1934 manteve as regras do critério difuso e trouxe outras inovações, como a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art.7º, I, a, b), a regra de que só por maioria absoluta de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art.179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva. Essas três inovações se incorporaram definitivamente no Direito Constitucional brasileiro.

Sob a Constituição de 1946 foram introduzidas outras novidades por meio da Emenda Constitucional 16, de 6.12.65, que criou uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, ao atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

As Constituições de 1967 e 1969 concederam exclusivamente ao Poder Judiciário a competência para declarar a

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.578.

inconstitucionalidade das leis e atos do poder público, e ao Senado Federal a competência para suspender a execução do ato impugnado. Ainda a de 1969 instituiu a ação direta interventiva para a defesa de princípios da constituição estadual, promovida pelo chefe do Ministério Público do Estado e de competência do Tribunal de Justiça.

Com o Surgimento da atual Constituição foram introduzidas mais duas novidades: a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2ª CF) e ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, pois antes a legitimidade só pertencia ao Procurador Geral da República, e agora cabe também ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas os Estados, ao Governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art.103). Também passou a permitir a concessão de medida cautelar na mesma ação (art.102,I,P), procurou reduzir de forma significativa o controle incidental ou difuso, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Outra novidade veio com a Emenda Constitucional 3 de 17.3.93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

3.2 Formas de controle: via de exceção ou controle difuso/concreto e via de ação ou controle concentrado/abstrato/em tese

A Constituição vigente admite duas formas de controle da constitucionalidade: preventivo e o repressivo.

O controle preventivo da constitucionalidade incide sobre projetos de lei em tramitação, tendo por objetivo evitar que normas inconstitucionais ingressem no ordenamento jurídico. Esta forma de controle pode ser exercida por órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Excepcionalmente, o controle preventivo da constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário, normalmente via mandado de segurança impetrado por um parlamentar que se insurge a um ato viciado, quando a tramitação do projeto fere disposições constitucionais.

O Controle Repressivo jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos visa expulsar as normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, ou seja, incide sobre a lei que já regula relações jurídicas de forma presumidamente constitucional. É exercido por órgão do Poder Judiciário, sendo acionado toda vez que não lograr êxito o controle preventivo. Este controle pode se dar pela via de exceção, também denominado controle difuso, e pela via de ação, conhecido como controle concentrado, abstrato, em tese.

Pela via de exceção ou controle difuso, qualquer Juiz ou Tribunal que estiver analisando um caso concreto deve manifestar-se sobre a inconstitucionalidade alegada ou verificada. Assim sendo, qualquer órgão judicante singular, Tribunal Estadual ou Tribunal Federal, por provocação ou de ofício, tem competência para apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos pela via de exceção.

Essa manifestação, contudo, só é legítima quando indispensável para que se chegue ao julgamento do mérito do processo. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente é essencial para que o pedido seja apreciado. Por isso, diz-se que o procedimento é *incidenter tantum*, ou seja, a exceção é apreciada como incidente da ação e, após resolvê-la, o juiz julga o pedido principal (v. RTJ 95/102).

O efeito da declaração no controle difuso é *inter partes*, só valendo para o caso concreto, e a decisão tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroage ao momento de sua origem, desfazendo as relações jurídicas oriundas da norma combatida.

3.3. Ações Específicas do Controle Concentrado/Abstrato ou por Via de Ação

As ações que regem este controle são as ações direta de inconstitucionalidade, que compreende três modalidades: a genérica, a interventiva, a ação de inconstitucionalidade por omissão, e a ação declaratória de constitucionalidade. Nestes casos é discutida a própria lei, ou seja, independentemente de caso concreto, a lei que se encontra em abstrato. São de competência de um único órgão jurisdicional – STF e a matéria chega a ele de maneira originária, sem necessidade de recurso.

A ação direta de inconstitucionalidade(ADIn) visa retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional. A ação não poderá ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.

O legitimado da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese, com a intenção de obter a sua invalidação, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Os legitimados são o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Caso a norma apontada como inconstitucional possa causar lesão irreparável, é possível a concessão de medida cautelar suspendendo sua eficácia até a decisão final. Para a concessão da cautelar, cujo objetivo principal é garantir a eficácia da decisão final, deve ser demonstrada a relevância jurídica do pedido e o *periculum in mora*, normalmente caracterizado pelo risco de dano irreparável caso a cautelar não seja deferida.

A decisão cautelar tem efeito erga omnes e eficácia ex nunc, em respeito à presunção relativa de constitucionalidade das leis. O Tribunal, porém, com base no dispositivo da Lei nº. 9.868/99, pode lhe conferir eficácia retroativa ex tunc.

Quanto a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a Constituição consagra o princípio da não-intervenção, isso porque a intervenção é medida excepcional de defesa do Estado Federal e de proteção às unidades federadas que o integram. É instituto essencial ao sistema federativo, sendo exercido em função da integridade nacional e da tranqüilidade pública.

O legitimado para a propositura da ação de inconstitucionalidade interventiva, no âmbito federal, é o Procurador-Geral da República. No exercício de suas atribuições e com base na independência funcional do Ministério Público, não está obrigado

nem poderá ser compelido a ajuizar, perante o Supremo Tribunal Federal, a citada ação, tornando-se perfeitamente lícito ao Procurador-Geral da República determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida, pois atua discricionariamente. Qualquer interessado pode lhe encaminhar representação nesse sentido.

Tem por objetivo garantir a observância dos princípios constitucionais sensíveis previstos na Constituição Federal, (a exemplo dos princípios sobre os direitos da pessoa humana; forma republicana, sistema representativo e regime democrático; autonomia municipal), sob pena de concretizar um pressuposto material que pode ensejar a ação interventiva.

A decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República, a quem incumbe executar, via Decreto, a intervenção federal, porém dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal. Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas retornam aos seus cargos, salvo impedimento legal.

Não há previsão de liminar em ação de inconstitucionalidade interventiva da União nos Estados-Membros e no Distrito Federal, e que foi parcialmente recepcionada pela CF/88, mas o relator, em caso de urgência decorrente de relevante interesse da ordem pública, poderá requerer, com prévia ciência das partes, a imediata convocação do Tribunal para deliberar sobre a questão.

A ação de inconstitucionalidade por omissão visa afastar a omissão concedendo plena eficácia às normas constitucionais, que dependem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu. Será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

O ajuizamento da presente ação não pode incidir sobre toda e qualquer omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia quanto aos princípios institutivos e de caráter impositivo em que a constituição investe ao Legislativo e, excepcionalmente, ao Executivo a obrigação de expedir atos regulamentadores do texto constitucional. A decisão da omissão tem eficácia erga omnes.

A omissão poderá ser absoluta (total) ou relativa (parcial), na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar.

São legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e as mesas das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A EC nº. 03/1993 criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estabelecendo que seu julgamento originário compete ao Supremo Tribunal Federal, através de controle concentrado, e que os legitimados para a sua propositura são o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

Essa ação destina-se a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, buscando preservar a ordem jurídica constitucional, transformando a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes, já que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais (presunção relativa).

Sendo assim, através da ação declaratória de constitucionalidade foi transferido ao STF à decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal cujo cumprimento estava sendo recusado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.

As decisões definitivas de mérito produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Sua eficácia é *ex tunc*, privilegiando a presunção de constitucionalidade das leis.

Declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, não há possibilidade de nova análise contestatória da matéria,

sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de inconstitucionalidade.

A Lei nº 9.868/1999 estabeleceu que o STF pode deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória, consistente na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o julgamento, e não o andamento, dos processos que envolvam aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o julgamento final da ação declaratória de constitucionalidade.

3.4 Ação popular e controle de constitucionalidade

A ação popular constitui meio propício para a fiscalização, na via incidental, da constitucionalidade das leis, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal. Nesse sentido deixou assente o STF, no seguinte julgado: “a instauração do processo de ação popular constitui meio instrumentalmente adequado para a realização, por via difusa, da fiscalização concreta da constitucionalidade, em ordem a permitir a qualquer magistrado a resolução de controvérsia cujo fundamento imponha, a esse órgão do Poder Judiciário, para efeito de acerto do litígio, a necessidade de prévio reconhecimento da incompatibilidade vertical dos atos do Poder Público com o texto da Constituição da República”.⁵

Entretanto, a ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade, por não se prestar ao ataque de lei em abstrato. A competência para a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese é do STF, mediante ADIN, bem assim do Tribunal de Justiça dos Estados.

Enquanto a lei, genérica e abstrata, não produzir efeitos concretos, ou pelo menos enquanto não houver efetiva ameaça da prática de ato concreto lesivo, não existe possibilidade de atacá-la por meio de ação popular. Reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que somente exclui a possibilidade do exercício da ação popular, quando, nela o autor deduzir pretensão

⁵ STF, Reclamação 721-0/AL, Min. Celso de Mello.

efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade.⁶

Assim, a prática de ato lesivo ao patrimônio público, possibilita ao cidadão atacar esse ato mediante ação popular, em decorrência de sua lesividade aos bens tutelados por esse remédio; para obter a anulação do ato, será necessário que incidentalmente, ou seja, mediante controle difuso, seja declarada a inconstitucionalidade da lei de que decorreu o ato impugnado. Deixa-se claro que a declaração de inconstitucionalidade será incidental, somente produzindo efeitos para aquele caso concreto.⁷

Portanto, admite-se o controle difuso de constitucionalidade via ação popular. O que se pretende vedar é a utilização da ação popular como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Essa vedação aplica-se quando os efeitos da decisão da ação popular forem *erga omnes*, independentemente de tratar-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por outro lado, não haverá qualquer vedação à declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) em sede de ação popular, quando, conforme salientado pelo Pretório Excelso, “tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstrato”.⁸

4. Conclusão

A Ação Popular foi, sem dúvida, o primeiro remédio processual concebido pelo direito positivo brasileiro com nítidas feições de tutela dos interesses difusos. Com efeito, através dela, qualquer cidadão está legalmente credenciado a promover a anulação dos atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas ou de instituições

⁶ RDA 206/267, Rel. Min. Carlos Velloso e Rel. Min. Moreira e Silva.

⁷ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Remédios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.162.

⁸ STF – Pleno - Reclamação nº 602-6/SP- Rel. Min. Ilmar Galvão, j.3-9-1997.

ou fundações de qualquer natureza para cuja criação ou custeio concorra o tesouro público. Além dos bens de expressão pecuniária, a ação popular protege também outros interesses não suscetíveis de dimensão monetária, como a moralidade administrativa, o meio ambiente, os bens e direitos de valor artístico, estético ou histórico e cultural, desde que haja uma ilegalidade no agir do Poder Público, o que mais ressalta a sua feição de remédio tutelar dos interesses difusos.

O controle de constitucionalidade é o meio mais importante e eficaz a manutenção da supremacia da Carta Magna, fazendo com que todas as demais normas infraconstitucionais incorporadas ao ordenamento jurídico não sejam incompatíveis aos dispositivos constitucionais. Este controle, como já foi visto, se realiza no caso concreto ou na lei em tese. Ao contrário do que ocorre com a ação popular que só se presta a atacar ato concreto lesivo, não sendo objeto principal da ação, qualificando-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, contudo, não atuando como substituto da ação direta de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, a ação popular verifica-se como meio instrumentalmente adequado para a fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de qualquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestado em face da Constituição, visando não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivando o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, tornando-se lícito promover, incidenter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público⁹.

⁹ Hugo Nigro Mazzilli. *O Inquérito Civil*. 2. ed. Saraiva, 2000, p.134, item n.7.

ESCORÇO HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Magno Alexandre F. Moura

Promotor de Justiça, Professor Universitário e Secretário Executivo do
CEFAF do MP/AL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Ministério Público na História Geral. 3. A origem do Ministério Público brasileiro. 3.1. A fase do MP no Brasil Colônia. 3.2. A fase do MP no Brasil Império. 3.3. A fase do MP no Brasil República. 4. O Ministério Público na Constituição vigente. 5. A evolução do Ministério Público na legislação infraconstitucional. 6. O Ministério Público e a evolução social. 7. O Ministério Público e o processo de auto-afirmação. 8. Conclusão

1. Introdução

As transformações sócio-políticas por que passou a humanidade, com a derrubada do absolutismo e a implantação dos primeiros modelos de Estados de Direito, com as primeiras experiências práticas das idéias iluministas, da igualdade dos homens em direitos e deveres, dos direitos e garantias individuais do cidadão, da proteção jurisdicional dos direitos e da separação de poderes, principalmente, também repercutiram no Ministério Público, que passou a ter, outro perfil, diverso daquele originário, de atuação voltada à defesa dos interesses do soberano, para o de atuação dirigida à defesa dos interesses da sociedade.

2. O Ministério Público na História Geral

2.1. Fazer um escorço histórico sobre o Ministério Público não é tarefa fácil, porque não há unanimidade, com precisão, quanto à sua origem, ou seja, seu surgimento na História.

2.2. Há quem se refira ao surgimento do MP ligado à figura de um funcionário grego denominado *tesmoteti* ou *desmodetas*, espécie de servidor judicial, religioso e militar, cuja atribuição principal era vigiar, pela aplicação correta das leis, um magistrado encarregado de administrar a justiça.

2.3. Segundo o magistério de Edilcéia Tavares Nogueira¹ este identifica a origem do Ministério Público há 4 mil anos com os magais funcionários reais do Egito. Já outros assinalam encontrar o precedente em Roma nos *advocatus fisci* e nos *Procuratores Caesaris*, funcionários que tinham o dever de defender o Estado romano e o tesouro do *Caesar*, respectivamente. Atribuía-se-lhes, ainda, certas funções especiais, de certo modo judiciais, como intervir em alguns juízos ou dispor de jurisdição especial. Entretanto, todas elas eram ligadas à idéia do *fiscus*, não possuindo a atribuição de acusar os criminosos. A fiscalização que exerciam, sempre se fazia no interesse do Imperador².

2.4. A idéia do Ministério Público também foi presente entre os germanos, na idade média.

2.5. A doutrina do Ministério Público tem preferido focalizar sua história no direito Francês, a partir do século XIV³. Hélio Tornaghi⁴, em seu livro *Curso de Processo Penal*, afirma que a França

¹ NOGUEIRA, Edilcéia Tavares. *Ministério Público Federal*. 2. ed. Memória/BSB, 1991, p.13.

² Pesquisando, através da História, vamos encontrar na velha Grécia e na legendária Roma os fundamentos do Ministério Público, como órgão de defesa social. Sem a estrutura dos dias modernos, entre os gregos, o Ministério Público era a língua e os olhos do rei. O príncipe possuía os seus representantes, os seus arautos, incumbidos, uns da defesa do patrimônio real e outros da fazenda estatal. Quanto à justiça penal, o direito de punir cabia ao ofendido. Era o domínio da Justiça privada sem a interferência do órgão estatal. O próprio ofendido, pelos seus advogados, cuidava da ação penal. Tais advogados se notabilizaram e seus nomes figuram na História da antiguidade e nada mais eram que os inflamados oradores da época, como César, Cícero ou Catão. Desconhecida, então, a figura do acusador oficial este era, porém, designado pelo Estado quando manifestasse o seu interesse.”

³ O Ministério Público, instituição com origem que pode ser encontrada, numa Ordenança (“Ordonnance”) francesa do início do Século XIV, quando o soberano (Felipe IV) incumbiu seus procuradores da defesa judicial de seus interesses. Não tinha, por assim dizer, o Ministério Público aquela tríplice missão: promovente da ação penal e, em certos casos da ação civil; fiscal da execução da lei e assistente dos incapazes.

⁴ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 23.

foi o primeiro país a registrar, de forma segura, o aparecimento de um órgão com características semelhantes as do atual Ministério Público, bem como que, após a revolução francesa, tal modelo foi adotado por toda a Europa e pelas Américas, tornando-se em seguida, uma instituição mundial.

3. A origem do Ministério Público brasileiro

3.1. A fase do MP no Brasil Colônia

O Direito brasileiro encontra sua fonte de origem nas Ordenações Manuelinas de 1514 e seus aperfeiçoamentos trazidos pelas Ordenações posteriores. Exatamente, no período colonial, o Brasil foi orientado pelo direito lusitano. Não havia o Ministério Público como Instituição. Mas as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 já faziam menção aos Promotores de Justiça, atribuindo-lhes o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal⁵. Existia ainda o cargo de Procurador dos feitos da Coroa (defensor da Coroa) e o de Procurador da Fazenda (defensor do fisco).

3.2. A Fase do MP no Brasil Império

No Império⁶, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império, iniciou-se a sistematização das ações do Ministério Público⁷.

⁵ A figura do Promotor de Justiça no Brasil ficou mais claramente estampada no ano de 1609, com a regulamentação do Tribunal de Relação da Bahia. O Ministério Público assumiu o seu verdadeiro papel, com autonomia mais acentuada, por força de uma Ordenança que lhe ampliou a esfera de sua atividade. Isso em 1670. Tal período pode ser considerado como o marco inicial do reconhecimento da alta função social do Ministério Público, perante os órgãos judiciários.

⁶ A Constituição de 1824 criou o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, momento em que foram nomeados os respectivos Desembargadores, Procuradores da Coroa, reconhecidos como Chefe do *Parquet*. Na há inserção constitucional do Ministério Público, contudo, estabelece que “ nos juízos dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

⁷ A expressão Ministério Público literalmente somente foi utilizada pela primeira vez, no Decreto nº 5.618, de 2 de Maio de 1874.

Porém, o Ministério Público no Brasil Império não existiu como Instituição. A Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto n. 120, de 21 de janeiro de 1843, estabelecia que “os Promotores serão nomeados pelo Imperador, no Município da Corte, e pelos Presidentes de Província, por tempo indefinido...”

3.3. A fase do MP no Brasil República

3.3.1 O Ministério Público começou a tomar corpo, como Instituição, com a República. Foi Campos Sales⁸ o precursor da Independência do Ministério Público, que começou a ganhar feições mais nítidas, com o Decreto n.º 848, de 11/09/1890, ao criar e regulamentar a Justiça Federal, dispôs, em um capítulo, sobre a estrutura e atribuições do Ministério Público no âmbito federal. Neste decreto destacam-se: 1) a indicação do Procurador-Geral pelo Presidente da República; 2) a função do procurador de “cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício de suas funções” e de “promover o bem dos direitos e interesses da União.” (art.24, alínea c).

3.3.2. A Constituição de 1891, não fez menção ao Ministério Público; contudo, há referência lacônica ao Procurador-Geral da República, apesar de o Procurador-Geral da República⁹ ser escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal¹⁰.

⁸ Campos Salles foi o primeiro jornalista a ser presidente da República, tinha também a profissão de advogado, seu nome por completo era Manoel Ferraz de Campos Salles. Foi o segundo presidente paulista. Nasceu em Campinas, em 1841, e morreu na cidade de Santos/SP, no ano de 1913. Quando foi eleito para o período de 1898 a 1902, o Brasil estava endividado, por causa da Guerra do Paraguai. Antes de assumir, viajou à Europa, para garantir empréstimos. Apoiou-se nos governadores estaduais, com a chamada “ política dos Estados” , para garantir a aprovação, no Congresso, de reformas e de medidas saneadoras das finanças públicas. Seu rigor na fixação de impostos rendeu-lhe o apelido de Campos Selos.

⁹ A organização do MP como Instituição já havia sido delineada pela Lei n.º 1.030, de 1890.

¹⁰ Art. 58, §2º da CF/1891: “ O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.” Art. 81, § 1º, da CF/1891, ao tratar

3.3.3. A Constituição Federal de 16 de julho de 1934, cujos artigos 95 a 98, tratavam de forma mais definida a própria razão de ser do Ministério Público, além de delinearem de forma ainda que genérica, suas competências funcionais¹¹, porém, inserido entre os órgãos de cooperação, contudo, institucionalizando-o, prevendo Lei Federal sobre a organização do Ministério Público da União.

3.3.4. A Constituição de 1937, mais conhecida como a polaca, e sendo uma constituição outorgada, fruto da instauração de uma ditadura, não seria de se esperar algo diferente do que aconteceu com a extirpação do *Parquet* do ordenamento constitucional e do próprio cenário político¹².

3.3.5. A Carta Política de 18 de setembro de 1946, faz referência expressa ao Ministério Público em título próprio (Título III, artigos 125 a 128) sem vinculação aos Poderes; com a previsão de que na União sua organização (junto à Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e à do Trabalho) far-se-ia por lei (art. 125), tendo por Chefe o Procurador Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois da aprovação do Senado Federal, mantida a demissão *ad nutum* (art. 126).

3.3.6. Estabeleceu-se a organização do Ministério Público da União (art. 127) e dos Estados (art. 128) em carreira, com ingresso mediante concurso e garantindo-se aos seus membros estabilidade após dois anos de exercício, não podendo ser demitido senão por sentença judicial ou processo administrativo com ampla defesa; nem seriam removidos a não ser mediante representação motivada do

da revisão criminal, dispõe o seguinte: “A lei marcará os casos e a forma da revisão que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador Geral da República”.

¹¹ Ao Procurador-Geral da República, nos termos do §1º do Art. 95, foram conferidas as seguintes atribuições e prerrogativas: “O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.”

¹² A Constituição de 1937 em relação ao Ministério Público de refere ao Procurador-Geral da República e ao quinto constitucional.

Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço e, ainda, nos Estados, o princípio da promoção de entrância à entrância.

3.3.7. Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, o Ministério Público foi deslocado para uma Seção (IX) dentro do Capítulo VIII (“Do Poder Judiciário”), mantendo-se no mais, basicamente, o mesmo regime político estabelecido na Constituição de 1946, com o acréscimo de uma equiparação dos membros do Ministério Público aos da Magistratura, no tocante aos vencimentos e à aposentadoria.

3.3.8. Manteve-se a autonomia de organização dos Ministérios Públicos pelos Estados (art 139), por lei, como a União (art. 137), em carreira, com ingresso mediante concurso público (de provas e títulos), estabilidade após dois anos de exercício e inamovibilidade nos moldes anteriores (art. 138, §1º). Do mesmo modo, a nomeação do Procurador-Geral da República, pelo Presidente da República, dependia da aprovação do Senado Federal (art. 138, caput).

3.3.9. **Emenda constitucional de 1969:** faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo.

4. O Ministério Público na Constituição vigente

4.1. A Constituição de 1988 faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo “Das funções essenciais à Justiça”. Define as funções institucionais, as garantias e as vedações de seus membros. Foi na área cível que o Ministério Público adquiriu novas funções, destacando a sua atuação na tutela dos interesses difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico e paisagístico; pessoa portadora de deficiência; criança e adolescente, idoso, comunidades indígenas e minorias étnico-sociais). Isso deu evidência à Instituição, tornando-a uma espécie de Ouvidoria da sociedade brasileira.

4.2. Com a nova Constituição brasileira, promulgada em 1988, fortaleceu-se, por soberana deliberação da Assembleia Nacional Constituinte, a Instituição do Ministério Público, por ela própria qualificada como permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (CF/88, art. 127).

5. A evolução do Ministério Público na legislação infraconstitucional

5.1. O processo de codificação do Direito nacional permitiu o crescimento institucional do Ministério Público, visto que os códigos (Civil de 1917, de Processo Civil de 1939 e de 1973, Penal de 1940 e de Processo Penal de 1941) atribuíram várias funções ao *Parquet*.

5.2. Em 1951, a Lei Federal n.º 1.341, criou o Ministério Público da União, que se ramificava em Ministério Público Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho. O MPU pertencia ao Poder Executivo.

5.3. A Lei Complementar n.º 40, de 1981, dispõe sobre o estatuto do Ministério Público, instituindo garantias, atribuições e vedações aos membros do órgão.

5.4. Em 1985, a Lei nº 7.347, de Ação Civil Pública ampliou consideravelmente a área de atuação do *Parquet*, ao atribuir a função de defesa dos interesses difusos e coletivos. Antes da ação civil pública, o Ministério Público desempenhava basicamente funções na área criminal. Na área cível, o Ministério tinha apenas uma atuação interveniente, como fiscal da lei em ações individuais. Com o advento da ação civil pública, o Órgão passa a ser agente, tutelador, dos interesses difusos e coletivos.

5.5. A Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, é a atual Lei Orgânica do Ministério Público Nacional; são normas gerais, e em face do princípio federativo, cabe a cada Estado brasileiro editar Lei que organize o MP estadual¹³, guardando consonância com a Lei Federal.

5.6. A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, é a atual Lei Orgânica do Ministério Público Federal que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, também de aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados.

¹³ Em Alagoas é a Lei Complementar estadual nº 15, de 22 de novembro de 1996, dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público alagoano.

6. O Ministério Público e a evolução social.

6.1. O Ministério Público é filho da Democracia clássica e do Estado de Direito, cuja veracidade se pode constatar mediante simples exame das Constituições brasileiras, suficiente para demonstrar que nos momentos de escuridão democrática, à Instituição é dada menor importância, ao contrário dos momentos de democracia sob plenas luzes, ocasião em que recebe **maior destaque**.

6.2. A evolução social, política, econômica, científica e tecnológica atingiu e transformou o Estado contemporâneo, até porque a sociedade moderna alcançou níveis de complexidade, em todos os aspectos ou ângulos de relação que se queira focalizar, jamais vistos ou imaginados, e das consequências de tal evolução não escapou o Ministério Público no Brasil, mesmo porque a sociedade brasileira, contexto no qual a Instituição está inserida, também sofreu rápida transformação por fatores políticos, econômicos e sociais, dos quais são exemplo a proclamação da república, a industrialização, as migrações, a concentração populacional urbana e o desenvolvimento econômico, nas últimas décadas.

6.3. O Ministério Público dos nossos dias deixou de ser apenas o órgão incumbido da persecução penal, deduzindo em Juízo a pretensão punitiva do Estado contra os criminosos, ou, no Juízo Cível, encarregado da defesa de certas instituições (como a família, as fundações) ou de certas pessoas (como os ausentes, os incapazes, os acidentados do trabalho), passando a ser, principalmente, fiscalizador e defensor da correta aplicação das leis e da Constituição, personificando-se, pois, como o órgão de defesa dos interesses sociais em Juízo, até mesmo contra o Estado, esses foram os contornos jurídicos da estrutura do Ministério Público, erigidos pelo Constituinte de 1988.

7. O Ministério Público e o processo de auto-affirmação

7.1. Em decorrência da reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à concessão de sua destinação constitucional atendendo-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade.

7.2. O posto que o Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo, institui o legislador constituinte originário um

sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição – Promotores e Procuradores de Justiça –, cuja atuação independente configura a confiança de respeito aos direitos individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.

7.3. O Promotor de Justiça tem amplos poderes, dentro da lei, podendo até exigir de qualquer autoridade ou funcionário, novas provas ou elementos de convicção e de promover investigações.

7.4. O Promotor ou Procurador de Justiça defende o interesse social: tanto este pede a condenação do acusado de acordo com a livre convicção sobre sua culpabilidade, de acordo com as provas dos autos, bem como pode lhe pedir a absolvição, ou não oferecer denúncia se assim entender.

7.5. A lei não criou o integrante do Ministério Público como um órgão de compreensão, de violência, ou vindita, mas como um instrumento de vigilância e de defesa, daí a gravidade e a beleza moral de sua função, que pode levá-lo, em muitos casos, não só a impetrar “*habeas corpus*” em favor de pessoas ilegalmente presas, como a pleitear o arquivamento dos autos do inquérito policial, ou, em plenário, a absolvição do réu, desde que tenha dúvida fundada sobre a autoria de um fato criminoso, ou esteja convicto da sua inocência, com a verificação imparcial de toda a prova.

7.6. Como bem escreveu Carlos Maximiliano, que “o Ministério Público adquiriu, com a evolução social, considerável importância: em vez de ser um simples prolongamento do Executivo no seio dos tribunais, tornou-se a chama – magistratura em pé. Não acusa sistematicamente; é órgão do Estado, mas também da sociedade e da lei. Em casos de evidente, incontestável justiça da causa de litigante particular ou de acusação, o Representante do Ministério Público em vez de o hostilizar, corre em seu apoio”¹⁴.

7.7. É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, destacada posição na estrutura do Poder. A independência institucional, que constitui uma de suas expressivas prerrogativas, garante-lhe o livre desempenho, em toda a sua plenitude, das atribuições que lhe foram conferidas.

¹⁴ Carlos Maximiliano, em discurso célebre, no STF, quando então Procurador-Geral da República (1934 a 1936).

7.8. Cumpre, por isso mesmo, neste expressivo momento histórico em que o Ministério Público se situa entre o seu passado e o seu futuro, refletir sobre a natureza da missão institucional que a ele incumbe desempenhar no seio de uma sociedade que, agora, surge para a experiência concreta de uma vida democrática.

7.9. A ruptura do Ministério Público com os conceitos tradicionais do passado – segundo os quais seria o fiscal da lei, de qualquer lei, por mais injusta ou arbitrária que fosse – impõe-se, hoje em decorrência de novas exigências ético-políticas a que essa Instituição deve, por um imperativo democrático, submete-se e, também, em face da reformulação a que foi submetida no plano constitucional.

8. Conclusão

8.1. No decurso da história do Estado moderno, as estruturas e funções do Ministério Público, no mundo do direito, se alargam a cada reorganização legislativa.

8.2. Quanto aos textos constitucionais, o Ministério Público ora aparece, ora não é citado. Essa inconstância decorre das oscilações entre regimes democráticos e regimes autoritários /ditatoriais.

8.3. O Ministério Público é fruto do desenvolvimento do Estado brasileiro e da democracia. A sua história é marcada por dois grandes processos que culminaram na formalização do *Parquet com* Instituição e na ampliação de sua área de atuação. Com o Presidente Campos Salles, no Brasil República, e, com o processo de codificação do Brasil, conforme já citado no texto, sem olvidar a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição Federal de 1988. Há até quem diga que o Ministério Público seria um quarto Poder¹⁵, em razão de sua natureza de ser de uma verdadeira magistratura, com direitos, prerrogativas e privilégios iguais aos do poder Judiciário; contudo, sendo um Órgão agente, tutelador, dos interesses difusos e coletivos da sociedade.

¹⁵ Para maiores informações de tal assertiva do Ministério Público como o quarto Poder, dentre outras obras há a do especialista em políticas e estratégias pela Unb/Adesg, o Prof. Judivan J. Vieira, com o livro: “Ministério Público o 4º Poder”, editora Síntese.

O MINISTÉRIO PÚBLICO SOCIAL E O MEIO AMBIENTE

Márcio S. A. Omena Filho

Advogado

Sumário

1.Introdução 2. O Ministério Público Social e suas características 3. O Ministério Público na Área Cível 3.1 Uma revisão de suas atribuições na área cível 3.2 O Ministério Público na defesa do Meio Ambiente 4. As atividades extrajudiciais 5. Conclusão.

1. Introdução

Num espaço relativamente curto de tempo, o Ministério Público recebeu da Constituição Federal de 1988 uma reformulação institucional e política sem paradigmas em todo o mundo. Assumiu grandes responsabilidades, pois além de ser encarregado de promover a ação penal pública, recebeu a incumbência da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais coletivos” (art. 127, *caput*, Constituição Federal de 1988).

O Ministério Público passou de uma situação de subordinação ao Poder Executivo, para ter na Constituição da República Federativa do Brasil uma posição de independência e autonomia diante dos poderes constituídos.

Um Ministério Público que deverá atuar em defesa da sociedade, papel que desempenhará num Brasil pobre, marcado por diversas injustiças sociais, e pela exclusão que assola a maioria dos brasileiros.

Apesar de apenas quinze anos após a Constituição Federal, o MP obteve um enorme crescimento em todas as áreas de atuação, abrangendo várias áreas de interesse social como o **meio ambiente**, a

infância e a juventude, os idosos, a fiscalização dos serviços públicos e de relevância pública, os deficientes físicos, o consumidor, o parcelamento e uso do solo, os direitos constitucionais do cidadão, a prevenção de acidentes do trabalho, o combate ao aumento da criminalidade, e o zelo pelo patrimônio público.

Tão grande foi a mudança, que aquele Ministério Público que esgotava a sua atuação numa atividade puramente processual, passa a assumir responsabilidades muito maiores, passando a ser um verdadeiro paladino dos interesses sociais.

Essa revolução veio se solidificar com a tão esperada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que mudou todo o perfil do Ministério Público, passando a ser uma Instituição de defesa da sociedade, resguardando seus direitos mais elementares, erigindo-se um verdadeiro Ministério Público Social.

Essa vocação social reflete com toda a fidelidade a opção pela realização da Paz Social através da Justiça Social, desenvolvendo-se assim rascunhos de uma nova ideologia de Ministério Público que vem se formando em todo o Brasil.

O Ministério Público deve atuar não só no processo, mas também junto à comunidade, pois deve sentir as necessidades da Comarca em que atua, realizando uma atuação firme, prioritariamente em defesa dos direitos humanos dos excluídos e da natureza.

Esse Ministério Público Social que surge, reflete toda a esperança de depositada pela Assembléia Constituinte

2. O Ministério Público Social e suas características

Após um longo período de subordinação aos poderes constituídos, o MP passou a ter uma posição de destaque assumindo com a Constituição o seu verdadeiro papel, ou seja, uma vocação de agente político e social diante das mazelas que assombram o nosso País.

Este Ministério Público Social que a Constituição veio trazer constitui um verdadeiro desafio para os seus integrantes, pois a previsão dos direitos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos como os do meio-ambiente, da moralidade pública, dos idosos, dos deficientes físicos, dos consumidores, dos indígenas, das crianças e dos adolescentes, dos usuários de serviços públicos, das

vítimas de crime entre outros, torna a Instituição responsável pela efetiva colaboração para o cumprimento de tais direitos.

Para o cumprimento de tais misteres o MP possui diversas armas para protegê-los como a Ação Penal Pública, a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, constituindo-se em instrumentos capazes de provocar o Poder Judiciário para que puna os criminosos, ou para que previna e repare os interesses da coletividade que forem lesados, sem esquecer que age extrajudicialmente realizando acordos, trabalhos de divulgação em escolas, hospitais, fundações, etc.

Paulo César Vieira Tavares demonstra que a responsabilidade social do Ministério Pública jamais poderá ser esquecida porque:

É inconcebível, nos dias de hoje, que o Promotor de Justiça adote uma postura de apatia e de aceitação frente à realidade brasileira na qual 32 milhões de pessoas são miseráveis e um quinto das famílias é considerada indigente; onde trinta por cento (30%), ou seja, 2,7 milhões de crianças de até cinco anos de idade padecem de alto grau de desnutrição, sendo que entre os trabalhadores infantis (ainda existem?), 2 milhões estão na idade de 10 a 13 anos, mais 47% dos que trabalham não recebem qualquer remuneração (escravos infantis); e onde 12 milhões de pessoas ganham abaixo de um salário mínimo e 5 milhões de trabalhadores nada ganham, sem falar nos 20 milhões de pessoas que trabalham em condições precárias ou nos cerca de 3 milhões de desempregados, nesse contexto, que coloca o país na condição de campeão mundial de concentração de renda, não basta que o Promotor de Justiça, que deve combater este quadro de flagrante injustiça social se conforme com a observância burocrática de seus deveres.¹

O Ministério Público tem a obrigação de interagir e modificar a realidade brasileira, propiciando principalmente as camadas mais excluídas, uma melhor qualidade de vida, e nisto também está

¹ TAVARES, Paulo César Vieira. O Ministério Público Social e o Serviço Social. *Anais do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*. Curitiba: Cietep, 1999.

incluído o respeito e proteção ao meio ambiente, pois a “assunção dessa função social impõe a responsabilidade de provocar a aplicação da lei na perspectiva mais direta de atenuar os efeitos das desigualdades sociais”², como salienta Hugo Nigro Mazzilli:

Deve o Ministério Público corrigir seus próprios defeitos: buscar uma atuação mais teologicamente destinada á defesa social e menos desburocratizada; trabalhar mais e com mais primor; chegar mais efetivamente ao povo, da forma mais ampla possível, para que saiba este o que a instituição pode fazer, o que deve fazer, o que está fazendo, o que não está fazendo mas deveria fazer, quais seus instrumentos de trabalho, quais suas garantias, bem como suas mais prementes necessidades e reivindicações³

Os graves prejuízos sociais relativos a infrigência das leis deve ser reparado pelo *Parquet*, devendo ser lembrado que num país que padece de graves enfermidades sociais, a luta do Ministério Público é urgente e necessária, mas não basta apenas a aplicação da lei, mas a aplicação socialmente comprometida da lei, sendo necessário lembrar que a Constituição Cidadã de 1988 tem como fundamentos a dignidade humana, entre os seus objetivos fundamentais a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, como também a erradicação da pobreza, da marginalização e as desigualdades sociais.

João Lopes Guimarães afirma: “É preciso que sua atuação, genericamente considerada, tenha objetos mediatos à promoção da justiça social e a defesa dos direitos humanos”.

3. O Ministério Público Social na área cível

O Ministério Público possui suas raízes fincadas na promoção da ação penal pública, era a vocação típica da Instituição.

² FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo, GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A Necessária Elaboração de Uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível Com Seu Atual Perfil Constitucional. *Ministério Público Instituição e Processo*. Atlas, 1999, p.23.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.92.

Com o passar dos anos ao MP foi recendo funções na área cível, nas últimas décadas foram percebidas mudanças notáveis na atuação da instituição decorrentes da ampliação de suas atribuições por força de novos preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

O fortalecimento da instituição se deu especialmente nas últimas décadas, quando inúmeras leis aumentaram consideravelmente a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público na defesa de certas categorias em decorrência do crescimento do próprio Estado, que passou a interferir cada vez mais na vida dos cidadãos e acabou gerando grupos específicos mais vulneráveis, como aposentados, contribuintes, mutuários, entre outros, competindo ao órgão Ministerial sua proteção e defesa.

A preocupação com o meio-ambiente se acentuou também, fazendo-se notar pela sociedade e exigindo do Ministério Público, uma presença constante na fiscalização, para na defesa e responsabilização, uma vez que o surgimento de leis protetivas conferiram ao órgão a função de guardião permanente do ecossistema.

Com todos esses acontecimentos os juristas criaram novos conceitos, como os direitos transindividuais, difusos ou coletivos. Criou-se uma gama de direitos das massas, e com o surgimento da Lei de Ação Civil Pública, o MP dotou-se de um instrumento eficaz para assegurar esses direitos em Juízo, sendo que o Ministério Público é um dos principais legitimados para a defesa dos interesses difusos e coletivos, e que vem mais atuando no exercício da atribuição.

3.1 Uma revisão de suas atribuições na área cível

É de acordo com esse entendimento, a Instituição deveria deixar de se ocupar, como fazia até então, apenas com o combate à criminalidade convencional e às ilegalidades. Deveria ir além, muito mais além, metamorfoseando-se em instrumento de transformação social principalmente na área cível.

Com o tempo, essa ideologia institucional foi se consolidando, através de encontros, seminários e congressos promovidos pelas Associações de Classe, sempre lideradas pela CONAMP, a qual exerceu importante e decisivo papel na difusão desse ideário, tornando-o nacional.

Convocada a Assembléia Nacional Constituinte, o Ministério Público brasileiro reuniu-se na Capital do Paraná, em 1986. Desse encontro, foi extraída a “Carta de Curitiba”, verdadeira síntese do pensamento ideológico nacional da Instituição e alicerce do documento entregue, em 31 de março de 1987, pela CONAMP, ao Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Constituinte.

O Ministério Público deve assumir esse perfil ideológico, erigido exatamente sob as bases do pensamento de Roberto Lyra e Hugo Nigro Mazzilli, idealizadores do Ministério Público Social. Para tanto, o Promotor não pode ser alguém satisfeito com a realidade que o cerca. Deve ter inquietações intelectuais e não ser um alienado. Não pode ser um revolucionário, mas tem que ser um reformista, posto que temos uma ordem jurídica para cumprir.

A idéia que o MP atua apenas no processo criminal já foi abandonada, hoje o MP deve atuar com firmeza na esfera cível, havendo um extraordinário crescimento em diversas áreas como a infância e juventude, os direitos constitucionais do cidadão, o meio ambiente, os acidentes do trabalho, o controle da administração pública, o parcelamento do uso do solo, os portadores de deficiência, os idosos, os indígenas, os consumidores, etc.

O MP passou desta forma ser ouvidor da coletividade, recebendo também mecanismos constitucionais para possibilitar a defesa dos interesses supramencionados, devendo buscar a Paz Social através da Justiça Social.

Não se admite o Promotor que atue na área cível fique de braços cruzados agindo apenas processualmente, não se pode mais admitir que um membro do MP com tantas atribuições que poderiam melhorar a comunidade em que vive se omitir, o inclíto jurista René Ariel Dotti afirma:

Como prisioneiros dos gabinetes de trabalho, dos corredores dos Fóruns e das salas de audiência e julgamento. Eles podem e devem vir às ruas e praças, junto ao povo para sentir com seus santos e mártires a profundidade da condição humana, dramas e comédias da existência.⁴

⁴ DOTTI, René Ariel. A Atuação do Ministério Público na Proteção dos Interesses Difusos. *Justitia*, São Paulo, n. 132, p.9.

Os promotores devem interagir constantemente com a comunidade em que atua, buscando se adequar as peculiaridades culturais, sócio-econômicas, devendo desta feita contribuir para que o quadro social degradante de nossa sociedade possa ser amenizado.

É preciso haver uma reorganização da atuação do Ministério Público na área cível, para que possa mais ser um órgão agente do que um órgão interveniente, deve-se pensar no abandono de algumas atividades, com fez o Ministério Público de São Paulo, com o abandono da curadoria de ausentes, onde deve ser priorizado a atuação do MP na tarefa da realização do Direito.

O que não pode é ser cúmplice da realidade em que vivemos, o Promotor de Justiça moderno se insere na perspectiva de um crescimento de sua atividade na área cível, o seu entusiasmo, o seu estudo, a sua dedicação, o seu comprometimento tem que ser levado com seriedade, pois foi com seriedade que a Constituição de 1988 lhe confiou tantas missões sociais. O saudoso e ilustre parlamentar Ulisses Guimarães afirma: "a sociedade brasileira está entregando ao Ministério Público um cheque em branco, confiando na Instituição, caberá a vocês fazê-la mais credora da confiança desta sociedade."

3.2 O Ministério Público na defesa do Meio Ambiente

O quadro de devastação da natureza no mundo é alarmante, o Diácono Djiniyini Goudarra expõe desta forma:

A Terra é a minha mãe. Tal como uma mãe humana, ela dá-nos proteção, prazer e toma conta das nossas necessidades, econômicas, sociais e religiosas. Nos temos relações humanas com a terra: de mãe, de irmã, de filho. Quando nos tiram a terra, ou quando a destroem, nós sentimo-nos feridos, porque pertencemos á terra e fazemos parte dela.⁵

O respeito pelo Meio Ambiente deve estar enraizado em cada cidadão, pois sua preservação depende de todos, basta citar alguns exemplos como os oceanos do mundo que nos fornecem 100 milhões de toneladas de alimento ao ano sob forma de peixe, e podem fornecer

⁵ *Manual de Promotores da Justiça, Paz e Integridade da Criação*, elaborado pela Comissão Justiça, Paz e Integridade da Criação(JPIC), órgão ligado ao Vaticano e a ONU, Roma, p.170, 1997.

água fresca por destilação, têm abundância de sal e magnésio, mas que estão sofrendo a poluição de matérias tóxicas industriais, esgotos e lixo das áreas urbanas, a poluição da terra e do ar deve-se à queima de combustíveis fósseis para fins industriais, às emissões de combustível de automóvel, ao crescente número de máquinas de refrigeração e condicionamento de ar, e ao despejo de lixo tóxico.

A desertificação e a erosão do solo causa danos inimagináveis ao nosso ecossistema, todos os anos cerca de 60.000 quilômetros quadrados de terra fértil ficam transformadas em deserto, muitos países da América Latina, inclusive o Brasil está sofrendo com a desertificação.

As florestas tropicais são um grande tesouro para a humanidade, ela é morada para animais, aves e insetos nos fornecem alimento, remédio, combustível, madeira. Manter a vegetação é necessário para preservar também a vida animal.

As florestas pluviais representam $\frac{3}{4}$ das florestas existentes nos trópicos, e contém 60% das espécies animais e florais do mundo, e muitas estão prestes a desaparecer devido as atividades de mineração, indústrias de madeira, construção de estradas, criação de gado e atuação de grileiros. Um triste dado é que mais da metade das florestas tropicais do mundo desapareceram desde 1950, estudos feitos recentemente demonstram que destrói-se por ano uma área equivalente a Nova Zelândia, com todos esses fatores contra causam a eliminação dos povos indígenas, de espécies naturais, e graves alterações climáticas que causam padrões climáticos instáveis, havendo secas, temporais, inundações e furacões mais frequentes e severos, o aquecimento da atmosfera e o efeito estufa.⁶

O Ministério Público Brasileiro diante desta situação não pode ficar parado, principalmente por que o campo de atuação é muito vasto, devidas as riquezas naturais do nosso País.

A preservação do meio ambiente no Brasil ganhou impulso na década de 80, sendo de se destacar, no campo da atuação normativa, a Lei nº 6.938, de 31.08.1981 – que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 7.347, de 24.07.85 (LACP) –que disciplinou os mecanismos de proteção ambiental em juízo, e mais recentemente a

⁶ Dados obtidos na Comissão Justiça, Paz e Integridade da Criação em Roma.

Lei n.º 9.605/98 que trata sobre os crimes ambientais, e ainda mais importante, a questão ambiental sendo alçada à proteção constitucional, consoante expresse no artigo 225, da Constituição Federal de 1988, que, dentre outras disposições, assegurou a responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal, pelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

O Promotor Social deve estar atento para que o Meio Ambiente não seja totalmente devastado, deve promover articulação com outros órgãos que têm como objetivo a preservação do meio ambiente, a fim de buscar alternativas tais como o incentivo às comunidades para preservação dos seus bens naturais, deve também compeler os Estados através de seu aparato legal para que forneça saneamento básico, tratamento de esgoto, educação ambiental, tratamento de lixo, e a preservação dos ecossistemas. Sua preservação é necessária pois:

É preciso ter esperança que não deixaremos para as gerações vindouras apenas fotografias de um Brasil que, devido às suas riquezas naturais foi cantado em verso e prosa, e descrito como uma terra imensa coberta de matas verdes e cortada por águas pelo escrivão da Esquadra de Cabral.⁷

4. As atividades extrajudiciais

Alguns Promotores estão acostumados apenas a agir processualmente, esquecendo de que como agentes políticos, devem interagir e fomentar no seio da comunidade o desejo da construção de uma sociedade mais justa.

As atividades extrajudiciais devem ser encaradas pelo membro do MP, como atividades de aproximação da comunidade com as funções do Ministério Público.

Os promotores devem perceber que sua atuação na via extrajudicial visa um aprimoramento da consciência de cidadania em que cada indivíduo deve possuir para que possa lutar por seus direitos.

⁷ OMENA FILHO, Márcio S. A. *Degradação Ambiental*. Brasília, Ed. Consulex, n. 42, 2000.

Para o agente ministerial cumprir este mister, deve primeiramente ser receptivo na comunidade onde atua, para que possa ser recebido com cordialidade. Dentre as inúmeras atividades que pode desempenhar, para obter maior interação com a comunidade, se destaca: palestras nas escolas, hospitais, asilos, orfanatos, associações, explicando os direitos do cidadão, somente assim, conscientes dos seus direitos poderão comunicar ao Ministério Público as irregularidades tenham sofrido.

Um outro exemplo que podemos citar, é o trabalho que o MP pode fazer com as populações ribeirinhas, o agente ministerial pode fazer um trabalho preventivo conjuntamente com ONGS, IBAMA, IMA e outros órgãos que atuem na área ambiental.

O promotor pode ainda criar núcleos de cidadania, com crianças e adolescentes carentes dando noções elementares sobre infância e juventude, meio ambiente, direitos humanos, consumidor, patrimônio público para que divulgue na sua família e especialmente instigar o Poder Público a implantar programas educativos e sociais com essa finalidade.

Poderá criar também um canal aberto com a comunidade, tendo um programa de rádio na comarca, e assim poderá esclarecer as dúvidas, divulgar as funções do Ministério Público para que fique conhecido, e assim possibilite um maior contato com a população.

O MP poderá fazer acordos com a Administração Pública para cumprir as determinações legais, como a previsão de escadas para deficientes e idosos em locais públicos, a cobrança irregular de tributos, poluição ambiental, falta de segurança no trabalho, falta de higiene nos hospitais, asilos, orfanatos, ou poderá promover e implementar órgão de apoio à Justiça, incentivando a coletividade a criar casas de albergado, casas do menor, postos médicos, hospitais etc.

Há muitas iniciativas que ampliam demais a atuação do Ministério Público, sabendo que como agente político, pode o mesmo interferir na realidade, sendo que existe milhares de propostas para que o MP possa fazer trabalhos como este, vai depender bastante da capacidade e vontade do promotor, apenas dependendo de sua coragem para mudar a realidade que nos é apresentada.

5. Conclusão

A urbanização crescente, as desigualdades sociais, a escalada demográfica, a massificação dos meios, a globalização, a sofisticação das relações de consumo e de trabalho, a explosão do desenvolvimento tecnológico conduziram o Brasil a uma inesperada e assustadora complexidade de relações sociais no século passado e no alvorear deste novo milênio.

O conjunto desses fatores levaram a sociedade a buscar fórmulas para resolver seus problemas sociais, sendo necessário destacar que essa demanda encontrou o país saindo de um sistema autoritário de governo e reavivando um Estado Democrático de Direito, que se modernizou e criou novos mecanismos capazes de atender os apelos sociais.

Com a chegada da Constituição de 1988, renasce uma instituição capaz de defender com todo o aparato jurídico os direitos fundamentais da coletividade.

O Ministério Público impulsionado pelos ideais de justiça, paz e ecologia, vem com toda a força buscar meios para amenizar o quadro social alarmante em que vive a sociedade brasileira.

Surge um novo Ministério Público, um Ministério Público Social, voltado exclusivamente para defesa dos idosos, dos deficientes físicos, dos menores, dos indígenas, do meio ambiente, do patrimônio público, histórico, turístico e paisagístico, como também empenhado no combate a criminalidade.

A responsabilidade sócio-política é muito grande, pois os promotores são os tutores da cidadania. Por isso, a luta pela paz social, através da justiça social, se constitui no maior compromisso do Ministério Público no Brasil. Nesses tempos de neoliberalismo, tudo gira em torno da economia. Não é a economia, no entanto, o único instrumento para a transformação da sociedade, embora se reconheça que é o mais poderoso. Mas, sem dúvida, o Direito também pode contribuir para diminuir as injustiças sociais. E não há outro profissional da área jurídica que detenha mais instrumentos para enfrentar essa chaga da nossa sociedade do que o Promotor de Justiça.

Os Promotores obtiveram do constituinte esse novo o perfil constitucional porque queriam servir o povo, já farto, cansado, de

tantas injustiças sociais. A tarefa que lhe competiu a Constituição Federal é muito árdua, mas precisa se ampliar e se fortalecer com o desenvolvimento dessa nova consciência entre os próprios integrantes da instituição e na sociedade, imprimindo cada vez mais forte esse novo perfil de Promotor de Justiça Social, Roberto Lyra, já dizia: “o avanço do Ministério Público dependerá do avanço que ele mesmo executará”, a sociedade confia e espera do Ministério Público que realmente cumpra o seu papel configurado pela Constituição Cidadã, e que realmente levante o estandarte da Paz, da Justiça e da Cidadania.

O Ministério Público Social já existe, pelo menos na atuação destacada de alguns promotores, mas tem que ser a característica de toda a Instituição, ou seja, um promotor de justiça dinâmico, moderno e corajoso para enfrentar os problemas sociais.

E no âmbito do meio ambiente deve o MP buscar alternativas e soluções para desarticular esta desenfreada devastação que assola o nosso país, devendo tomar atitudes corajosas, podendo também se inspirar na poesia e na vida de São Francisco de Assis, Patrono da Ecologia, que apesar de ter vivido há mais de oitocentos anos continua a perfumar nossas vidas com seu ideal de amor à todas as criaturas, como relata no seu Cântico do Irmão Sol:

Louvado sejas, meu Senhor,
Com todas as tuas criaturas,
Especialmente o irmão Sol,
Que clareia o dia
E com sua luz nos alumia.
E ele é belo e radiante
Com grande esplendor.
De ti, Altíssimo, é a imagem.

Louvado sejas, meu Senhor,
Pela irmã Lua e as Estrelas,
Que no céu formaste claras
E preciosas e belas.

Louvado sejas, meu Senhor,
Pelo irmão Vento,
Pelo ar, ou nublado

Ou sereno, e todo o tempo,
Pelo qual às tuas criaturas dás sustento.

Louvado sejas, meu Senhor
Pela irmã Água,
Que é mui útil e humilde
E preciosa e casta.

Louvado sejas, meu Senhor,
Pelo irmão Fogo.
Pelo qual iluminas a noite.
E ele é belo e jucundo
E vigoroso e forte.

Louvado sejas, meu Senhor,
Por nossa irmã a mãe Terra,
Que nos sustenta e governa,
E produz frutos diversos
E coloridas flores e ervas.

(Francisco de Assis, outono de 1225).

SÍNTESE DA TRANSMUTAÇÃO PODER/DEVER **(ou como parte da doutrina e o judiciário interpretam e** **alteram o sentido e o objetivo do artigo 89 da Lei nº 9.099/95)**

Maurício A. B. Pitta

Promotor de Justiça e Professor Mestre da Universidade Federal de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os argumentos da transmutação. 3. Dos equívocos e da inconstitucionalidade. 4. Conclusão.

1. Introdução

Com o advento da Lei nº 9.099/95 admitiu-se em nosso país a suspensão condicional do processo (art. 89), com nítida inspiração advinda do “*plea bargaining*”, instituto em vigor nos países da *common law* que permite ao juiz determinar a suspensão do processo. Em nosso caso específico, não se trata de suspensão oriunda de decisão exclusiva do judiciário, mas sim através de proposta inicial do Ministério Público, a teor do que está especificado no texto legal:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 01 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 02 (dois) a 04 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Cód. Penal).

Ocorre que a suspensão condicional do processo tem sido interpretada por alguns doutrinadores e pelo judiciário de forma diversa da que foi votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Executivo, originando em consequência o mais absoluto desvirtuamento do texto legal. Impossível? Claro que não! Afinal de contas estamos vivenciando momento histórico na formação do nosso direito e da aplicação das leis, com significado extremamente grave e de consequências ainda não devidamente analisadas e percebidas em

sua totalidade, qual seja, a possibilidade jurídica da pura e simples modificação de uma norma pelo Poder Judiciário ao alvedrio dos demais Poderes que compõem a estrutura de Poder da República.

O caso da Lei nº 9.099/95 é típico, sintomático do que afirmamos, vez que a lei possibilita ao Ministério Público, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 01 (um) ano, propor ou não a suspensão condicional do processo por período não inferior a 02 (dois) anos e não superior a 04 (quatro) anos, desde que o réu não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional do processo.

A simples leitura do texto legal esclarece que o legislador após alguns condicionantes à propositura da suspensão condicional do processo, não estando esta sujeita à livre escolha do Ministério Público: Não estar o réu sendo processado; não ter sido condenado por outro crime; não ser reincidente em crime doloso; estrita observância quanto à culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal (elementos exigíveis para a suspensão condicional da pena, a teor do art. 77 do Código Penal).

Estas são as exigências legais sem as quais o Ministério Público não poderá propor a suspensão condicional do processo, o que caracteriza de imediato um controle sobre seu poder de propor a suspensão, regrado sua atuação, impondo limites à sua discricionariedade. Na ausência de qualquer uma dessas condições não será possível ofertar ao acusado a suspensão condicional do processo a que responde, pois estamos diante de condições que são impeditivas ou de satisfação para sua adoção. Estas condicionantes foram apostas como exigíveis para apresentação da proposta a teor do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

2. Os argumentos da transmutação

Pois bem. Ocorre que parte da doutrina e a maioria dos tribunais têm interpretado o art. 89 de forma contrária ao que este disciplina, entendendo que o MP não pode dispor de seu poder em propor ou não a suspensão condicional do processo quando presentes

os requisitos exigidos pela lei, vez que nesse caso ele estaria obrigado a fazê-lo, independentemente do seu desejo ou análise crítica sobre o caso específico com que se defronta, pois a suspensão condicional do processo, quando presentes os requisitos exigidos pela lei, inquina como obrigatória a apresentação da proposta por se tratar de direito subjetivo do réu, ou seja, de um benefício a que este constitucionalmente tem direito, independentemente da política criminal da instituição (Ministério Público) e de sua conveniência ou não!

Os doutrinadores que defendem esta tese fundamentam suas opiniões no fato de que se aplica ao caso o princípio da discricionariedade regradada ou mitigada, instituída pela Lei nº 9.099/95. Partem da noção que o Ministério Público está impedido de se recusar a ofertar a suspensão condicional do processo sob a alegação de gravidade do delito ou suas repercussões, vez que não poderia dispor do direito público do réu tendo em vista o direito fundamental do *jus libertatis* e do direito fundamental à igualdade previsto no art. 5º da CF¹. Argumenta-se, inclusive, que o Ministério Público não pode deixar de agir por razões de oportunidade, vez que presentes os requisitos legais, tem ele a obrigação que atuar em favor da alternativa eleita pelo legislador. Traçada a política criminal consensual pelo legislador, não seria o Ministério Público o detentor dessa política, cabendo-lhe tão somente cumprir o que determinado².

Quando de sua obra "Suspensão Condicional do Processo Penal no Direito Brasileiro", Flávio Augusto Fontes de Lima sintetiza sua opinião afirmando no item 7 de suas conclusões que "a natureza jurídica da proposta de suspensão condicional do processo é de direito público subjetivo do acusado, desde que ele preencha os requisitos legais. Na proposta da medida está em questão o direito à liberdade e à igualdade, que são no sentido de direitos fundamentais previstos na

¹ Cf. Flávio Augusto Fontes de Lima, *Suspensão Condicional do Processo Penal no Direito Brasileiro*, p. 61, Forense, 2000.

² Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, in *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.9.95*, p. 193 e 194, Editora Revista dos Tribunais, 1996.

Constituição Federal, assim com ascendência hierárquica inquestionável”.

No entanto o autor se contradiz ao que anteriormente reconheceu, afirmando na página 18 da mesma obra que “a suspensão condicional do processo é uma exceção à rígida concepção do princípio da legalidade processual, já que adota o princípio da oportunidade regradada pela lei e condicionada a uma decisão judicial. Por razões de conveniência, o Estado pode renunciar à investigação, à instauração e ao julgamento de processos penais”. (sublinhei)

Na realidade sua contradição reside no fato de reconhecer que ao Estado são “devidas razões de conveniência e o poder de renunciar”. Ora, quem tem de agir através do imperativo da obrigatoriedade não dispõe da faculdade da conveniência e muito menos do poder de renúncia, que o autor em suas conclusões afirma não reconhecer, aliando-se aos que entendem estar este poder travestido em poder-dever.

Por sua vez, Fernando da Costa Tourinho Filho chega a afirmar que “seria perigoso conceder-se aos órgãos persecutórios poder discricionário de julgar da conveniência, ou não, da instauração do processo, mesmo em certos casos, tanto mais quando tal princípio é consequência do triunfo dos princípios da igualdade e generalidade da lei”.³

3. Dos equívocos e da inconstitucionalidade

Evidente que tal entendimento é dos mais absurdos, pois assim estaríamos revogando por inteiro o disposto no art. 129, I da CF e boa parte do Código de Processo Penal! A se aceitar como corretas tais interpretações, concluiremos que coube ao Ministério Público o papel de simples e inerte espectador, aguardando que incidam e se comprovem como reais as condições inerentes à possibilidade de oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. Quando estas se efetivarem, não lhe resta alternativa senão apresentar a proposta, como mero espectador à espera do momento em que irá cancelar um fato já consumado. Pouco importa sua vontade, discricionariedade, juízo de valor, titularidade da ação penal ou

³ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 40-42, 13. ed., Saraiva.

política criminal... A norma seria cogente em relação ao Ministério Público, não restando a este senão a função de “apertar o botão”, ou seja, automaticamente apresentar a proposta. Convenhamos que, em assim sendo, qualquer máquina repetitiva cumpriria tal *mister*!

Ocorre que os eminentes autores incorreram em erro crasso ao interpretarem a norma sob tal prisma, o que, aliás, parece estar se tornando corriqueiro em nosso país pela utilização farta, irresponsável e desmedida dos princípios constitucionais de defesa dos direitos fundamentais e da cidadania como instrumento de defesa para àqueles que cometeram crimes e respondem judicialmente por estes, em detrimento de suas vítimas e da sociedade como um todo!

Na exposição de motivos do Anteprojeto de Lei que se tornaria o Projeto de Lei 1.480/89, apresentado à Câmara dos Deputados pelo Deputado Michel Temer, seus autores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes assim se expressaram: “O Anteprojeto introduz o instituto da *suspensão condicional do processo*, mesmo para os crimes por ele não abrangidos...Ou seja, na hipótese de réu primário e de pena mínima que comportaria afinal a concessão de *sursis*, o MP, ao oferecer a denúncia, poderá propor ao juiz competente a suspensão condicional do processo, submetendo-se o acusado, ao concordar com a medida, às condições fixadas pelo juiz nos termos dos dispositivos retores da suspensão condicional da pena. O sistema da *probation*, tradicional nos ordenamentos de *common law*, ganha espaço nas modernas legislações...E vem sendo reiteradamente defendido entre nós, com excelentes razões, desde 1981. Ademais, o instituto insere-se perfeitamente na filosofia que informa o Anteprojeto, consistente na desburocratização e aceleração da justiça penal, e no filão da *discrecionalidade regulada*, no mesmo consagrada, tudo em decorrência do texto constitucional”. (sublinhei)

Como se vê pela exposição de motivos dos autores do Anteprojeto, não se utiliza em um só momento o termo “**deverá propor**”, mas sim o termo “**poderá propor**”, votado e aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República. Outrossim, a inspiração para a criação da possibilidade jurídica de suspensão condicional do processo foi, segundo seus próprios autores já nomeados, o sistema da *probation* que consiste na capacidade de suspender a prolação da sentença condenatória após a instrução

processual. Para tanto, se faz necessária a aceitação de determinadas condições pelo réu, revertendo em seu favor a extinção da pena e ausência de registro de antecedentes. Dependendo do país onde é aplicado o sistema da *probation*, se exige a anterior declaração de culpabilidade do réu (Inglaterra) ou não (Estados Unidos).

Necessário reconhecer que, diferentemente da nossa suspensão condicional do processo, na *probation* ocorre a realização da instrução criminal e a cominação da pena, que pode ser suspensa mediante a aceitação de determinadas condições por parte do réu. No caso deste não cumprir estas condições, a pena lhe é imediatamente imposta. Ademais, sua utilização parte de pressupostos que jamais seriam aplicados em nossa atual sistemática processual ou constitucional. O sistema, portanto, é muito mais rigoroso que o nosso e não privilegia ao réu, ao contrário, impõe condições que possibilitam o controle de suas atividades com consequências graves ao seu descumprimento. Aqui não ocorre assim, pelo contrário! O acusado não é apenado, mesmo porque a instrução criminal nem mesmo se inicia e o órgão estatal responsável pela defesa da sociedade tem a obrigação de propor a suspensão condicional do processo, quer queira ou não, quer goste ou não, quer entenda viável ou não, quer entenda danosa para a sociedade ou não, tudo a teor de interpretações distorcidas sobre sua discricionariedade controlada.

Não discordamos do imperativo constitucional de que o poder discricionário do MP, como de qualquer outra instituição que instituída em um Estado que se pretenda democrático de direito, seja controlado, mitigado, funcione sobre regras previamente estabelecidas, mesmo porque se assim não fosse correríamos o risco de conviver com ente estatal com características eminentemente supra-estatais. Porém não é esse o caso.

Se observarmos as condições impostas pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95 constataremos facilmente que ao Ministério Público foram impostas condições (regramentos) para que pudesse propor a suspensão condicional do processo (o acusado não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena conforme dispõe o art. 77 do Cód. Penal). Nestas exatas condições estão presentes as limitações ao órgão estatal de acusação. No entanto, limitar sua atuação no sentido de impedir o exercício de sua

função precípua (Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público... I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei) se afigura irremediavelmente inconstitucional!

Mas assim tem ocorrido, pois os tribunais pátrios têm seguido a orientação doutrinária já exposta, sem refletir sobre o equívoco em que estão incidindo. Isto para não adentrar ao fato de que a lei se expressa claramente, em bom português, com a possibilidade não impositiva (poderá propor) do MP acionar o mencionado dispositivo legal (art. 89). No entanto entendem os tribunais brasileiros e parte da doutrina nacional que coube ao Ministério Público o poder-dever de apresentar a proposta de suspensão condicional do processo (sic), como se isso fosse razoável ou lógico!

Como bem afiançado por Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione⁴ “A lei prevê como direito do Estado o *ius puniendi* e o *ius punitiones* ao possibilitar a aplicação de pena pela autoridade judicial competente, por crime definido em lei, através do devido processo legal, iniciado por denúncia do Ministério Público (Art. 5º, XXXIX, LIII, LVII e art. 129, I), ou queixa-crime pelo ofendido... Desta forma, na área penal, o legislador constituinte consagrou, dentro do respeito à teoria dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), o sistema acusatório onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, sendo a exclusividade da titularidade da ação penal pública do Ministério Público...”. Assim, como detentor da exclusividade em relação à ação penal pública, apenas e tão somente o Ministério Público pode dela dispor a teor do que determina a Carta Federal. Ora, em sendo assim, presentes o *ius puniendi* e o *ius punitiones*, não há como falar em direito subjetivo do réu à suspensão condicional do processo, senão em argumentação que priorize este pretense direito como elemento catalisador da norma constitucional em qualquer fase ou instância processual.

Outra inconstitucionalidade que ocorreria nesta hipótese seria a de que não haveria como se excluir o pretense direito subjetivo aos acusados quando se tratando de ações penais privadas, o que não foi previsto pelo art. 89 da Lei 9.099/95. Como então não inquirar de

⁴ Juizado Especial Criminal. Aspectos Práticos da Lei nº 9.099/95. Editora Atlas, 1999.

inconstitucional o mencionado art. 89 da Lei 9.099/95, diante da norma constitucional prevista no art. 5º da CF que prevê tratamento isonômico?

Mas não pararam por aí as idiossincrasias em relação aos comentários sobre o art. 89 da Lei 9.099/95. Muitos afirmam e defendem a possibilidade do próprio juiz oferecer a proposta de suspensão condicional do processo no caso do MP não fazê-lo, a exemplo de Damásio de Jesus em sua obra “Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada” (São Paulo, Saraiva, 1995) e da Escola Nacional da Magistratura em reunião no ano de 1995.

De outro lado a 6ª Turma do STJ em Acórdão proferido nos autos do REsp. nº 152740/SP decidiu que “cabe ao Ministério Público, em face do direito público subjetivo do acusado, fazer a proposta de suspensão condicional do processo. Em havendo recusa, por entender inexistentes os requisitos legais, pode o acusado requerer a suspensão, devendo o juiz emitir provimento jurisdicional. Em ambos os casos se olvidou princípios constitucionais basilares como os da inércia e da imparcialidade do juízo. Por oportuno, cabe frisar que o STF em enfrentando a matéria (HC nº 75343-4 – MG, 12.11.97 e HC nº 77255 – RJ, 23.02.99) decidiu que na ocorrência de tal hipótese e ausente qualquer fundamentação do órgão do Ministério Público para deixar de propor a suspensão condicional do processo, deveria o juiz, em analogia ao previsto no art. 28 do CPP, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para decidir, não podendo em hipótese alguma vir a substituir ao promotor de justiça.

Neste sentido Afrânio da Silva Jardim se expressa de forma lapidar ao afirmar ser necessário interpretar a Lei 9.099/95 conforme os postulados presentes em nosso sistema processual e que “o caos que se está criando na doutrina, já com reflexos na jurisprudência, em nada contribui para concretizar as mudanças⁵. Por sua vez Mirabete chega mesmo a afirmar que “a mera atenuação do princípio da indisponibilidade da ação penal pelo princípio da discricionariedade limitada, com a possibilidade de transação, não confere ao réu um direito público subjetivo”.⁶

⁵ Cf. citação de Flávio Augusto Fontes Lima, op. cit, p. 42.

⁶ Julio Fabbrini Mirabete in Juizados Especiais Criminais, p. 164, 3. ed.,

4. Conclusão

Conforme demonstrado, várias foram e são as nuances que se pretendeu e se pretende dar ao art. 89 da Lei 9.099/95. Cabe lembrar que imposta a obrigatoriedade ao MP sob o pálio do direito público subjetivo do réu, também haveria a obrigatoriedade em relação ao juiz no sentido deste determinar a suspensão condicional do processo, não obstante o parágrafo 1º do art. 89, da Lei 9.099/95 especificar que “aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova...”. (sublinhei)

Muitas são as variantes sobre o assunto, porém concluímos com a certeza que:

1º Não há direito subjetivo do réu que condicione ou obrigue a propositura da suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, mesmo quando presentes todas as condições estabelecidas pelo artigo 89 da Lei 9.099/95. Se assim fosse, estar-se-ia contrariando o art. 129, inciso I da CF.

2º Existe direito público subjetivo do réu em relação à necessidade de fundamentação da decisão do Ministério Público, quando este decidir por não oferecer a proposta de suspensão condicional do processo;

3º O regramento ao poder discricionário do Ministério Público ocorre quando das exigências que a própria Lei 9.099/95 faz em seu artigo 89, objetivando possibilitar o oferecimento da suspensão condicional do processo;

4º Não é possível transmutar a locução verbal “**poder**” (ter a faculdade de)⁷ para “**dever**” (ter obrigação de)⁸ **oferecer a proposta de suspensão condicional do processo**, por sua característica filológica inaceitável, pela inconstitucionalidade dela decorrente e por contrariar aos fundamentos do processo acusatório brasileiro;

5º O artigo 89 da Lei 8.099/95 prevê a hipótese da concreção de ato baseado em consenso. Se imposta a uma das partes (Ministério

Editora Atlas, 1998.

⁷ Dicionário Aurélio Eletrônico – Séc. XXI.

⁸ Idem.

Público) a obrigatoriedade de sua ação, não haverá espaço para a livre adesão das vontades e conseqüentemente não ocorrerá o consenso, impedindo a incidência da norma sobre o fato.

6º Pode o Ministério Público, desde que fundamentadamente, deixar de propor a suspensão condicional do processo consoante autorização expressa pelo art. 129, I da CF e em função da política criminal por ele adotada, por ser esta uma garantia constitucional da própria instituição.

7º O artigo 89 da Lei 8.099/95 não autoriza, em hipótese alguma, que o Juiz proponha a suspensão condicional do processo de ofício, devendo ele, caso discorde do Ministério Público quando este não apresentar, recorrer ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando analogicamente o art. 28 do CPP, entendimento esposado pelo STF e parte da doutrina.

8º Finalmente, a se considerar obrigatório ao Ministério Público a propositura da suspensão condicional do processo em decorrência do direito público subjetivo do acusado, estaria obrigado o Juiz em determinar a suspensão quando realizada a proposta pelo MP e aceita pelo acusado, não podendo ele decidir de forma diversa, já que presente mais uma vez o direito público subjetivo do acusado.

Como vimos, considerar obrigatória a incidência de ato processual a que a norma regulamentária conferiu sentido condicional e opcional, dependente do consenso, e demais exigências legais significa revogar essa mesma norma por ato de império, desconhecendo ou desconsiderando as atribuições constitucionais do legislativo e do executivo.

DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS CONTRAPOSTOS E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Patricia de Moraes Costa
Advogada

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dos direitos e garantias fundamentais. 2.1. Distinção entre direitos e garantias constitucionais. 2.2. Da Colisão de Direitos Fundamentais 3. Hermenêutica Constitucional. 3.1. A problemática da interpretação e a sua importância. 3.2. Princípios de hermenêutica constitucional. 4. Teoria da Proporcionalidade. 4.1. Evolução histórica. 4.2. O princípio da proporcionalidade no Brasil. 4.3. O status constitucional do princípio da proporcionalidade. 4.4. Conceito e importância. 4.5. Elementos do princípio da proporcionalidade. 5. A Teoria da Proporcionalidade na ponderação dos conflitos entre princípios. 6. Conclusão.

1. Introdução

Analisando-se o caminho percorrido pela história da humanidade veremos que, desde os mais remotos tempos, havia a presença de um chefe a ditar normas obrigatórias de condutas a serem seguidas, incondicionalmente, pelos componentes de determinado agrupamento social, podendo a autoridade puni-los quando desrespeitassem as regras, surgindo-se o interminável conflito entre os súditos e o príncipe.

O homem jamais se conformou com essa submissão injustificada e desamparada de quaisquer fundamentos jurídicos, mas, baseando-se na vontade das divindades, sempre impiedosas e intransigentes com aqueles que desatendessem as suas imposições, o poder do soberano foi se perpetuando.

Longas e dolorosas foram as lutas, até que os súditos despertaram para a necessidade de existirem limites ao poder do príncipe, sendo estes essencial para a manutenção e convivência

harmônica dos cidadãos, surgindo o movimento do constitucionalismo, preponderantemente, marcado pela positivação, em sede constitucional, dos princípios considerados pilares do Estado Direito.

Ocorre que, muitos são os valores, igualmente importantes, que foram juridicizados pelo ordenamento constitucional, não sendo, pois, raro, ocorrer o conflito entre os valores tutelados, impondo ao intérprete promover a limitação do âmbito de eficácia de cada um deles para possibilitar o convívio harmônico entre todos, já que o princípio da unidade informa o sistema constitucional.

A aplicação de qualquer dispositivo da Constituição deve ser efetuada tendo em vista os fins almejados pelo Estado. A dificuldade está em encontrar o “ponto de equilíbrio” entre esses valores, surgindo, pois, o princípio da proporcionalidade na ponderação entre os direitos fundamentais aparentemente conflitantes.

O Princípio da Proporcionalidade, consolidado na Alemanha, tem sido utilizado para solucionar as colisões entre normas jurídicas, impondo restrições aos bens tutelados até o limite indispensável para garantir a plena eficácia de um outro. É um princípio interpretativo imprescindível para a integração do texto constitucional.

A realização deste trabalho tem o intuito de promover uma reflexão sobre o texto constitucional, demonstrando a importância dos direitos constitucionalmente previstos e a conscientização de que esses são despidos de hierarquia, tendo em vista possuírem o mesmo fundamento de validade, além de atentar o operador do direito para a necessidade de interpretação da Constituição como um todo monolítico, podendo-se valer do Princípio da Proporcionalidade para harmonizar aquilo que aparentemente for inconciliável.

2. Dos direitos e garantias fundamentais

A Constituição Federal inseriu em seu texto um capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, que consiste em uma forma de limitar a supremacia do Estado, proibindo a interferência deste na esfera jurídica individual do homem, e, ainda, um poder posto à disposição do cidadão para o exercício de direitos.

Surgiram em virtude do constitucionalismo, originário das declarações de direitos decorrentes da luta social contra os abusos

praticados pelos detentores do Poder e da necessidade de organização do Estado. Dentre os documentos mais importantes na inspiração do legislador constituinte estão a Magna Carta (Inglaterra, 1215), a Petição de Direitos / Bill of Rights (Inglaterra, 1629), a Lei do Habeas Corpus / Habeas Corpus Act (Inglaterra, 1679), a Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776), a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão (França, 1789) e a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado (Rússia, 1918)¹.

Tradicionalmente, as normas constitucionais foram classificadas, quanto a sua aplicabilidade, por José Afonso da Silva, em normas constitucionais de eficácia plena, que são aptas desde a sua entrada em vigor a produzirem todos os seus efeitos essenciais que o legislador pretendeu regular; normas constitucionais de eficácia contida, que o legislador, embora tenha regulado suficientemente os interesses relativos sobre determinada matéria, deixou margem para o poder público restringir seu alcance; e, normas constitucionais de eficácia limitada, cuja eficácia depende de posterior atuação do legislador ordinário para que ela desenvolva plena aplicabilidade.

A Constituição Federal dispõe, expressamente, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Contudo, devemos ter essa previsão como a regra, pois a própria Constituição faz depender a eficácia de algumas normas, da atuação do legislador infraconstitucional.

Ressalte-se que os direitos e garantias individuais e coletivos possuem caráter relativo, pois os bens jurídicos assegurados constitucionalmente a todos os indivíduos integram um todo harmônico, onde uns são limitados pelos outros mediante influências recíprocas. É o que se conhece por princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Assim, deve haver uma coordenação entre os interesses em conflito, reduzindo o âmbito de incidência de cada um deles, dirimindo eventuais contradições existentes sem que seja necessário o total sacrifício de um em detrimento de outro.

¹ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente; SANTOS, William Douglas Resinete dos. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 54.

2.1 Distinção entre direitos e garantias constitucionais

A Constituição, com anteriormente exposto, conferiu aos indivíduos uma série de direitos inseridos na esfera jurídica de cada um, de extrema relevância para o harmônico convívio social, limitando o poder estatal. Para possibilitar a fruição destes direitos, previu-se, paralelamente, as garantias dos direitos, ou seja, as garantias constitucionais.

Não obstante a Constituição não ter trazido regras que apartassem os direitos das garantias, a doutrina faz essa distinção. Em algumas oportunidades, juntamente ao direito foi fixada uma garantia na mesma disposição constitucional, em outras, os direitos são assegurados em norma diversa.

Os direitos são disposições meramente declaratórias de bens e vantagens, imprescritíveis, inalienáveis, fundamentais, cujo conteúdo representam certos bens dos cidadãos perante o Estado e entre seus pares. Estes, sem as garantias constitucionais seriam meros enunciados abstratos, longe do intuito do legislador constituinte de propiciar a completa eficácia das liberdades humanas. Os direitos subsistem mesmo que o meio colocado para garanti-los não tenha propiciado o resultado almejado.

Por sua vez, as garantias constitucionais são disposições assecuratórias, colocadas ao alcance do indivíduo para tornar efetivos os direitos individuais, assegurando o gozo destes direitos ou impondo como sanções em caso de desobediência, a reintegração dos direitos. Podem ser garantias constitucionais gerais, que são instituições que funcionam como um mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, limitando e evitando o arbítrio; e, garantias constitucionais especiais, que são normas que asseguram, por meio de procedimentos, técnicas ou instrumentos, o respeito e a exigibilidade da manifestação dos direitos isoladamente ou em grupo.

Há, ainda, as garantias da própria Constituição, que visam conservar o ordenamento constitucional contra fatores que possam desestabilizá-los e possibilitar o efetivo cumprimento de seus fundamentos.

2.2 Da Colisão de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, como acima exposto, não possuem caráter absoluto, podendo surgir situações concretas que se mostrem como antagônicas, havendo necessidade de compatibilização entre os valores protegidos pelo ordenamento, por consagrarem normas e valores com matizes ideológicas muito distintas.

As colisões podem se apresentar de diferentes formas: colisão com redução bilateral, colisão com redução unilateral e colisão excludente.

Havendo colisão com redução bilateral, ambos os valores conflitantes serão exercidos, sendo necessário um processo limitativo de ambos e, por contemplar o tratamento uniforme entre os direitos, esse método prefere aos demais. No que se refere à colisão com redução unilateral, é possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais, contudo, há a relativização de apenas um deles, sob pena do outro direito ser totalmente violado. Há, ainda, alguns casos, em que a colisão entre os direitos em confronto impõe a total exclusão de um em detrimento da aplicação do outro, quando estaremos diante da colisão excludente.

A existência de interesses contrapostos nos leva à necessidade de buscarmos meios para solucionar esses conflitos. Contudo, importante frisar que o conflito se dá apenas no plano concreto, e é solucionado através do apurado trabalho do intérprete, conforme adiante exposto.

3. Hermenêutica constitucional

3.1 A problemática da interpretação e a sua importância

As normas jurídicas decorrem do trabalho acurado do legislador em dar às leis uma redação revestida de clareza, precisão e ordem lógica, a fim de fornecer uma exata correspondência entre o texto legal formulado e os fins visados pelo preceito.

Apesar de toda essa acuidade, não raras vezes são promulgadas leis cujo texto possui um sentido viciado ou obscuro. Diante desta possibilidade, imprescindível é a interferência do exegeta, que buscará aclarar o sentido da norma, concretizando e integrando a mesma.

Interpretar significa “1. Ajuizar a intenção, o sentido de (...);
2. Explicar, explanar ou aclarar o sentido de (palavra, texto, lei, etc.);

3. (...); 4. Traduzir ou verter de língua estrangeira ou antiga; 5. (...); 6. Julgar, considerar, reputar...”².

Sabemos que nas Constituições rígidas, como é considerada a nossa, há um processo muito dificultoso para promover as reformas reputadas essenciais, seja para alterar as normas ou substituí-las. Tal dificuldade poderia levar a acumulação de elementos de crises, desestabilizando a ordem jurídica constitucional.

A Lei fundamental encontra-se no ápice da pirâmide, condicionando a validade e permeando a interpretação de todas as demais normas jurídicas. Desta forma, a promoção da unidade de seu texto é uma tarefa das mais relevantes e, ao mesmo tempo, das mais difíceis e complexas. Nas palavras de Daniel Sarmento “sem embargo, trata-se muitas vezes de empreitada das mais árduas, uma vez que nas sociedades pluralistas e democráticas, a diversidade de valores e idéias existentes na sociedade acaba refletindo no texto constitucional, que acolhe normas potencialmente colidentes.”³.

Os métodos interpretativos servem de instrumento de extrema importância na promoção das mudanças necessárias à acomodação da Constituição à realidade sem que seja preciso valer-se das vias formais da Emenda Constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal o mister de guardar a Constituição e promover a adequação de seu texto. A sua função primordial é manter a unidade substancial do texto constitucional em todo o país, na medida em que, no julgamento final das questões atinentes a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição Federal, é sua a última palavra, exercendo influência sobre a jurisprudência de outros tribunais.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário exerce o papel de promover a justiça constitucional, cujas funções consistem em proteger os direitos fundamentais; dirimir conflitos de atribuições entre órgão estatais; controlar as atividades ilícitas dos titulares dos órgãos constitucionais; controlar a atividade e legitimidade dos partidos políticos; verificar a constitucionalidade das leis e atos

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 8.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 959.

³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 28.

normativos; e, servir de recurso aos particulares para defenderem-se de lesões a direitos constitucionalmente assegurados.⁴

Vê-se, pelas funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, que este órgão é quem tem a última palavra sobre a interpretação das normas constitucionais, ponderando interesses constitucionais conflitantes, mantendo o texto constitucional ao conjugá-lo com fatores históricos, políticos, sociais, culturais, econômicos e ideológicos do momento.

Destarte, cumpre a função interpretativa a todos órgãos jurisdicionais, que devem fazer uma alteração tácita do texto constitucional, buscando, através de métodos da hermenêutica, a acomodação da norma aos fins para os quais foi elaborada.

3.2 Princípios de hermenêutica constitucional

As normas constitucionais prevêm a proteção de diversos bens jurídicos de extrema relevância para o convívio social. Não raro ocorrer conflitos entre os bens constitucionalmente tutelados, tendo em vista a natureza de cada um deles.

Desta forma, para solucionar o conflito de normas, seja aparente ou real, deve o exegeta, a fim proporcionar a plena aplicabilidade das normas insertas na Constituição, valer-se dos princípios que norteiam referida ciência, compatibilizando os bens jurídicos contrapostos.

Não se trata de estabelecer uma hierarquia entre as normas constitucionais, uma vez que todas estão num mesmo plano ressalvadas as opiniões dos que defendem que as normas materialmente constitucionais estão em um nível mais elevado que as formalmente constitucionais ou da existência de uma hierarquia axiológica, mas de atribuir-lhe, a depender do caso concreto uma limitação na aplicação de determinado bem em detrimento de outro, adequando-os à realidade e pugnando por sua maior eficácia e amplitude. Neste aspecto reside a ponderação de interesses na Constituição.

⁴ BULOS, Uaidi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113-4.

Há alguns princípios específicos do Direito Constitucional que norteiam a interpretação de suas normas, que são citados comumente pela doutrina.

O princípio da supremacia constitucional dispõe que o ordenamento jurídico possui um escalonamento normativo, encontrando-se em seu ápice a Constituição Federal, cujas regras são dotadas de suprallegalidade, ou seja, eficácia superior às demais normas. Daí decorre a sua supremacia, cabendo as demais espécies normativas obedecê-la formal e materialmente sob pena de sujeição ao controle de constitucionalidade.

O princípio da imperatividade da norma constitucional atribui caráter imperativo, por se tratar de norma de ordem pública, emanada da vontade popular.

Pelo princípio da unidade da constituição, entende-se que as normas constitucionais compõem um só bloco, uma unidade, impondo uma interpretação conciliatória entre todos os dispositivos que a constitui, harmonizando as diversas idéias expostas, de modo a evitar contradições entre as normas jurídicas. É impossível a coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante formando o mesmo sistema jurídico, pelo que se determina a sistematização dos diversos elementos postos.

O efeito integrador é o princípio que determina ao intérprete o dever de dar prevalência aos critérios que ofereçam uma maior integração política e social da norma, fugindo das interpretações autoritárias e reducionistas, tornando efetivos os seus princípios políticos fundamentais.

Com a máxima efetividade ou eficiência, atribui-se ao aplicador da norma o poder de conferir a esta a mais ampla extensão possível, assegurando-lhe uma maior eficácia, aplicabilidade e permanência. É um princípio vislumbrado na idéia de otimização dos preceitos inseridos no texto constitucional, tendo em vista que tais normas têm sempre eficácia jurídica.

O legislador constituinte originário estabeleceu na Constituição um esquema de divisão de funções e atribuições, que não pode ser contrariado quando do exercício interpretativo, caracterizando-se o princípio da conformidade funcional ou da justeza. Por conseguinte, é proibido chegar a um resultado

interpretativo que contrarie o sistema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

O princípio da concordância prática ou da harmonização determina a restrição dos bens jurídicos em conflito a fim de harmonizá-los e garantir a preservação dos mesmos, evitando sacrificar totalmente um bem em detrimento de outro. Esse princípio está intrinsecamente ligado com o Princípio da Proporcionalidade, também considerado um princípio constitucional interpretativo.

Por fim, há o princípio da presunção da constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Trata-se de uma presunção relativa de que as leis e atos normativos editados pelo Poder Público gozam de constitucionalidade, ou seja, estão formal e materialmente conforme os preceitos constitucionais até que se prove o contrário. A atividade desenvolvida pelos Três Poderes deve ser pautada em conformidade com a Constituição, agindo na realização do bem comum.

Em virtude desta presunção, exige-se da função hermenêutica que seja concedida às normas um significado em conformidade com a Constituição Federal, evitando-se sua retirada do ordenamento jurídico. É o que os doutrinadores chamam de interpretação conforme a Constituição, sempre possível quando a norma impugnada admitir mais de uma interpretação, sendo uma delas compatível com a Constituição.

4. Teoria da Proporcionalidade

4.1 Evolução histórica

A idéia de proporcionalidade já se encontrava na Antiguidade, onde o direito era concebido como algo que deveria ser útil aos indivíduos. Em Roma, o direito também era justificado pela sua utilidade, que fundamentava a intervenção estatal no patrimônio do particular.

Surge da passagem do Estado de Polícia, onde o monarca exercia um poder absoluto e sem limites, seja quanto aos meios empregados ou aos fins, para o Estado de Direito, em que o poder

passa a ser exercido de forma moderada, sofrendo o controle por parte de outros órgãos, geralmente o Judiciário.⁵

Convém, antes de entrar na origem histórica do princípio da proporcionalidade, tecer algumas considerações ao princípio da razoabilidade, que o antecedeu.

O princípio da razoabilidade originou-se da primeira Constituição do mundo, a Constituição Norte-Americana, a partir da cláusula do devido processo legal, que se tornou importante fonte jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos. Como sintetiza Luís Roberto Barroso

de fato, sua matriz remonta a cláusula *land of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração no texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana.⁶

O princípio do devido processo legal é marcado por duas fases que não se excluem e convivem até os dias atuais: uma de caráter meramente processual (*procedural due process*), consistindo numa garantia voltada a regularidade do processo, incidindo sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, e outra com a concepção substantiva (*substantive due process*), que se tornou um importante instrumento de defesa do cidadão contra o arbítrio estatal, abrindo amplo espaço para o exame de mérito dos atos do Poder Público.

O cunho substantivo da cláusula do devido processo legal passou, no fim do século XIX, por uma fase inicial de ascensão e consolidação, seguindo de seu abandono até o final da década de 30 e, erguendo-se e se delineando como concebida atualmente a partir da década de 50.

A corte norte-americana se deparou a primeira vez com a questão no caso *Calder v. Bull* (1798), marcando a “Era Calder”, onde se decidiu sobre o dever do Judiciário de garantir que o governo não

⁵ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 135.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198.

atacaria os direitos naturais do indivíduo através da legislação. Prevaleceu o entendimento de que o Judiciário não poderia prevalecer sobre a legislação, afirmando-se a independência e autonomia dos poderes.

Em 1905, com o caso *Lochner v. New York*, origina-se a “Era *Lochner*”, dando ênfase ao devido processo legal e marcando uma fase de extrema interferência do Poder Judiciário no âmbito do Poder Legislativo, atingindo as deliberações de mérito.

A essa era, seguiu-se a “Era *Nebbia*”, decorrente do caso *Nebbia v. New York* (1934), que se caracterizou pelo fortalecimento do Poder Legislativo e pela limitação em relação ao controle judicial.

Com a fluência natural da história, o princípio da razoabilidade se desenvolveu, ganhando contornos mais definidos com o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, surgido na França, após a Revolução Francesa, sob a forma de controle judicial dos atos administrativos, não chegando a atingir, em virtude de barreiras encontradas na própria Constituição Francesa, os atos do Legislativo, atendo-se, principalmente, ao controle judicial do poder de polícia.

A doutrina francesa do controle dos atos administrativos, logo influenciou países vizinhos. Foi nos Tribunais da Alemanha, na segunda metade do século XX, que o princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*), aplicado em caráter excepcional visando propiciar o equilíbrio entre bens jurídicos protegidos, foi aprofundado e reconhecido com instrumento de extrema relevância para a comunidade jurídica, ganhando o status de um princípio constitucional.

Nos fins do século XVIII, encontra-se a origem do princípio da proporcionalidade como limitações administrativas da liberdade individual, relacionado ao direito de polícia e a jurisdição administrativa, quando impôs ao Estado somente interferir na esfera das liberdades individuais dos cidadãos, na medida em que essa interferência fosse necessária e exigível para o bem da coletividade.

Em 1913, a obra de Jellinek sobre a aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, trouxe a possibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade às demais funções estatais, quando

ressaltou que a lei não distingue o poder discricionário da polícia do poder dos demais órgãos da administração.

Somente a partir da Segunda Guerra Mundial, é que o princípio da proporcionalidade se difundiu por toda a Alemanha, época do advento da Lei Fundamental, passando a ter grande aplicação no campo do direito constitucional e não apenas ao direito administrativo.

A decisão que evidenciou tal aplicação é datada de 16 de março de 1971, relacionada à armazenagem de petróleo, ao falar em adequação e exigibilidade do meio utilizado pelo legislador para alcançar o fim almejado, devendo se valer daquele que menos limitasse os direitos fundamentais.

Duas contribuições da doutrina alemã solidificaram a Teoria da Proporcionalidade e auxiliaram sua expansão, publicadas nas décadas de 50 e 60. A primeira delas, de 1955, é a tese universitária *O Princípio da Proporcionalidade* publicada em Hamburgo por R. Von Krauss; a segunda obra, intitulada de *Excesso e Direito Constitucional*, a Vinculação do Legislador aos Princípios da proporcionalidade e da Necessidade, publicada em Colônia, no ano de 1961, de autoria de Peter Lerche.

Desta forma, embora o princípio da proporcionalidade não tenha sido previsto expressamente na Constituição de Bonn de 1949, a Alemanha foi, sem dúvida, o país que corroborou para a sua elevação de princípio constitucional, servindo como garantia contra os abusos causados pela ação estatal; conseqüentemente, atingiu a Corte de Justiça Européia que, em nova posição, afirmou o princípio da proporcionalidade como princípio do direito comunitário.

4.2 O princípio da proporcionalidade no Brasil

Na doutrina brasileira, o princípio da proporcionalidade teve seu início através de um exame desenvolvido por San Tiago Dantas, em 1953, quando abriu a possibilidade do Poder Judiciário, sustentado no devido processo legal, fazer um exame do mérito das disposições legislativas.

O primeiro precedente pretoriano no Brasil foi em 1953, onde um acórdão do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Orozimbo Nonato, trouxe limites ao poder de taxar que não

poderia ir muito além para não se tornar em um poder de destruir, valendo-se do princípio da proporcionalidade como critério de aferição da constitucionalidade das leis, embora não tenha sido mencionado de forma expressa.

Na pauta dos Constituintes de 1988, o princípio da razoabilidade chegou a constar, na parte da Administração Pública, como requisito de legitimidade dos atos administrativos, mas teve sua redação excluída quando da aprovação do texto final.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade teve também sua inserção no direito administrativo, traçando limites ao poder de polícia ao estabelecer que o Poder Público, no exercício de suas atribuições, valer-se-á dos meios necessários e proporcionais ao fim almejado – o interesse público, difundindo-se, posteriormente, nos vários ramos do direito, sendo considerado como importante instrumento na aplicação justa da norma..

No âmbito do presente estudo, o princípio da proporcionalidade se coloca como importante instrumento na instrução probatória, atenuando a rigidez da vedação constitucional acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas quando, no caso concreto, diante da ocorrência de aparente conflito entre bens jurídicos, impõe-se a escolha daquele de maior relevância.

4.3 O status constitucional do princípio da proporcionalidade

No contexto jurídico atual, os princípios estão assumindo fundamental importância, usados como subsídio à interpretação e à integração do direito. É inegável o seu caráter normativo, sendo o princípio espécie, juntamente com as regras, do gênero norma, possuindo eficácia jurídica e poder vinculativo ao administrador, ao legislador e ao julgador.

O princípio da proporcionalidade não é um princípio expresso do texto constitucional, fato este que não impede a sua observância e aplicabilidade pelo operador do direito, pois tal princípio existe como norma esparsa no texto constitucional, adquirindo, desta forma, status constitucional.

Diferentemente deste, analisando-se especificamente o princípio da razoabilidade, este é extraído diretamente da cláusula do devido processo legal inserida no art. 5º, LIV da Constituição Federal,

configurando-se expressamente o princípio da razoabilidade para os norte-americanos.

O princípio em questão encontra-se amparado na idéia de justiça, tão aclamada e perseguida, entendendo-se que aquilo que não é razoável é injusto e contrário ao direito, levando a lei desproporcional a sujeição do controle pelo Poder Judiciário.

O eminente doutrinador Paulo Bonavides nos traz a seguinte lição:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima toda a sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência imposterável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.⁷

Desta forma, como princípios gerais de direito, seja implícito (princípio da proporcionalidade) ou expresso (princípio da razoabilidade), é imperativa a sua observância como norma cogente, apto a limitar os poderes do Estado na sua intromissão nas liberdades individuais e acautelar o cidadão de seus direitos.

4.4 Conceito e importância

Inicialmente, convém esclarecer, fundado no fato de serem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade congêneres e fungíveis, possuindo igual finalidade, no presente trabalho, tomarei as expressões como equivalentes, valendo-me apenas da denominação princípio da proporcionalidade, para evitar confusões acerca da nomenclatura empregada.

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também chamada de teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, é uma construção da doutrina e jurisprudência, que têm

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 396.

procurado consolidá-lo como regra fundamental ao Estado de Direito, apta a proteger os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

O princípio da proporcionalidade é utilizado como parâmetro para limitar o exercício do poder estatal, autorizando ao Judiciário ingressar nas esferas do Legislativo e do Executivo, bem como limitar o poder do indivíduo, relativizando as liberdades públicas em função do aspecto social do direito.

Como brilhantemente explica Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para se aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.⁸

Consiste em valorar os bens jurídicos postos para verificar se o fim visado justifica o sacrifício de um em detrimento do outro, sendo, pois, o meio adequado e necessário para a consecução de tal objetivo, não havendo a possibilidade de escolher um meio menos gravoso.

Confere ao Judiciário o poder, diante do caso concreto, de retirar a eficácia de medidas desproporcionais e injustas, sendo de extrema importância na aferição da constitucionalidade de algumas leis e no controle judicial dos atos administrativos.

4.5 Elementos do princípio da proporcionalidade

A razoabilidade deve ser aferida de forma interna e externa. Internamente, dirige-se à lei, presente uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. No aspecto externo, verifica-se se a norma é adequada aos meios e fins admitidos pelo texto constitucional, pois se for contrária, ainda que seja

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 204-5.

internamente, não será legítima nem razoável em face da Constituição Federal⁹.

O princípio da proporcionalidade, no desenvolvimento da doutrina alemão, foi dividido em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação ou idoneidade preconiza que a medida adotada pelo Poder Público deve ser apta a atingir o fim visado. Verifica-se, primeiramente, qual foi o objetivo almejado pelo legislador quando da elaboração da norma para, posteriormente, analisar se esta se presta, ao menos em tese, para a consecução dos fins que a inspira. Com isso, verifica-se se a medida é pertinente, idônea e apta para alcançar ou auxiliar na consecução do objetivo pretendido, apenas sendo anulada a lei que for considerada inequivocamente inidônea.

O subprincípio da necessidade ou menor restrição possível impõe a adoção, pelo Poder Público, da medida menos gravosa para atingir determinado objetivo, ou seja, dentre as escolhas que poderiam ser feitas, de igual eficácia, deve-se eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão. O princípio da necessidade também é chamado de princípio da escolha do meio mais suave, considerando uma lei constitucional quando se puder constatar, de forma incontestada que a medida tomada era, em dado instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição, o instrumento mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.

Já a proporcionalidade em sentido estrito ou exigibilidade do sacrifício frente ao benefício em vista envolve a observância dos interesses em conflito, sacrificando-se o bem jurídico de menor relevância conforme parâmetro valorativo que lhes foram atribuídos pela sociedade, fazendo-se uma análise do binômio custo-benefício. Ocorrerá, portanto, a inconstitucionalidade da norma quando se pender para o lado dos bens restringidos em face da nítida prevalência dos interesses tutelados.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Cit., 1996, p.217.

5. A teoria da proporcionalidade na ponderação dos conflitos entre princípios

Na procura por determinar a vontade da norma, o intérprete desenvolve mecanismos que o auxiliam nessa relevante função. Importante afirmar que nenhum método é infalível ou há predominância de um sobre o outro. Na verdade, todos os métodos interpretativos devem ser empregados conjuntamente, conforme as necessidades do aplicador e as peculiaridades do caso concreto.

É como instrumento interpretativo que o princípio da proporcionalidade tem sua mais proveitosa aplicação, servindo de ponto de equilíbrio para solucionar questões em que se encontram presentes bens jurídicos fundamentais, sendo necessário o sacrifício de um em detrimento de outro, solucionando o caso concreto de forma justa.

O operador do direito, diante de um caso concreto em que se apresente o conflito aparente entre bens jurídicos tutelados pelo direito, irá verificar se os meios utilizados foram os estritamente necessários para a consecução dos fins, corrigindo possíveis distorções a que a rigidez das normas poderia ocasionar.

Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, a fim de que cada um deles apenas sofra a limitação indispensável à manutenção dos demais.

Urge frisar que o princípio da proporcionalidade tem, em regra, plena aplicabilidade na colisão de conflitos com redução unilateral e bilateral, tendo em vista que o método de colisão excludente, por tolher o exercício de um direito fundamental em detrimento da plena efetividade de um outro igualmente protegido, apenas deve ser usado de forma excepcional.

6. Conclusão

A Constituição de um País é considerada o estatuto jurídico fundamental de seu povo, consagrando conquistas alcançadas pela sociedade no decurso de sua história. Por conta da pluralidade ideológica que a inspira, não raro haver situações onde estarão em confronto dois ou mais princípios protetores de bens jurídicos diversos.

Os métodos clássicos de resolução das antinomias entre regras jurídicas não conseguem solucionar os conflitos advindos de dois ou mais valores constitucionalmente válidos, já que a solução de conflitos entre princípios constitucionais circunscreve-se a idéia de pesar os bens em choque.

Faz-se, pois, necessário ao intérprete valer-se de um mecanismo de harmonização, no qual quando da aplicação da norma jurídica, sejam comparados os interesses e os bens jurídicos em questão, para que o princípio de maior relevância prevaleça em detrimento de um outro de menor importância, de acordo com o grau de interesse que a sociedade lhes atribuiu, caracterizando-se o princípio da proporcionalidade o meio que melhor promove a unidade do texto constitucional.

Em verdade, independente do método de que se valha o intérprete, nenhuma norma prescinde de interpretação, não sendo verdade a assertiva de que apenas as normas obscuras ou defeituosas carecem serem interpretadas.

É sabido, também, que o direito não é estático, é bem mais do que um conjunto de regras emanadas de uma autoridade. Muito pelo contrário, as normas jurídicas são tão mutantes quanto à realidade social na qual estão inseridas, e com esta são cotidianamente alteradas, a atividade do intérprete é incessante.

Destarte, não basta fazer concessões às regras, violando uma norma para possibilitar a aplicação de outro. Mais do que isso, deve-se estabelecer, diante do caso concreto, a limitação do âmbito de aplicação de uma em face da total efetividade de outra.

Ademais, a realização da justiça não se faz apenas com a obediência aos princípios e regras presentes em nosso ordenamento jurídico, mas, principalmente, com a capacidade de se conseguir, ao aplicar o direito ao caso concreto, diferenciar o que é proporcional daquilo tido como desproporcional.

CONFERÊNCIAS E SEMINÁRIOS

A VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA NOVOS INVESTIMENTOS NO SETOR ENERGÉTICO ^(*)

Alberto Fonseca

Promotor de Justiça. Coordenador das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente do Rio São Francisco em Alagoas (CIP – São Francisco) e membro do Núcleo de Defesa do Meio Ambiente do 1º Centro de Apoio Operacional do Ministério Público de Alagoas, para o módulo II – Regulatório – Aspectos Jurídicos, Ambientais e mercadológicos.

A infra-estrutura de energia elétrica do Brasil é hoje um quadro complexo caracterizado principalmente por escassez na oferta e baixa confiabilidade do sistema interligado, que vem operando abaixo dos limites de segurança, sobretudo nos chamados horários de pico.

A situação de escassez tem origens no início da década de oitenta quando o investimento em geração hidráulica das concessionárias estatais sofreu redução. A privatização decorrente da nova regulamentação do setor elétrico ainda não produziu os resultados esperados no aumento da oferta interna de energia.

O Governo Federal adotou uma série de medidas de emergência, entre elas o mencionado Programa Prioritário de Termelétricas e a importação de energia de países vizinhos no montante de US\$ 700 milhões por ano e estímulo aos programas de congregação e conservação.

No quadro delineado, a introdução das variáveis preço do petróleo e risco cambial na composição dos custos de geração tem pressionado as tarifas de energia elétrica que tem subido muito.

Empresas de grande porte, principalmente as intensivas em energia, adotaram a produção independente ou a autoprodução como mecanismo de defesa da rentabilidade interna. As demais, sobretudo as micro e pequenas empresas, estarão submetidas a tarifas crescentes

^(*) Exposição proferida no *IV Seminário Internacional de Energia no Brasil*: Competitividade, produtos e tecnologias. Maceió, 1º de setembro de 2003.

que onerarão seus custos de produção (comprometendo a lucratividade) e reduzirão a competitividade das que exportam.

Vale observar que os grandes consumidores de energia pagam tarifas bem menores que os consumidores de menor escala.

O Uso da energia elétrica gera o crescimento da sociedade e aliado ao desenvolvimento tecnológico dos artigos de consumo por ela usada, possibilita a agregação de valor da energia, no caso da zona rural, os produtos agrícolas e em zonas urbanas indústrias, comércio, prestação de serviços, etc. Em ambos, eleva a receita e gera emprego, acarretando grandes quantidades de resíduos industriais e domésticos como: lixo, esgotos industriais, esgotos domésticos e agrotóxicos que contaminam o solo, os recursos hídricos, o ar e em especial os seres vivos. Por outro lado, o desenvolvimento e o crescimento acelerado requer também novas gerações de centrais elétricas, como, no caso do Brasil, a maior parte dos recursos hidráulicos de grande porte foram usados e, portanto, todo o incremento na geração de energia ocorrerá mediante a instalação de novas centrais termelétricas, pequenas centrais hidrelétricas tipos pequenas, micro e mini centrais hidrelétricas, termelétricas a gás natural ou a óleo diesel, e por fim, as energias alternativas como: eólica, solar e biomassa.

Em verdade, não se pode falar em produção de energia limpa. O que existe são fontes menos ou mais ambientalmente impactantes. Até mesmo as fontes de energia renováveis, consideradas limpas, causam impactos ambientais em alguma fase de sua produção. Isso ocorre durante a fase de produção dos equipamentos de transformação e depois durante a deposição, para eólica e solar, e durante a construção das barragens e enchimentos dos reservatórios, para hidráulica.

A utilização racional de energia elétrica é fundamental para garantir um crescimento sustentado, principalmente neste momento de crise energética que vive o país.

Os programas de usos racional de energia elétrica apresentam atratividade ainda, se for considerado que a necessidade de investimento em cada KW destes programas requer grandes aportes de capital necessários para se implementar um KW desde a usina geradora, passando pelos sistemas de transmissão e distribuição a ser disponibilizado na unidade consumidora. Portanto a

racionalização no uso de energia, evitando desperdício, pode criar perspectiva de compensar as taxas de crescimento da demanda de energia elétrica a curto, médio e longo prazo, postergando a necessidade de investir nas atividades geração, transmissão e distribuição de eletricidade, para o incremento do parque gerador de energia, obtendo assim uma redução na alocação de recursos externos. Desta forma, é necessário que todos os setores da economia se conscientizem da atual situação e passem a utilizar a energia de forma mais racional, através de providências técnicas e mudanças no uso de consumo e desta forma gerando um consumo menor.

O uso racional da energia também é importante porque o maior suprimento de energia no Brasil é predominantemente hidráulica, com isso o insumo principal é a água, e para isso é necessário grandes armazenamentos dessa matéria prima, conseqüentemente, grandes áreas são alagadas para esse fim, muitas das vezes com conseqüências danosas para o meio ambiente, fazendo com que cidades e povoados sejam alocados para formação do reservatório, degradando também todo o ecossistema local. Em suma, o uso racional de energia reduz despesa, assegura conforto, preserva o meio ambiente e melhora a qualidade de vida.

No Brasil a oferta de energia elétrica é respondida em 95% através da hidroeletricidade. Já foram construídas grandes usinas hidrelétricas de grande porte como Tucuruí, Paulo Afonso I,II,III e IV, Itaparica, Itaipú, Xingó, etc. O que resta ao país em potencial hídrico de grande porte é o potencial amazônico, entretanto tornou-se inviável, devido aos diversos fatores como as pequenas diferenças de níveis que induzem a construção de longos trechos de diques, região de difícil acesso, localização distante dos grande pólos industriais e o mais importante o grande impacto ambiental que iria causar a degradação da fauna e flora.

Neste século, a tendência nacional para combater o crescimento da demanda de energia elétrica e que não impacte o meio ambiente, será através das fontes alternativas renováveis que contribuirá bastante para o complemento do balanço elétrico nacional, uma vez que gerará um aumento da oferta de energia. Se no Brasil houver uma consciência geral do uso racional de energia, poderemos vislumbrar uma possível melhoria ao meio ambiente. Entretanto, para

que isso aconteça, é necessário, como já foi citado, que as fontes alternativas sejam, as renováveis, em especial às da biomassa, eólica, solar e a construção de usinas hidrelétricas de baixa potência em pequenos cursos d'água que impactam bem menos o meio ambiente.

A crescente preocupação com o esgotamento da base de recursos naturais e com os impactos ambientais da sua utilização aponta para a necessidade de redirecionar o crescimento econômico de forma a não comprometer o bem-estar das gerações futuras. Por outro lado, é consensual a importância da cadeia de suprimentos energéticos, fontes de poluentes, para o desenvolvimento econômico e social de qualquer sociedade. Sendo assim, é fundamental que a promoção do desenvolvimento do setor energético ocorra dentro de parâmetros que garantam a preservação da qualidade do meio ambiente e o abastecimento energético, em condições adequadas, para as presentes e futuras gerações.

A política energética brasileira caracterizou-se no passado por orientar-se para atender a dois principais objetivos: garantir o atendimento das necessidades do parque produtivo nacional, com a progressiva melhoria da qualidade dos serviços e preços relativamente baixos, e reduzir a dependência externa de petróleo. As empresas estatais foram instrumentos centrais dessa política, atuando em regime de monopólio com o significativo suporte do Estado para seus investimentos. Como resultado dessa política o setor energético mostrou-se capaz de atender à demanda crescente de energia e ampliar a parcela da população brasileira com acesso às fontes modernas de energia, ainda que não tenha sido capaz de alcançar a sua universalização.

Esse quadro agregado, no entanto, esconde profundas diferenças regionais, ainda que estas venham sendo gradativamente reduzidas. Assim, enquanto a macroregião industrializada (formada pelas Regiões Sudeste, Centro-Oeste e Sul) dispõe de um sistema energético relativamente maduro, com grande participação das fontes modernas na matriz energética e com níveis de consumo relativamente elevado, a macroregião em processos de industrialização (formada pelas regiões Norte e Nordeste) caracteriza-se pelas fontes energéticas tradicionais, principalmente a lenha, na sua matriz energética e por um nível de consumo de energia bastante

baixo. A convergência desses dois sistemas é um dos principais desafios da política energética brasileira.

Do ponto de vista social, ainda que o sistema energético não possa equacionar por si só os problemas e as mazelas vividos pela enorme fração da população pobre do país, seu papel é muito relevante. O suprimento energético é essencial para que os demais serviços essenciais tais como abastecimento de água potável, saneamento básico, equipamentos hospitalares e educacionais, tornem-se disponíveis para as populações carentes. Portanto, a universalização do acesso, e a eventual concessão de subsídios às populações carentes, são elementos essenciais de qualquer política orientada para o desenvolvimento sustentável. O acesso às fontes modernas de energia, especialmente as Mini e Micro Centrais Hidrelétricas, é essencial para que seja dada a oportunidade de acesso a cidadania para os milhões de pobres no Brasil.

Do ponto de vista ambiental, apesar de no passado ter sido dada pouca atenção à degradação ambiental decorrente da produção e do uso de fontes de energia, o sistema energético brasileiro caracteriza-se por produzir impactos ambientais relativamente limitados. Essa situação decorre do fato de a maior parcela do balanço energético ser composta de fontes renováveis, principalmente a hidroeletricidade e o álcool de cana-de-açúcar, tendência que foi reforçada pela política de redução da dependência de petróleo no período que se seguiu à crise do petróleo.

As plantas das Mini e Micro Centrais hidrelétricas detêm duas vantagens em relação às plantas térmicas: não degradam a base de recursos fósseis e sua transformação é limpa, do ponto de vista da emissão de gases. No entanto, a construção de plantas térmicas pode produzir danos ambientais consideráveis, caso não seja adequadamente planejada. Por outro lado, a utilização do álcool como combustível automotivo evita o consumo de combustíveis fósseis, minorando as emissões de CO₂ e evitando a concentração de gases indutores do efeito estufa na atmosfera.

Os desafios do desenvolvimento sustentado do sistema energético brasileiro não se resumem, entretanto, à questão do financiamento da expansão. Assim, apesar de o Brasil apresentar um vasto potencial, não encontra condições regulamentadoras e

econômicas favoráveis. Uma política adequada para a exploração da biomassa com fins energéticos e as Mini e Micro Centrais Hidrelétricas devem ser aspectos importantes do desenvolvimento energético sustentado.

APREENSÃO DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO¹ **– QUESTÕES POLÊMICAS –**

George Sarmento

Promotor de Justiça, Professor de Direito Constitucional (UFAL),
Doutor em Direito Público (UFPE)

1. Ameaça que vem das estradas

O combate à sonegação fiscal se impõe como uma das prioridades do Estado de Direito. A sociedade brasileira não pode mais tolerar a impunidade das pessoas e empresas que insistem em burlar a legislação tributária, beneficiando-se de uma complexa rede de corrupção, que envolve suborno de funcionários públicos, tráfico de influência, clientelismo, lavagem de dinheiro e outras formas de criminalidade financeira. O desmantelamento das organizações criminosas é o maior desafio das instituições democráticas.

Nos últimos anos, o Estado de Alagoas tem sofrido gigantescos prejuízos decorrentes da sonegação do ICMS. Segundo a Secretaria da Fazenda, o Erário deixou de recolher do setor sucroalcooleiro cerca de 300 milhões de reais em razão de liminares que impediram o acesso dos fiscais de tributos a livros, notas fiscais e documentos dos contribuintes investigados². As perdas aumentam com as freqüentes liberações judiciais de mercadorias apreendidas na malha rodoviária que corta o Estado de Alagoas. Tais problemas subtraem do erário importantes recursos financeiros, que poderiam ser destinados à execução de políticas públicas essenciais à melhoria da qualidade de vida da população.

A capacidade arrecadatória do Estado de Alagoas está bastante combalida. De tal forma que a inadimplência tributária chega a ser estimulada em vários setores do empresariado. Deixar de pagar

¹ Conferência proferida no Forum de Mercadoria em Trânsito, organizado pela Secretaria Executiva da Fazenda de Alagoas, em 11 de novembro de 2003.

² Secretaria de Estado da Fazenda/AL. Ofício COMFIEI 1.992/2002, de 5 de novembro de 2002.

impostos tem se mostrado um bom negócio para empresários inescrupulosos. As execuções fiscais tramitam a passos de tartaruga. A maioria delas sem nenhum resultado prático. Os expedientes para postergar o andamento dos processos impedem o recebimento dos tributos em atraso e aumenta o calote aos cofres públicos. Mudança de endereço, dissolução da empresa, desaparecimento dos sócios e a famigerada exceção de pré-executividade são alguns entraves que contribuem para a morosidade das ações judiciais.

Além disso, os sonegadores aproveitam-se da fragilidade dos autos de infração e termos de apreensão para impetrarem mandados de segurança visando a não recolher os tributos ou liberar mercadorias irregulares retidas nos postos fiscais. Os argumentos são sempre os mesmos: violação a direitos fundamentais, nulidade do ato administrativo, abuso de poder ou desrespeito à legislação tributária. Não raro conseguem procrastinar ou eximir-se do pagamento do ICMS, provocando imensos prejuízos ao patrimônio público.

É possível resolver tais problemas com eficiência? A resposta é sim. Mas não é fácil. Sobre tudo diante das dificuldades enfrentadas pelas autoridades fazendárias no plano administrativo e judicial. Minha intervenção neste seminário tem o objetivo de discutir algumas questões que impedem o livre exercício da fiscalização de mercadorias em trânsito e suas implicações na escalada da sonegação fiscal. Em seguida apresentar algumas propostas para aperfeiçoar o sistema de apreensão de cargas irregulares nos postos fiscais. As idéias que aqui serão desenvolvidas têm como base as seguintes proposições:

- 1) O bom funcionamento do sistema de fiscalização de mercadorias em trânsito é um dos requisitos mais importantes para o aumento da arrecadação tributária.
- 2) As liminares que determinam a liberação de mercadorias apreendidas nos postos fiscais têm natureza satisfativa. Isto é, criam um fato consumado irreparável ou de difícil reparação para os cofres públicos.
- 3) Assim como qualquer ato administrativo, os termos de apreensão de mercadorias devem ser motivados. É preciso que fique claro que a apreensão não tem o objetivo de cobrar impostos, mas retirar de circulação mercadorias em situação irregular, com fortes indícios de sonegação fiscal.

- 4) A interpretação da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal tem sido distorcida para justificar a liberação indiscriminada de mercadorias em trânsito.
- 5) O combate à sonegação fiscal só será eficiente com a atuação conjunta das autoridades fazendárias, Ministério Público, Procuradoria-Geral do Estado e Polícia Judiciária.

Todos os dias, milhões de reais em mercadorias circulam pelas rodovias brasileiras em veículos de carga. São produtos dos mais variados gêneros: combustíveis, bebidas, veículos automotores, alimentos, animais, eletrodomésticos, substâncias químicas, materiais de construção, etc. Cabe aos fiscais estaduais a difícil missão de combater as fraudes tributárias arquitetadas por empresários desonestos, que se recusam recolher o ICMS na forma e no valor estabelecidos pela legislação vigente.

Nos postos fiscais, as autoridades se deparam com as mais diversas formas de sonegação do ICMS: subfaturamento, mercadorias desacompanhadas das notas fiscais, falsidade ideológica, notas fiscais fantasmas ou irregulares, mercadorias entregues sem nota fiscal, desrespeito ao sistema de substituição tributária, falta de recolhimento da diferenças entre a alíquota interna e interestadual, etc.

Muitas vezes carregamentos irregulares são apreendidos nas rodovias, gerando uma corrida ao Judiciário para liberá-los através de mandados de segurança. O argumento é sempre o mesmo: as autoridades fazendárias incorreram em abuso de poder ao reter mercadorias com o objetivo de compelir as empresas a pagar impostos. Sustentam que tal procedimento fere direitos fundamentais do contribuinte como a propriedade privada, a liberdade de comércio e trabalho, o devido processo legal e a livre iniciativa.

Os Impetrantes pedem urgência na apreciação dos processos sob o pretexto de serem vítimas do arbítrio estatal e estarem sofrendo insuportáveis prejuízos provocados pela retenção dos carregamentos. Quase sempre se beneficiam de liminares satisfativas e *inaudita altera parte*. Isto é, decisões judiciais que determinam a imediata liberação das mercadorias antes mesmo de qualquer pronunciamento do Secretário da Fazenda. Na maioria dos casos, decreta-se a nulidade de todos os atos administrativos, inclusive a multa imposta pelos agentes fazendários.

Tudo isso gera um profundo desânimo nas autoridades responsáveis pela repressão à sonegação fiscal e diminui sensivelmente a arrecadação tributária estadual. Muitas empresas aproveitam-se da fragilidade estrutural da fiscalização para continuar praticando delitos tributários, na certeza de que sairão impunes ... E cada vez mais ricos !

A solução desse problema passa pela capacitação permanente dos fiscais que atuam em postos avançados da Secretaria da Fazenda e pela ação integrada dos órgãos envolvidos no combate à sonegação fiscal. A permanente capacitação dos agentes fiscais dar-lhes-á a preparação necessária para enfrentar os novos desafios decorrentes da criminalidade tributária, cada dia mais complexa e articulada. Já a criação de forças-tarefas permitirá o trabalho conjunto de diversas instituições estatais no combate à sonegação fiscal, com forte presença nas fronteiras e nas rodovias que cortam Alagoas. Além disso, envolverá ações de fiscalização das empresas suspeitas, serviços de inteligência, acompanhamento de inquéritos policiais, propositura de ações penais e execução de dívidas. Tudo isso com ampla divulgação na imprensa. Em pouco tempo os resultados começarão a aparecer. Os infratores pensarão duas vezes antes de arriscar-se pelas estradas alagoanas transportando mercadorias irregulares.

2. A escandalosa manipulação da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal

Os crimes tributários estão cada vez mais sofisticados. Os sonegadores são representados por grandes escritórios de advocacia, atentos a qualquer deslize formal ou material. Isso exige cuidado redobrado na lavratura de termos de apreensão e autos de infração. Por esse motivo, o aprimoramento da fiscalização de mercadorias em trânsito depende da permanente capacitação dos agentes fazendários, através de cursos de direito tributário, administrativo, constitucional, redação de textos jurídicos, ética profissional, etc.

A enxurrada de mandados de segurança contra as apreensões de mercadorias tem como base a Súmula 323 do STF, *in verbis*:

SÚMULA 323. – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Ao editá-la, o Supremo Tribunal Federal não aboliu a apreensão de mercadorias do sistema jurídico brasileiro. Ao contrário. Apenas considerou inconstitucionais as sanções políticas que impedem o exercício de atividade comercial lícita com o expresso fim de forçar o recolhimento de tributo ou multa. Mas nada impede o recolhimento de mercadorias provenientes de atividades criminosas como contrabando, sonegação fiscal, roubo, latrocínio, estelionato e falsidade.

Em momento algum a Súmula 323 proíbe a apreensão de mercadorias. Seu objetivo é evitar que tal procedimento seja desvirtuado pelos agentes fazendários sequiosos em condicionar a liberação ao pagamento de tributos. Mas não é um cheque em branco para que comerciantes transitem livremente nas estradas brasileiras com mercadorias em situação irregular. Problemas como inexistência de documentação fiscal, notas fiscais com indícios de falsidade ideológica, suspeita de contrabando ou descaminho, impossibilidade de identificação do contribuinte responsável, etc., justificam plenamente a apreensão da mercadoria até que sejam prestados os esclarecimentos necessários, instaurado o inquérito policial ou lavrado o auto de infração.

Portanto, não é um instrumento coercitivo de cobrança de tributos. Mas uma forma de estancar a circulação de mercadorias de origem suspeita, com fortes indícios de prática criminosa. Afirmar o contrário é uma prova de má-fé e desonestidade intelectual.

O uso indevido da Súmula 323 chega a ser escandaloso. Seu conteúdo tem sido esvaziado impiedosamente. Ao invés de ser aplicada para a proteção da liberdade de comércio e do trabalho, tem sido invocada para legitimar a circulação de mercadorias suspeitas e a prática contumaz da sonegação fiscal. Toda e qualquer apreensão acaba sendo tratada como uma estratégia arbitrária das Secretarias da Fazenda para compelir os contribuintes ao pagamento do ICMS. Essa falácia precisa ser desmascarada.

A maioria dos tribunais brasileiros tem se esquivado de dar uma interpretação mais rigorosa da Súmula 323. O que se vê é uma

generalização absurda, que coloca todas as apreensões no mesmo nível sem analisar as particularidades de cada caso. A orientação do Supremo Tribunal Federal é sistematicamente distorcida por interpretações estapafúrdias, que contribuem para a escalada da impunidade e da sonegação fiscal.

Embora a Súmula 323 tenha sido editada há décadas, o tema continua atual e controvertido. Daí a necessidade de aprofundar o debate sobre o seu alcance hermenêutico na prevenção e repressão aos delitos fiscais. Por isso, analisarei nas próximas seções os aspectos constitucionais mais polêmicos do tema.

3. Necessidade de fundamentação dos termos de apreensão e autos de infração

Ao longo de 10 anos de experiência na Promotoria da Fazenda Pública Estadual, tenho percebido que a maior fragilidade dos termos de apreensão e autos de infração é a ausência de decisão fundamentada. Na maioria das vezes é impossível saber-se com precisão as causas da atuação coercitiva das autoridades fazendárias.

Os formulários são obsoletos. O preenchimento, artesanal. Falta espaço para os fiscais relatarem as circunstâncias em que se deu a apreensão. Frases soltas são lançadas no documento, dando margem à propositura de mandados de segurança.

O modelo adotado pelo Estado de Alagoas é absolutamente inadequado para justificar o ato de retenção das mercadorias. É preenchido à mão, não há espaço para a descrição e motivação do ato construtivo, o que termina passando a impressão de desleixo dos fiscais.

Só para se ter uma idéia dessas fragilidades, cito dois exemplos. Um carregamento de álcool foi apreendido sob suspeita de tráfico ilícito de combustíveis. No termo de apreensão, a seguinte “justificativa”: *“mercadoria apreendida no Posto de São Joaquim”*. Nada mais. Era evidente que o juiz não podia adivinhar o que se passara durante a fiscalização. Resultado: liberou liminarmente a mercadoria. Em outra ocasião, uma grande quantidade de caixas de uísques foi apreendida sob a seguinte justificativa: *“falta de*

recolhimento do ICMS ST". Diante da ambigüidade e ausência de motivação, também foi concedida liminar liberatória³.

Acredito que essa deficiência só será sanada com a informatização dos termos de apreensão de mercadorias, assegurando aos fiscais espaço suficiente para que possam descrever as circunstâncias em que se deu o fato, a infração tributária cometida e as razões que lhe deram causa. Todos os atos administrativos devem ser motivados. Essa é uma imposição constitucional, seu fundamento de validade. Mais do que isso: uma forma de assegurar aos contribuintes o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório nos procedimentos tributários.

É preciso compreender que a apreensão e a aplicação de multa são medidas que também devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. No constitucionalismo brasileiro houve uma sensível evolução da garantia à motivação das decisões administrativas. No processo tributário, ela permite a análise da legalidade e justiça da atuação fiscal; possibilita ao contribuinte o direito de impugnar a decisão ou interpor recursos; assegura seu exame na esfera judicial e proporciona o exercício do devido processo legal.

4. Requisitos da apreensão de mercadorias em trânsito

Em quase todos tribunais brasileiros, também cristalizou-se a idéia de que toda apreensão de mercadorias objetiva compelir o contribuinte ao pagamento de tributos. Mais ainda: é uma sanção política sem base legal, na medida em que se exterioriza como meio coercitivo de arrecadação tributária. A consequência dessa visão apriorista é avassaladora. Termina sendo um estímulo para a sonegação fiscal, um passaporte para a circulação de mercadorias irregulares, um salvo conduto para a impunidade.

De fato, as sanções políticas são repudiadas pelo direito tributário. Apreensão de mercadorias, interdição de estabelecimento e outras formas de pressão ao contribuinte não podem substituir a execução fiscal, que é o instrumento processual indicado para a

³ Cf. Mandado de Segurança 2.029-3/98 e Mandado de Segurança 8.678-8/98, ambos em tramitação na 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Maceió.

cobrança de impostos em atraso⁴. Além da Súmula 323, o Supremo Tribunal Federal editou mais duas no mesmo sentido, *in verbis*:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de impostos.

Súmula 547: não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Insisto no ponto de que nem todas as apreensões de mercadorias em trânsito são sanções políticas. Sobretudo as que têm por finalidade evitar o tráfego dos carregamentos suspeitos de serem produto de ilícito penal ou de fraudes tributárias.

A apreensão é o ato através do qual as autoridades fazendárias impedem a circulação de mercadorias irregulares até que haja a identificação do contribuinte, o cálculo do tributo devido, a lavratura do auto de infração ou a regulamentação documental. Integra o poder de polícia dos fiscais de tributos. As mercadorias ficam sob a custódia da Secretaria da Fazenda ou de depositário até que sejam sanadas as irregularidades. Depois disso, deve ser liberada.

É, portanto, medida excepcional que assegura a atuação fiscalizatória dos agentes fazendários. Deve durar apenas o tempo suficiente para a tomada das seguintes providências:

- a) identificação do sujeito passivo da obrigação tributária;
- b) arrolamento e avaliação das mercadorias transportadas;

⁴ ICMS – APREENSÃO DE MERCADORIA – CONSTRUÇÃO CIVIL – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – A Fazenda Pública só poderá cobrar seus créditos através de execução fiscal e na forma da Lei nº 6.830/80, não tendo a autoridade administrativa autorização para apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas – Súmula nº 323 do STF – Tratando-se de execução, por administração, empreitada ou subempreitada de construção civil, quando da aquisição de mercadorias produzidas por terceiros, para sua utilização nas construções civis, é devido apenas o ISS, sendo indevidos a incidência de ICMS e o diferencial de alíquotas internas e interestaduais. Recurso provido. (STJ – RO-MS 10.678 – PB – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 27.09.1999 – p. 46) (RET 10/98)

- c) materialização da infração tributária;
- d) expedição de guia para o recolhimento do imposto;
- e) lavratura do auto de infração.

A retenção nos postos fiscais só se justifica quando as mercadorias forem produto de contrabando, descaminho, latrocínio, roubo, tráfico de entorpecentes, adulteração de combustíveis, etc. Nesse caso, os fiscais devem acionar a polícia judiciária para a prisão em flagrante delito e a instauração de inquérito policial. O carregamento servirá como prova material do crime, podendo ser expropriado ou destruído por decisão judicial.

Fora disso, a apreensão continuará sendo uma medida essencial à análise da legalidade da carga, permitindo ao fisco adotar as medidas administrativas cabíveis. A Secretaria da Fazenda deve liberar o carregamento logo após a materialização do ilícito tributário. É o que tem decidido o Tribunal de Justiça do Paraná:

REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTO PARA SUA LIBERAÇÃO – ATO ILEGAL – 1. A autoridade fiscal pode apreender a mercadoria que circula irregularmente, todavia após a identificação do infrator, da infração e da quantidade, espécie e valor do bem, deve ocorrer a liberação. **2.** Inexiste norma legal que condicione a liberação da mercadoria ao pagamento dos tributos incidentes. Sentença mantida em grau de reexame necessário. (TJPR – RN 0096079-6 – (6135) – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Conv. Rosene Arao de Cristo Pereira – DJPR 05.03.2001).

MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – APREENSÃO DE VEÍCULO E MERCADORIAS PELO FISCO ESTADUAL – NOTAS FISCAIS EMITIDAS IRREGULARMENTE – PROVIDÊNCIA ADMITIDA, TÃO-SOMENTE, PARA SERVIR À COLETA DE DADOS À CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO FISCAL – RETENÇÃO ALÉM DO TEMPO NECESSÁRIO – ATO ILEGAL DO AGENTE PÚBLICO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 323 DO STF – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA – Nossa legislação permite a apreensão das mercadorias, irregularmente

transportadas, mas de forma restritiva, durante o tempo necessário à formalização dos autos de infrações e para a identificação dos sujeitos passivos, nada justificando a demora na restituição das coisas apreendidas depois de assegurada a prova material da falta fiscal e dos seus autores. (TJPR – RN 0098784-0 – (19122) – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Conv. Airvaldo Stela Alves – DJPR 12.02.2001).

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSPORTE IRREGULAR DE MERCADORIA – APREENSÃO PELO FISCO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA – AFRONTA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA PROPRIEDADE – CONCESSÃO DA ORDEM – DECISÃO ACERTADA – SEGURANÇA CONFIRMADA – RECURSOS DESPROVIDOS – A apreensão de mercadoria, objeto de infração tributária, somente se justifica para permitir o respectivo processo, devendo, após, ser liberada mediante a satisfação pelo autuado das exigências determinantes da apreensão, ou, se não atendidas, após a identificação do infrator e das quantidades, espécies e valores das mercadorias ou demais bens. (art. 68, incisos XI e XIII da Lei nº 8933/89). Fora destes casos, a apreensão de mercadoria como forma de obrigar o recolhimento da multa aplicada, afronta direito líquido e certo sobre a propriedade, reparável pela via do mandado de segurança, ex vi da Súmula nº 323 do STF. Apelação conhecida e desprovida. Reexame necessário conhecido e desprovido. (TJPR – AC-RN 0045379-2 – (14722) – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Conv. Jorge Wagih Massad – DJPR 16.11.1998)

Vejamos o que acontece na prática. Ao apreenderem mercadorias, os fiscais condicionam sua liberação à entrega de documentos que comprovem a propriedade e a legitimidade da operação. Ao invés de entregá-los ou apresentar defesa administrativa, os contribuintes preferem recorrer ao judiciário sob o falso argumento de que a retenção tem como finalidade a cobrança de ICMS. O magistrado faz uma análise perfunctória do pedido. A carga termina sendo liberada por determinação judicial, provocando expressivos prejuízos aos cofres públicos.

Para evitar os efeitos perversos dessa estratégia, os fiscais devem agir rápido. A lavratura do auto de infração deve acontecer no momento em que houver a materialização do delito tributário. Não adianta solicitar diligências demoradas, complexas e de difícil realização. A multa deve ser aplicada sempre que os elementos colhidos na hora da apreensão forem suficientes para a comprovar a tipificação e a autoria do ilícito. Feito isso, o carregamento deve ser liberado. O contribuinte terá oportunidade de defender-se na esfera administrativa e judicial.

Ao fundamentar os termos de apreensão, o agente fazendário há de ter a preocupação de demonstrar que o ato construtivo não visa a compelir o contribuinte a recolher impostos. Mas a apresentar documentos comprobatórios da propriedade e legitimidade da mercadoria. Essa é uma forma de respeitar o comando da Súmula 323 do STF. É o que defende o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

ICM. Apreensão de Mercadoria. Consoante o disposto na alínea "a" do inciso II do art. 203 do Decreto-Lei n. 5, de 1975, é lícita a apreensão, pela autoridade fiscal, de mercadoria em trânsito desacompanhada de documento fiscal idôneo. Tal apreensão não se confunde com a que é feita com a finalidade de obrigar o contribuinte a pagar o imposto devido. É a esta hipótese que se refere a Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal (Ac. Apelação Cível n. 1986.001.3729, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Narciso Pinto. Decisão Unânime, 23/12/86).

Na condição de órgão legitimado para a tutela do patrimônio coletivo e dos direitos fundamentais, o Ministério Público deve verificar a natureza da apreensão. Quando o ato tiver o objetivo direto ou subjacente de cobrança de impostos, o *Parquet* tem de se insurgir contra o abuso de poder da autoridade fazendária e pugnar pela concessão do *writ*. Mas deve defendê-lo sempre que tiver sido adotado como a única alternativa para estancar a circulação de carregamento irregular com fortes suspeitas de ações criminosas.

Em Alagoas, a apreensão de mercadorias em trânsito está disciplinada nos artigos 789 a 797 do Regulamento do ICMS. Tais normas estão em pleno vigor. São constitucionais. Seu objetivo é

claro: impedir o trânsito irregular de mercadorias. Portanto, não é uma forma coercitiva de cobrança de impostos. Nesse aspecto, o art. 790 é contundente: *“A apreensão administrativa de mercadorias ou bens não pode ocorrer como coerção à obtenção de tributos”*.

É também nessa perspectiva que o Projeto de Código de Defesa do Contribuinte (PL 646/99), em tramitação no Congresso Nacional, proíbe expressamente a apreensão de mercadorias para cobrança de impostos, sujeitando o agente a severas sanções funcionais. O art. 30, I, descreve a seguinte conduta: *“reter, além do tempo estritamente necessário à prática de atos assecuratórios de seus interesses, documentos, livros e mercadorias apreendidos dos contribuintes, nos casos previstos em lei”*.

O artigo 789 estabelece as seguintes hipóteses de apreensão:

Art. 789. Ficam sujeitos à apreensão, mediante a lavratura do respectivo termo, as mercadorias ou bens móveis e semoventes, notas e documentos fiscais que constituam prova da infração à legislação tributária.

§ 1º – As mercadorias ou bens poderão, ainda, ser apreendidas, por configurarem contradição com as disposições da legislação do imposto, e comprovarem este fato nos seguintes casos:

I – quando transportados ou encontrados sem os documentos fiscais que devem acompanhá-los, ou, ainda, quando encontrados em local diverso do indicado na documentação fiscal;

II – acompanhados em seu transporte de documento com evidência de fraude contra a Fazenda Estadual;

III – em poder de ambulantes, feirantes e contribuintes que não provarem a regularidade de sua inscrição no cadastro de contribuintes;

IV – quando em poder ou destinados a contribuintes cuja inscrição estiver cancelada;

(...)

Como se pode constatar, no Regulamento do ICMS do Estado de Alagoas, não há norma jurídica que imponha a apreensão como meio coercitivo de cobrança de impostos. Se o agente fiscal agir

de má-fé, de forma autoritária ou com abuso de poder, o magistrado deverá acatar o mandado de segurança e determinar a liberação da mercadoria.

Além disso essa forma de cobrança de tributos terá fortíssimas conseqüências na esfera administrativa, cível e criminal. Constatada a ilegalidade ou abuso de poder, o agente fiscal responderá a processo administrativo-disciplinar, sujeitando-se às penas de advertência, suspensão ou exoneração a bem do serviço público. Por outro lado, o contribuinte poderá propor ação de indenização por danos morais contra a Fazenda Estadual e a autoridade responsável pela apreensão irregular (CF, art. 5º, X). Por fim, o Ministério Público poderá intentar-lhe ação penal por excesso de exação (art. 316, § do Código Penal).

5. Inconstitucionalidade das liminares satisfativas

O mandado de segurança é uma das garantias mais importantes dos direitos humanos fundamentais. Seu procedimento é simples e célere para evitar que os efeitos da ilegalidade ou abuso de poder das autoridades possam causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao titular do direito líquido e certo. É um instrumento da cidadania contra o arbítrio estatal. Por isso tem sido largamente utilizado por contribuintes que se sentem perseguidos ou injustiçados pelas ações repressivas dos agentes fiscais.

Mas isso não significa dizer que o magistrado pode conceder liminares *inaudita altera parte* para liberar mercadorias antes de colher as informações da autoridade impetrada. Tal medida só se justifica em casos extremos, em que esteja sobejamente provada a violação dos direitos fundamentais do contribuinte. Caso contrário, é mais prudente analisar a justificativa da Secretaria da Fazenda para a adoção da medida.

A liminar que determina a liberação de mercadoria esvazia o mandado de segurança e exaure a pretensão do autor, que tende a se desinteressar pelo processo. Se a ação for julgada improcedente, a sentença será totalmente ineficaz: a mercadoria já circulou e dificilmente será localizada. Daí porque o art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92, estabelece que

Art. 1º (...)

§ 3º – Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Essa prática tão freqüente no país também não encontra amparo na doutrina. As liminares satisfativas criam uma paradoxal irreversibilidade que termina favorecendo os sonegadores fiscais, que aproveitam a oportunidade para darem fim às mercadorias apreendidas e se esquivarem do pagamento de impostos. Para HUGO DE BRITO MACHADO, “O que não deve o juiz conceder, em princípio, é medida liminar plena e definitivamente satisfativa, como tal entendida aquela providência que atende inteiramente a pretensão do impetrante, de sorte a torná-lo desinteressado pela sentença final, que nada vai acrescentar no atendimento de sua pretensão. (...) O que impende o deferimento da liminar é o fato de que ela cria, a favor do impetrante, uma situação irreversível. Uma situação que não pode ser desfeita pela sentença. (...) Se o deferimento da liminar ocasiona perigo da ineficácia da sentença denegatória, não deve ser deferida a liminar”⁵.

Na verdade, as liminares *inaudita altera parte* para liberação de mercadorias desequilibra a relação processual e torna a sentença inexecutível na hipótese de denegação do mandado de segurança. Quando isso acontece, o Erário sofre prejuízos pecuniários que acabam refletindo na arrecadação tributária. O mínimo que se espera, em caso de liberação via liminar, é que o juiz arbitre caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que a Fazenda Pública possa sofrer em caso de improcedência do *mandamus* (CPC, art. 804, *in fine*).

Com a contracautela, o impetrante fica obrigado a dar uma garantia pecuniária para obter a liberação das mercadorias retidas nos postos fiscais. Na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o valor da caução “deve ser o suficiente para assegurar o ressarcimento do possível prejuízo a ser suportado pelo réu, na eventualidade da improcedência da ação. Pode haver a fixação, de plano, de um valor estimativo pelo juiz, o que não impede a posterior revisão, inclusive

⁵ *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 118 e seguintes.

com o auxílio de provas como a pericial e outras que se tornarem necessárias para esclarecimento do risco suportado pela parte⁶.

Entretanto, o mais recomendável é estabelecer o contraditório e conhecer as causas da apreensão. O parecer do Ministério Público também será de grande valia para o esclarecimento dos fatos, sobretudo no aspecto da proteção ao erário. Com tais elementos, o magistrado terá condições de decidir a causa com segurança. Diante de situações de extrema urgência como produtos perecíveis, inflamáveis, químicos ou com prazo de entrega prestes a vencer, o juiz poderá fazer uso das liminares. Para isso, é necessário que o impetrante apresente provas documentais irrefutáveis da ilegalidade ou abuso de poder dos agentes fiscal. Caso contrário, o julgador deve requisitar informações ao impetrado e depois decidir sobre a concessão da liminar.

6. Conclusões

Diante das questões expostas, podemos extrair as seguintes conclusões:

1. A legislação brasileira permite a apreensão de mercadorias desprovidas de documentação fiscal ou com fortes indícios de sonegação, falsidade ideológica e outras irregularidades de natureza grave.

2. A apreensão deve durar o tempo necessário para identificar o devedor do tributo, inventariar as mercadorias transportadas, tipificar a transgressão fiscal, expedir a guia de recolhimento do imposto e lavrar o auto de infração. A retenção por mais tempo só se justifica se o carregamento for imprescindível para a prova material do crime a ser apurado.

3. Quando as mercadorias forem produto de crimes, os fiscais devem acionar a autoridade policial para a instauração de inquérito e a adoção de outras medidas que se fizerem necessárias.

4. As autoridades fazendárias não podem reter mercadorias ou adotar sanções políticas para compelir o contribuinte a recolher os impostos.

⁶ *Processo Cautelar*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, p. 135.

5. O Ministério Público, como órgão legitimado para a defesa do Erário, tem legitimidade para combater a sonegação fiscal em todas as suas manifestações, inclusive o transporte de mercadorias suspeitas;

6. Os termos de apreensão, depósito e os autos de infração devem ser motivados sob pena de nulidade;

7. Não cabe mandado de segurança quando a apreensão tiver o objetivo exclusivo de evitar a circulação de mercadorias irregulares pelas rodoviárias brasileiras.

8. Os juízes devem se abster de liberar mercadorias através de liminares *inaudita altera parte* para não exaurir o conteúdo do mandado de segurança e gerar fato irreversível, capaz de causar prejuízos ao patrimônio público.

9. Os Estados devem estimular a celebração de convênios entre as Secretarias da Fazenda, Ministério Público, Polícia Civil, Procuradoria do Estado e prefeituras municipais a fim de realizar ações integradas de combate à sonegação fiscal nas rodovias.

10. Os termos de apreensão de mercadorias e os autos de infração devem ser informatizados para imprimir maior eficiência às ações de combate à sonegação fiscal. Além disso, as Secretarias de Fazenda devem empenhar-se na capacitação dos fiscais de tributos e na aquisição de equipamentos tecnológicos de ponta para auxiliar as ações repressivas nos postos fiscais.

DAR O PEIXE OU ENSINAR A PESCAR? (*)

Marcelo Medeiros

Chefe do Centro de Políticas Sociais CPS/IBRE/FGV e Professor Assistente da Escola de Pós-Graduação em Economia (EPGE). Ph.D. em Economia pela *Princeton University*, atuou como pesquisador na Diretoria de Estudos Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e dá aulas na Universidade Federal Fluminense.

Pela maioria das definições de pobreza existentes o Brasil é um país com níveis muito elevados de pobreza. Esta pobreza não decorre de uma insuficiência generalizada de recursos e sim de sua péssima distribuição na população. Algumas das soluções comumente apregoadas para o problema da pobreza, como o controle de natalidade, crescimento da economia, educação da população ou redução do desemprego, não são viáveis em um prazo razoável. A erradicação da pobreza no país requer políticas de assistência amplamente disseminadas que talvez precisem ser sustentadas por décadas. O país dispõe dos recursos necessários para isso e, portanto, o problema da pobreza é alocativo, possuindo uma forte dimensão política.

Meu objetivo nesta exposição é tratar aspectos gerais da relação entre pobreza e desigualdade social no Brasil. Pretendo fazer isso de maneira muito breve, ciente de que tanto o simplismo quanto a argumentação insuficiente são custos inerentes à brevidade. Em termos gerais pretendo apresentar conclusões para a formulação de políticas de combate à pobreza no Brasil derivadas de estudos empíricos realizados nas últimas décadas. É evidente que algumas dessas conclusões são vulneráveis e, portanto, merecem ser melhor debatidas.

Com o propósito de formar uma idéia geral de minha apresentação, meu argumento pode ser resumido na seguinte sequência de cinco pontos

(*) Seminário realizado no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília – DF.

1. Pela maioria das definições de pobreza existentes o Brasil é um país com níveis muito elevados de pobreza;

2. esta pobreza não decorre de uma insuficiência generalizada de recursos e sim de sua péssima distribuição na população.

3. Algumas das soluções comumente apregoadas para o problema da pobreza, como o controle de natalidade, crescimento da economia, educação da população ou redução do desemprego, não são viáveis em um prazo razoável.

4. Precisamos nos acostumar com a idéia de que a erradicação da pobreza no país passa por políticas de assistência amplamente disseminadas que talvez precisem ser sustentadas por décadas.

5. Já dispomos dos recursos necessários para erradicar a pobreza do Brasil. O problema é fundamentalmente distributivo.

Uma das características atuais do campo dos estudos sobre pobreza é a coexistência de múltiplas definições de o que venha a ser *pobreza*. Por trás dessa diversidade, porém, um certo consenso tem se formado acerca de um ponto: não importa qual seja o conceito usado, a definição de pobreza depende de juízos de valor. Esse ponto é importante porque definições de pobreza não são politicamente inócuas. Isso é fácil de se entender quando se imagina que a erradicação da pobreza em uma sociedade que define como pobre 1% de sua população requer políticas de caráter residual; se essa mesma sociedade define como pobre 99% de sua população, as políticas requeridas devem ser muito mais radicais.

Não é minha intenção defender nenhuma das definições existentes, quanto menos propor uma nova. A pobreza é uma metáfora para o sofrimento humano trazido à arena pública e minha opinião é de que esta exposição não é o momento de se empenhar muita energia na busca de uma definição rigorosa capaz de distinguir com clareza o sofrimento suficiente do sofrimento insuficiente para classificar alguém como pobre. O mesmo se aplica a como medir a pobreza. Indicadores de pobreza são ferramentas e, como tal, não são corretos ou errados e sim apropriados ou inapropriados aos objetivos visados.

Apenas para conduzir a argumentação, vamos tratar pobreza como um situação extrema na qual os indivíduos pertencentes famílias que não dispõem de renda para adquirir uma cesta de alimentos e outros bens de consumo como vestimentas, medicamentos, etc. Pesquisas baseadas nesse tipo de definição estimam que entre uma fração entre um terço e metade da população brasileira possa ser considerada pobre. Essa é uma definição "forte" e estimativas de linhas de pobreza subjetiva demonstram que boa parte da população brasileira ainda consideraria insuficientes as rendas de famílias que se encontram em níveis superiores aos usados nessas pesquisas como linha de pobreza.

Vamos assumir também que a existência desse tipo de pobreza é socialmente inaceitável e, portanto, que desejamos erradicá-la o quanto antes. É óbvio que o horizonte de tempo proposto define que tipos de mudança na sociedade serão necessários. Provavelmente um prazo mais curto exigirá políticas mais drásticas. Para manter a argumentação em torno das propostas mais debatidas atualmente para a erradicação da pobreza no país, vamos definir como limite razoável algo entre uma e duas décadas.

A insuficiência de recursos nas mãos de parte da população pode ser entendida como resultado ou de uma insuficiência generalizada de recursos ou de má distribuição dos recursos existentes. Logo, o combate à pobreza pode tomar dois rumos básicos: aumentar nível de recursos *per capita* da sociedade ou distribuir melhor os recursos existentes. Nada impede, é claro, que as duas coisas ocorram simultaneamente.

Os caminhos para o aumento dos recursos *per capita* encontram-se entre dois extremos: diminuir a população ou fazer com que a economia cresça mais rápido que a população. Como estratégias de diminuição da população existente em um prazo razoável beiram o absurdo, a proposta de crescimento da economia maior do que o crescimento da população é geralmente muito mais debatida no Brasil.

Dadas as dificuldades que se colocam para o crescimento acelerado de qualquer economia, durante muito tempo se sugeriu que o problema da pobreza no Brasil poderia ser enfrentado pela via do controle de natalidade. Embora esse argumento ainda encontre

hoje algum eco fora dos meios acadêmicos, todas as evidências empíricas disponíveis rejeitam a viabilidade da erradicação da pobreza por meio de estratégias ativas de redução no ritmo de reprodução da população. Atualmente as taxas de fecundidade brasileiras são reduzidas, estando não muito acima dos níveis necessários para a manutenção do volume total de população. Alguns estudos vão mais além e mostram que a diminuição do número de filhos para padrões equivalentes aos de países desenvolvidos teria impacto limitado sobre a pobreza no Brasil. Para que a pobreza no Brasil fosse combatida pela via do controle de natalidade seriam necessárias políticas muito mais estritas que as existentes em países como a China. Políticas desse tipo não parecem ser uma solução viável não só porque violam a liberdades das famílias de decidir seu tamanho como também causam um vazio geracional na população que, futuramente, pode resultar em diversos impactos negativos para a sociedade.

O crescimento da economia parece ser uma proposta mais tentadora. Crescer aumenta a quantidade de recursos disponíveis e, se os resultados desse crescimento forem distribuídos a todos, a tendência é de que a pobreza seja reduzida. Cabe perguntar, portanto, quanto devemos crescer para erradicar a pobreza. Nas últimas duas décadas quase toda redução observada nos níveis de pobreza brasileiros deveu-se ao crescimento da economia. É por isso, talvez, que os níveis de pobreza ainda estejam tão elevados. Uma aritmética simples mostra que o simples crescimento não deve ser o principal caminho para o combate à pobreza no Brasil: estima-se que pelo menos um sexto da população brasileira vive com menos de metade do valor da linha de pobreza. Para que essa população fosse elevada somente à linha de pobreza seria necessário um crescimento igualmente distribuído de 100% do produto total de economia. A taxas de 1% ao ano, isso significa quase setenta anos. A taxas mais generosas de 3% a.a., mais de vinte anos. O Brasil precisaria repetir o milagre econômico da década de 1970 para que, sozinho, o crescimento fosse capaz de erradicar a pobreza em um tempo razoável. O termo “milagre” é bastante apropriado para indicar o quão difícil seria repetir o feito.

Uma aritmética como essa apenas ilustra o resultado convergente de diversos estudos rigorosos sobre a pobreza

brasileira: o problema não está na insuficiência de recursos e sim em sua má distribuição. Desde pelo menos meados da década de 80 os cientistas sociais têm advertido que o Brasil não é um país pobre, no sentido de ser incapaz de erradicar a pobreza por seus próprios meios. Na verdade a incidência de pobreza brasileira pode ser considerada muito alta se o Brasil for comparado a países de PIB *per capita* semelhantes e isso se deve ao fato de o Brasil apresentar um dos piores níveis de desigualdade social do mundo. Há, aliás, excelentes simulações demonstrando que pequenas reduções nos níveis de desigualdade brasileiros teriam impactos expressivos sobre a pobreza.

Se o problema da pobreza é, majoritariamente, um problema de desigualdade, estratégias de erradicação da pobreza devem ser formuladas levando em conta os determinantes dessa desigualdade. Existe uma grande quantidade de estudos sobre esse tópico, especialmente no que diz respeito aos determinantes das desigualdades de rendimentos. Os principais componentes da renda das famílias brasileiras são os salários (rendimentos do trabalho) e os benefícios previdenciários. A distribuição de ambos é bastante desigual.

Atualmente as pesquisas brasileiras são capazes de explicar pouco mais de metade da variação salarial existente na população total de trabalhadores. As decomposições realizadas geralmente indicam que, dentre as características pessoais levantadas, a educação é o principal determinante da diferenciação nos rendimentos do trabalho dos indivíduos. Em seguida viriam sexo e raça, mas é evidente que os resultados de decomposições deste tipo devem ser interpretado com cautela, uma vez que medem apenas a relação entre os atributos pessoais levados ao mercado de trabalho e não consideram, por exemplo, os obstáculos que o racismo cria à educação das crianças negras.

A curva de distribuição das aposentadorias e pensões reproduz, em menor grau, as desigualdades existentes no país. Essa má distribuição está relacionada à história de implementação da previdência social no Brasil, que jamais teve caráter fortemente igualitário. Nem mesmo as orientações explícitas da Constituição de 1988 para que o sistema fosse mais igualitarista foram capazes de

reverter substantivamente esse quadro. Em alguma medida isso faz com que o Estado brasileiro, por meio daquelas que são as mais importantes políticas sociais em termos de gasto total, seja um reprodutor das desigualdades sociais existentes.

Como o principal componente das rendas das famílias são os rendimentos do trabalho, é relativamente disseminada a idéia de que o combate ao desemprego aberto, isto é, à falta de qualquer trabalho, é uma prioridade para a erradicação da pobreza. Embora seja óbvio que, individualmente, o desemprego exponha mais as pessoas ao risco da pobreza, a redução dos níveis de desemprego não tem impactos expressivos na incidência da pobreza como um todo. Isso porque o problema maior não é o desemprego aberto mas o subemprego. Por mais altas que sejam as taxas de desemprego aberto, a falta de trabalho afeta uma parcela limitada da população, mesmo entre os pobres. Além disso, como a maioria dos trabalhadores pobres tem baixa qualificação, mesmo que todos fossem ocupados o aumento na renda de muitas das famílias não seria suficiente para reverter completamente os níveis de pobreza.

Posto que o principal determinante da variação salarial é a educação, é tentador pensar que a principal estratégia para erradicar a pobreza em um prazo razoável por meio de reduções nas desigualdades sociais seja investir pesadamente em educação. Embora a melhorar o nível educacional da população brasileira seja, por diversas razões, extremamente importante, investimentos no sistema educacional provavelmente não são uma solução viável para o problema da pobreza ser estendido a toda a população. Um sistema de ensino de qualidade requer alunos dedicando grande parte de seu dia às atividades educacionais durante anos, motivo pelo qual é extremamente difícil educar adultos trabalhadores. Se feitos agora, investimentos pesados no sistema de ensino beneficiariam majoritariamente crianças e jovens.

Uma pessoa leva ao menos 11 anos para concluir o ensino médio regular. Mesmo que por um passe de mágica o sistema educacional brasileiro se tornasse perfeito hoje, no sentido em que nenhum aluno abandonaria a escola ou seria reprovado, demoraria muito tempo para que gerações de trabalhadores educados fossem maioria no mercado de trabalho. Ainda que o mercado de trabalho

seja realmente capaz de absorver essa mão-de-obra mais qualificada da forma como faz hoje, seriam necessárias quase três décadas para que educação fosse uma solução para a pobreza. Como o sistema educacional não é perfeito e está longe de sê-lo, a erradicação da pobreza pela via da educação não é possível em um prazo razoável de tempo.

As dificuldades que se colocam para o enfrentamento da pobreza pela via da educação e do trabalho sugerem que alguma outra forma de redução das desigualdades sociais é necessária. No caso da distribuição da renda, por exemplo, são necessárias medidas de transferências diretas, como são, por exemplo, os programas de renda mínima. Há muita resistência das elites brasileiras em relação a esse tipo de transferência sob o argumento de que ela viola o princípio de que a renda das pessoas deve ser definida pelos méritos de seu trabalho e, por isso, causa incentivos negativos na população. Não é minha intenção discutir aqui esse argumento mas tão somente apontar que a cultura de “não dar o peixe, mas ensinar a pescar” ou, mais exatamente, que políticas sociais de assistência devem ser reservadas às emergências, pode ser um grande obstáculo para o enfrentamento da pobreza no Brasil. O que eu gostaria de ressaltar é que a situação de pobreza deve ser entendida como uma situação de “emergência duradoura” e que, portanto, se queremos realmente erradicar a pobreza no país temos que nos acostumar com o fato de que nos próximos vinte ou trinta anos será preciso dar o peixe **enquanto** se ensina a pescar.

O país possui recursos para isso? A resposta é sim. O produto interno bruto brasileiro, se melhor distribuído, é mais do que suficiente para que não exista nenhum pobre no país. Há estudos que mostram que a desigualdade está tão concentrada nas elites que, hipoteticamente, é possível erradicar a pobreza redistribuindo parte da renda de menos de 1% da população mais rica. Outros argumentam que o sistema tributário é perverso e reforça desigualdades. Existem ainda os que indicam que o Estado já possui os recursos necessários, mas os emprega majoritariamente (dois terços do gasto federal, por exemplo) em despesas financeiras que evidentemente favorecem diretamente a população mais rica capaz de operar no mercado financeiro. Há até mesmo os que julgam que a focalização dos gastos sociais, em sua maioria

empenhados em um sistema previdenciário que reproduz desigualdades, seria suficiente para tanto.

Não se trata, portanto, de um problema que depende da criação de recursos na sociedade e sim de sua distribuição. Como quaisquer decisões alocativas, as necessárias para a erradicação da pobreza pertencem à arena política e, por isso, dependem da confrontação de forças dentro da sociedade brasileira. Embora esta possa parecer uma saída tangencial para um problema tão grande, um ponto que merece ser destacado é o de que a pobreza no Brasil é mais um problema político do que econômico, no sentido estrito que pode ser atribuído a essas duas esferas.