

DOCTRINA

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

PROF. DR. IVO DANTAS

Diretor da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.
Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE.
Doutor em Direito Constitucional - UFMG.
Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ.
Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE.
Juiz Federal do Trabalho - (aposentado).
Advogado.

SUMÁRIO

1. Anotações prévias ao estudo do Direito Constitucional. 1.1. A questão terminológica: *Direito Constitucional* ou *Direito Político*? 1.2. O Direito Constitucional e sua dimensão científica: processo e conhecimento. 2. Breve Histórico do Direito Constitucional enquanto processo. Do Constitucionalismo *liberal* ao constitucionalismo *social*. 3. Constituição, Processo e Direitos Individuais. 4. O Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional. 5. Nossa posição.

1. Anotações prévias ao estudo do Direito Constitucional

Diferentemente do que ocorre com outras áreas do ensino universitário, a formação do futuro Bacharel em Direito traz em si um ponto que a torna ímpar: referimo-nos ao fato de que, enquanto nos demais cursos universitários o estudante defrontar-se-á com um *prolongamento* daquelas disciplinas que já vira no curso secundário, no curso de Direito encontrará ele uma realidade que lhe é, totalmente, inédita, ou seja, que não guarda nenhuma relação com aquelas informações que já tivera contato antes de ingressar na Universidade.

Em outras palavras: enquanto, por exemplo, em um curso de Medicina o aluno encontrará, de um lado, algumas disciplinas que lhe são desconhecidas (ex: Cirurgia), por outro, mesmo nestas trabalhará ele através de conceitos que já adquirira em outros campos do

conhecimento científico (ex: Biologia); na Engenharia o fato se repete, pois, em última análise, trabalhará ele com elementos que lhe são conhecidos desde os primeiros anos dos bancos escolares, a saber, a Matemática, ao lado da qual, os conhecimentos de Física e Química serão necessários, mas já conhecidos (embora em nível mais elementar), desde muito antes de entrar na Universidade.

Neste quadro, pode-se afirmar que o estudante do curso jurídico seria comparado com um aluno de língua estrangeira, onde, apesar de saber falar a sua, ao iniciar os estudos ingressa em um universo totalmente novo, no qual o primeiro passo a ser obtido, será o conhecimento do vocabulário necessário para o futuro domínio do idioma.

Neste sentido, JAVIER PÉREZ ROYO ¹, utiliza de uma simbologia, ao afirmar que o Direito é “*un estudio que se hace en un idioma ‘extranjero’*”, e escreve: “El Derecho es simultáneamente una ciencia y una ingeniería social y el jurista tiene que contemplar, en consecuencia, su objeto de estudio de la misma manera que el científico y el ingeniero contemplan la naturaleza: de una manera científica y técnica. La diferencia entre unos y otros radica en que, mientras el científico y el ingeniero disponen de instrumentos cada vez más sofisticados para analizar su objeto de estudio, el jurista no dispone nada más que de la palabra”.

E prossegue: “El jurista tiene además que dominar el lenguaje jurídico. Tiene que acabar moviéndose con comodidad y fluidez en dicho lenguaje, si quiere ejercer su oficio con solvencia. Hacer uso del vocabulario jurídico con precisión es lo que denota la presencia de un buen jurista, lo que diferencia ante todo al buen jurista del que no lo es” ².

E finaliza PÉREZ ROYO ³: “Justamente por eso, porque el apredizaje del Derecho es el apredizaje de un idioma extranjero, es por lo que las técnicas de enseñanza y estudio se asemejan bastante a las técnicas de enseñanza y estudio de un idioma extranjero”.

¹ **Curso de Derecho Constitucional.** Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 1995, p. 17.

² ob. cit., p. 17-18.

³ idem, p. 18.

Neste contacto com a denominada *Linguagem Jurídica*, urge destacar que nela, nem sempre as palavras têm o mesmo valor que no vocabulário comum, formando, por isto mesmo, um *paralóquio* próprio à Ciência do Direito ⁴, dentro do qual “el vocabulario del Derecho Constitucional es el vocabulario jurídico general, básico, que constituye el presupuesto para su diversificación ulterior en las distintas ramas del Derecho. El vocabulario del Derecho Constitucional es el único vocabulario común para todas las ramas del Derecho. Sin él no es posible el aprendizaje del vocabulario jurídico especializado de los demás Derechos” ⁵.

1.1. A questão terminológica: *Direito Constitucional* ou *Direito Político*?

Além da questão vocabular e de outras questões epistemológicas comuns às Ciências Sociais e à própria Ciência Jurídica, no caso do Direito Constitucional não é pacífica, ainda em nossos dias, a sua denominação, podendo-se constatar que muitos são os autores, sobretudo estrangeiros, que preferem as expressões *Direito Político*, *Instituições Políticas* e *Direito Constitucional*, *Direito Público* (este englobando o Direito Constitucional e o Direito Administrativo), enquanto que em nossas Faculdades de Direito, no nível de organização *departamental*, utiliza-se, simplesmente, a denominação *Direito do Estado*. Por isto mesmo, JORGE RODRÍGUES-ZAPATA (**Teoría e Práctica del Derecho Constitucional** ⁶) considera que “el primer problema que plantea el Derecho Constitucional es su nombre”.

Enquanto, entre nós, PINTO FERREIRA afirma que “Direito Constitucional é a Ciência positiva da Constituição” ⁷, em

⁴ O tema foi por nós estudado de forma detalhada no artigo *Direito Comparado como Ciência*, publicado na Revista da Amatra VI, ano 1, n. 1, Recife, abril, 1997, p. 11-23. Ver, especialmente, p. 14-18.

⁵ PEREZ ROYO, ob. cit., p. 33.

⁶ Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 41. Para o referido autor, referindo-se à Espanha, “la denominación clásica de ‘Derecho Político’ se consagró a lo largo del siglos XIX (...), entrando en crisis con la Constitución de 1978”.

⁷ **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. Ed. RT, 1971, v. I, p. 43.

língua inglesa é comum a distinção entre *Law of Constitution* e *Constitutional Law*, ou seja, *Direito da Constituição* e *Direito Constitucional* (DICEY), sendo tal posicionamento um reflexo do entendimento de que, se por um lado, tudo que se encontra na Constituição é Direito Constitucional, cumpre lembrar que nem todo Direito Constitucional encontra-se (apenas) na Constituição.

Neste sentido, escrevia AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO⁸: “Chamo aqui cadeira de *Direito Constitucional* aquela parte do ensino jurídico que ministra uma noção geral, sistemática e orgânica das instituições governantes de determinado país, estejam ou não as mesmas conjugadas no texto escrito da constituição; instituições que devem ser estudadas no seu complexo vivo, observadas no seu funcionamento e nas recíprocas relações”.

Por *Direito da Constituição* pretendo designar o comentário analítico do texto constitucional, comentário geralmente submisso à ordem articulada desse texto, tal como é de praxe fazer-se entre nós” (destaques nossos).

Esta diferença, contudo, nem sempre é feita pela Doutrina, havendo autores, como RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE⁹, que chega, em certos momentos, a defendê-la e em outros a confunde.

Neste sentido, após afirmar que “el concepto del Derecho de la Constitución se capta a partir de la descripción de su objeto”¹⁰, completa: “el Derecho de la Constitución tiene un cuádruple objeto:

a) estudio de la estructura del Estado (sus presupuestos, su forma);

b) estudio de la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales;

c) estudio de los principios fundamentales del régimen político del Estado. No siempre los principios fundamentales que informan el régimen político del Estado se encuentran constitucionalizados, es decir, consagrados en normas formalmente

⁸ *Discurso de Posse na cátedra de Direito Constitucional*. Faculdade Nacional de Direito, em 9.7.1950.

⁹ **El Derecho de la Constitución**. Editorial Juricentro, San José, 1993, v. I, p. 27-32.

¹⁰ ob. cit., p. 28.

constitucionales. Tales principios – derivables a veces de la interpretación lógico-sistemática del texto constitucional, en otras ocasiones recabables de la ideología que permea el régimen o desumibles, inclusive, de los valores compartibles por la generalidad de la sociedad civil subyacente – también fórman parte del ordenamiento constitucional con los mismos efectos normativos que las disposiciones incluidas en la Carta Política;

d) estudio de los derechos de los administrados y su posición frente a las autoridades públicas”¹¹.

Finalmente, conceitua o Direito da Constituição como sendo “aquella rama del Derecho Público interno que se ocupa de la estructura del Estado, de la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales, de los principios fundamentales del régimen político del Estado y de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento a los administrados”¹².

De observar-se que quando HERNÁNDEZ VALLE indica (item c) que “no siempre los principios fundamentales que informan el régimen político del Estado se encuentran constitucionalizados, es decir, consagrados en normas formalmente constitucionales”, a nosso ver ultrapassa o *Direito da Constituição* para penetrar no *Direito Constitucional*, de âmbito mais amplo do que a simples análise do texto positivado, o que é defendido por ele próprio ao afirmar, mais adiante, que “el Derecho de la Constitución no agota su objeto de estudio en el texto constitucional vigente, sino que, además, debe ocuparse de todo ese enorme cúmulo de prácticas, convenciones constitucionales, valores y principios que cotidianamente dan sentido e inclusive modifican las normas constitucionales formales”¹³.

Corretíssimo o entendimento de HERNÁNDEZ VALLE, só passível de uma retificação, esta em homenagem à precisão conceitual que deve nortear os estudos científicos: no momento em que se sai do texto legal-positivo, faz-se *Direito Constitucional* e não mais *Direito da Constituição*, visto que este resume-se à análise da Constituição, que funciona como *limite* aos seus estudos, menos completo do que a visão do Direito Constitucional, que vai além da

¹¹ idem, p. 28-29.

¹² ibidem, p. 29.

¹³ ibidem, p. 29-30.

norma fundamental posta e identificada pela característica da *Supralegalidade*.

Controvérsia maior ocorre quanto às expressões *Direito Constitucional* e *Direito Político*.

JORGE MIRANDA, em seu **Manual de Direito Constitucional. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais** ¹⁴, após conceituar o Direito Constitucional ¹⁵, leciona que “chama-se também Direito Político, por essas serem normas que se reportam directa e imediatamente ao Estado, que constituem o estatuto jurídico do Estado ou do político, que exprimem um particular enlace da instância política e da instância jurídica das relações entre os homens” ¹⁶. Em seguida, e identificando o *Direito Constitucional* com o *Direito da Constituição*, arremata: “falando em *Direito Constitucional*, pensa-se mais na regulamentação jurídica, no estatuto, na forma de Direito que é a Constituição. Falando em *Direito Político* pensa-se mais no objecto da regulamentação”.

PABLO LUCAS VERDU ¹⁷, distinguindo *Direito Constitucional* e *Direito Político*, após conceituar o Direito Político como sendo “aquella rama del derecho público interno que estudia las normas e instituciones reguladoras de los poderes estatales y de las libertades fundamentales en un contexto historico y sociopolítico”, estabelece que “*el derecho constitucional es el sector estrictamente juridico del Derecho Politico*” (destaque nosso).

Permitimo-nos discordar da afirmativa do jurista espanhol, isto porque, a doutrina contemporânea, não só no campo do Direito Público, mas igualmente de Direito Privado, não entende como se

¹⁴ Tomo I. Coimbra Editora, 1996, 5 ed. revista e aumentada, p. 14.

¹⁵ Para ele, “o Direito constitucional é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza” (ob. cit., p. 13).

¹⁶ ob. cit., p. 14.

¹⁷ **Curso de Derecho Político**. Editorial Tecnos, Madrid, 1972, v. I, p. 40-41.

possa estudar as normas jurídicas sem levar-se em conta seus condicionamentos sócio-econômicos e culturais-históricos, isto, é claro, sem cair nos domínios da *Sociologia Jurídica* ou mesmo da *Sociologia* ou *Ciência Política*.

Neste sentido, destacando a necessidade de tal perspectiva de estudos, autores há, como é o caso de BORIS MIRKINE GUÉTZEVITCH¹⁸, para os quais “o Direito Constitucional é um pretexto que encobre os conflitos reais da força, dos interesses e dos sentimentos. Eis porque a análise da Constituição dá uma idéia falsa da realidade; as regras são constantemente falseadas pela prática ou quebradas pelas crises e pelas revoluções”. E adiante, entendendo a Ciência Política como *método*, afirma: “mas o teórico do direito procura essencialmente no conjunto dos fatos sociais a finalidade normativa, enquanto que a função da ciência política é observar, reconhecer, compreender a causalidade histórica e social”¹⁹.

Nos dias atuais, em consequência do âmbito ou campo sobre o qual se voltam as análises do Direito Constitucional, reconhecemos a sua *Politização*, fenômeno este que levou JUAN CARLOS PEREIRA PINTO, no livro **Derecho Constitucional**²⁰ a escrever que

¹⁸ **Evolução Constitucional Européia - Ensaio Sintético**. J. Konfino Editor, 1956, p. 19.

GREGORIO BADENI (**Instituciones de Derecho Constitucional**. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 39) afirma que “el derecho constitucional es una disciplina científica que, como *parte integrante de la Ciencia Política*, tiene por objeto el estudio y la sistematización de las manifestaciones y el ordenamiento de las relaciones de poder, en el ámbito de una organización política global” (destaques nossos).

E prossegue de forma contundente: “El derecho constitucional no es ciencia, sino una disciplina autónoma que es parte orgánica de la Ciencia Política”.

Ao nosso ver, equivoca-se o A. em falar em Ciência Política (singular), pois e de há muito, a UNESCO considera o Direito Constitucional como uma das Ciências Políticas (plural), conforme análise feita no cap. I deste livro.

¹⁹ Ob. cit., p. 21. Pessoalmente, temos assumido a posição de que o Direito Constitucional contemporâneo, não estando restrito à Constituição, nem devendo cingir-se a análise simplesmente jurídica, seu estudo deverá denominar-se *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, título este, por sinal, de um dos nossos livros (Ed. Jalovi, 1986).

²⁰ AZ Editora S/A., B. Aires, 1978, v. I, p. 15.

“el *derecho constitucional* es cada vez menos el *derecho de la constitución*, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, estén estas en el texto de la Constitución, o no” (destaques nossos). E completa: “Todos los Estados modernos poseen una Constitución codificada o dispersa. En realidad, la mayoría pertenece a la primera categoría y unicamente integran la segunda: Gran Bretaña, Nueva Zelândia, España (*sic*) e Israel. Pero aun en aquellos países que cuentan con un texto Constitucional – son la mayoría – el derecho constitucional no es solamente ese texto sino también el conjunto de regras que no están establecidas por ella; leyes ordinarias, regulamentos, usos y costumbres; el derecho constitucional estudia tanto una como las otras”.

Na mesma linha de raciocínio, GREGORIO BADENI²¹ sentencia: “La unidad de análisis del derecho constitucional supera el contenido asignado a un documento jurídico básico conocido con el nombre de constitución y que, por obra de un enfoque normativo positivo, permite calificar la validez formal y sustancial de las normas reglamentarias del texto constitucional”²².

Apesar desta variação de denominações propostas para a nossa ciência, reconheça-se que a maioria dos autores preferem *Direito Constitucional*, o que ocorre, até mesmo, em língua espanhola, sobretudo na Espanha, após a Constituição de 1978, o que foi referido por RODRÍGUES-ZAPATA.

No Brasil, por uma questão de tradição e consagração acadêmica, aceita-se a denominação *Direito Constitucional*, muito embora, na prática, seu estudo esteja limitado à análise da Constituição vigente, o que poderá ser comprovado pelos programas de cursos e concursos, manuais e tratados de autores nacionais, alguns dos quais, só recentemente, têm feito referências à Jurisprudência, sem dúvida alguma, importante elemento para a correta compreensão

²¹ ob. cit., p. 40.

²² Insistimos em que esta correta perspectiva de análise não autoriza a considerar-se o Direito Constitucional como simples disciplina, muito menos, como “ramo da ciência política”, a qual funciona, neste contexto, como ciência auxiliar, ao lado de tantas outras como, por exemplo, a Sociologia, a História, a Psicologia Social, a Geografia etc.

da norma posta, como o fizemos em nosso livro **A Constituição Federal Anotada** ²³.

1.2. O Direito Constitucional e sua dimensão científica: processo e conhecimento.

No estudo do Direito Constitucional, logo de início, é necessário que tenhamos consciência da mútua e profunda influência existente entre as duas perspectivas sob as quais ele se apresenta, ou seja, o Direito Constitucional *processo* (= política ou engenharia constitucional ²⁴) e o Direito Constitucional *conhecimento* (ciência), muito embora cada uma das realidades guarde seu próprio campo de ação ²⁵.

²³ Editora Brasília Jurídica, 1999. No mesmo sentido, CELSO DE MELO (**Constituição Federal Anotada**, Saraiva, 1986), ALEXANDRE DE MORAES (**Direito Constitucional**, Atlas, 1997), todos precedidos por JOSÉ AFFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO (**A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, 1925) e DIRCEU A. VICTOR RODRIGUES (**Constituição Brasileira de 1946 vista pela Jurisprudência**, Sugestões Literárias, 1964). Para esta perspectiva de análise, de importância capital é a *Revista Trimestral de Jurisprudência*, órgão oficial do Supremo Tribunal Federal.

²⁴ Temos usado, de há muito, a expressão *Direito como processo e como conhecimento*, tal como se verifica de nossos livros **Direito Constitucional e Instituições Políticas** (Ed. Jalovi, Bauru, 1986), **Constituição Federal - Teoria e Prática**, v. I (Renovar, 1994) e **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**, v. I (Juruá Editora, 1999). Recentemente, JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO publicou o livro **La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil** (Editorial Trotta, Madrid, 1994), onde utiliza a expressão no mesmo sentido que já o fazíamos.

No tocante à expressão *Engenharia Constitucional*, GIOVANNI SARTORI lançou em 1994 o livro **Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structure, Inventives and Outcomes** (New York University Press), traduzido pela Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1994, sob o título **Ingeniería constitucional comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados** e, em 1997, pela Ed. UnB, com o título **Engenharia Constitucional - Como mudam as constituições**.

²⁵ JOSE KORZENIAK em seu **Derecho Constitucional - Parte Geral**

“La ciencia del derecho constitucional – escreve BIDART CAMPOS no livro **El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa** ²⁶ –, como ciencia del derecho, tiene – más allá de las denominaciones discutibles – carácter científico. Por supuesto que la ciencia jurídica no es ‘derecho’ en el sentido de ‘mundo jurídico’. Lo que ocurre con el vocábulo es que llamamos ‘derecho’ a ese mundo jurídico (empírico) y también al conocimiento (teórico) que lo toma como objeto”.

Esta constatação tem consequências de ordem não apenas epistemológica mas, igualmente, de natureza prática, visto que, enquanto aquele (= norma legislada, processo, sistema) é produto do político ou política como arte de governar, este, no sentido de análise teórica e científica daquele é obra do cientista, do constitucionalista, preocupado com o estudo da norma enquanto expressão de *valor social*, sem, contudo, sobre ela o cientista emitir *juízo de valor* ²⁷.

Em outras palavras: sabendo-se que a norma jurídica é sempre representativa de *valor*, conclui-se de forma irreparável, que, o realizador do Direito Constitucional (= processo), necessariamente terá que enxergá-lo sob a *óptica valorativa*, procurando a melhor regulamentação para o Estado, o exercício do seu poder e suas relações com o indivíduo em determinado momento. Ao contrário, o cientista do Direito Constitucional não poderá ver a norma constitucional como *boa ou má*, porém, sempre como algo objetivo, simples realidade sobre a qual recairá a análise científica que, tanto quanto possível, deverá ser *neutra e desinteressada*.

(Tomo 1, Acali Editorial, Montevideo, 1978, p. 11) escreve: “La expresión ‘derecho constitucional’ suele usarse tanto para referir a una parte del orden jurídico (la integrada por las normas constitucionales), como para denominar a la disciplina que se ocupa del estudio de esa parte del orden jurídico. En el primer caso, se está designando a una rama del ordenamiento jurídico, que constituye una parte, la más importante, del Derecho Público Interno; en el segundo sentido, la expresión designa a una ciencia, precisamente la ‘ciencia del derecho constitucional’.

²⁶ Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 13.

²⁷ Veja-se nosso livro **Introdução à Sociologia - Fundamentação Epistemológica**. Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1978, onde esta diferenciação foi tratada.

Analisando o problema, afirma TAGLE ACHAVAL em seu **Derecho Constitucional** (Tomo I - Introducción) ²⁸: “quien promueve desde el poder, o desde fuera de él, la sanción de una nueva Constitución para un Estado obtiene la calificación de *político*, no de constitucionalista. En cambio, el profesor que desde la cátedra de Derecho constitucional estudia si esa sanción es posible, no gana por ello el título de político, y si, en cambio, el de *constitucionalista*”. E arremata: “Aquellos que se dedican a la vida política activa y con su acción hacen el derecho constitucional de su país, obtienen la calificación de políticos” (destaques nossos).

Não se pense, precipitadamente, que o fato de alguém ser responsável pela elaboração do Direito Constitucional processo (= política constitucional) implique em ficar impedido de participar da comunidade científica que o examina, exigindo-se-lhe, apenas, que esteja consciente de seus *status* ou *esquemas de qualificação*. Assim, entre nós, foram exemplos de tal situação, dentre muitos outros, PIMENTA BUENO, CARLOS MAXIMILIANO, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, JOSÉ DUARTE, PINTO FERREIRA, AFONSO ARINOS e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, os quais, ao lado da militância político-partidária, não abandonaram a produção científica de estudos e análises do Direito Constitucional.

Ademais, pode-se recordar que o Direito Constitucional enquanto processo ou política constitucional tem profunda relação com o Direito Constitucional Ciência, valendo-se de estudos doutrinários para o seu aperfeiçoamento, como aconteceu, no Brasil, com o *Mandado de Segurança*, cuja compreensão doutrinária foi anterior à sua consagração no texto constitucional de 1934, separando-o do *Habeas Corpus*. O mesmo se diga com relação às *Medidas Provisórias*, cuja regulamentação lançará mão de conclusões da Doutrina, especialmente, quanto às suas limitações e reedições.

2. Breve Histórico do Direito Constitucional enquanto processo. Do Constitucionalismo *liberal* ao constitucionalismo *social*

Tratar da evolução histórica do Direito Constitucional significa fazê-lo nas duas perspectivas em que o consideramos, ou

²⁸ Ed. depalma, 1976, p. 4 e 5.

seja, enquanto *processo* e enquanto *conhecimento* ²⁹, não sendo demais repetir que no primeiro enfoque é ele tomado no sentido de *sistema*, e como tal, responsável pelos *limites ao exercício do poder*.

Dito de forma diferente: tratar o Direito Constitucional enquanto processo significa acompanhar as transformações pelas quais tem passado o próprio conceito material de Constituição ³⁰, nos sécs. XVIII e XIX bem diferente daquele que é consagrado no presente séc. XX, sobretudo, após a Guerra Mundial de 1914-1918 e, mais recentemente, com o surgimento da denominada *Globalização* e seu reflexo principal – o *Neoliberalismo*.

Nesta perspectiva (= *processo* ou *sistema*), o Direito Constitucional surgiu profundamente ligado à *Ideologia do Estado Liberal*, expressão última e contrária ao denominado *Estado Absoluto*, razão pela qual o acompanhamento de sua evolução deverá partir, exatamente, do estudo do *Liberalismo*, cuja manifestação jurídico-política se dá no *Constitucionalismo*.

O liberalismo, em uma visão total, deve ser identificado, igualmente, em duas perspectivas – *econômica e política* –, as quais se fundem a fim de moldar o que se costuma denominar *Estado Liberal*.

Assim, na primeira, temos a *Política Econômica* ³¹ como expressão concreta do *Liberalismo Econômico*; na segunda, defrontamo-nos com o denominado *Constitucionalismo Liberal*, representado, principalmente, pelo *Estado de Direito*, no qual a *Supremacia Constitucional* e o *Império da Lei* se manifestavam em dois pontos fundamentais: a) pela consagração dos *Direitos e Garantias Individuais* e b) pela *Teoria da Divisão dos Poderes* ³².

²⁹ Veja-se de nossa autoria, **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro** (Juruá Editora, Curitiba, 1999, v. I), onde este aspecto foi detalhadamente analisado.

³⁰ Sobre *Constituição Material*, IVO DANTAS, **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro** (Juruá Editora, Curitiba, 1999, v. I).

³¹ Sobre os aspectos referentes à Política Econômica e suas relações com o Constitucionalismo, vejam-se nossos livros **Direito Econômico Constitucional** (Juruá Editora, Curitiba, 1999), bem como **Globalização, Neoliberalismo & Constitucionalismo** (Juruá Editor Curitiba, 1999).

³² Tais questões foram por nós analisadas no estudo *Estudo Político do Liberalismo*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 46, 1978, p. 23-44.

Estes elementos delimitaram o *Conteúdo Ideológico do Direito Constitucional* no Estado Liberal, bem como nos modelos que lhe sucederam. Ademais, esta metamorfose alcançará, inclusive, sua Teoria, a partir do instante em que as novas matérias econômicas e sociais impulsionaram rumo às *constituições analíticas* em substituição às denominadas *constituições sintéticas*, típicas do século XIX³³.

Em outras palavras: para nós a *Ideologia Constitucional expressa no conceito material de Constituição*, ao mesmo tempo que visa estabilizar a organização da sociedade, busca, igualmente, adaptar-se a novos valores e até mesmo servir como instrumento de transformação social, o que não passou despercebido a MANUEL ARAGON em artigo intitulado "Sobre las Nociones de Supremacia y Supralegalidade Constitucional"³⁴ quando, referindo-se, implicitamente, à ideologia constitucional, doutrina: "el establecimiento de una Constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de Estado congruente con ese orden que se considera modélico o, al menos, preferible. De ahí la impropiedad de expresiones tales como las de 'Constitución real' o 'Constitución sociológica', expresiones que suelen encerrar en la mayoría de los casos, además de una cierta confusión entre el orden social y el orden político, una contradictoria concepción según la cual el orden político y jurídico es simple emanación del orden social y, a

³³ Neste esquema o Brasil só se incorporou em 1934, cujas raízes, embora pouco conhecidas, encontram-se na Reforma sofrida pela Constituição de 1891, no ano de 1926.

Assim, a Constituição de 1934, no Título IV (logo após os Direitos e Garantias Individuais) fazia referência à "Ordem Econômica e Social", enquanto a Carta de 1937 apenas mencionava a "Ordem Econômica" (arts. 137 a 139). Voltando a consagrar a expressão "Ordem Econômica e Social", a Constituição de 1946 dedicava-lhe os arts. 145 a 162, parágrafo único, o mesmo acontecendo com o texto de 1967 (arts. 157 a 166) e a Emenda Constitucional nº 1/69 (arts. 160 a 174).

A atual Constituição de 1988, em boa hora, dedicou aos *Direitos Sociais* no art. 6º, que ficam minuciosamente garantidos na Ordem Social (arts. 193 a 232), enquanto a Ordem Econômica e Financeira está regulada nos arts. 170 a 192.

³⁴ Publicado na *Revista de Estudios Políticos - Nueva época*, Madrid, n. 50, marzo-abril, 1986, p. 11.

su vez, el orden social objeto a garantizar con un determinado orden político y jurídico. Con ello se olvida, por un lado, la vocación transformadora del orden social que la Constitución tiene y, por otro, su inevitable carácter paradójico, pues, debido a su indudable significación simbólica, la Constitución no sólo suele ser el reflejo de un orden sino también un instrumento para intentar legitimarlo, con lo que a veces el segundo cometido prevalece sobre el primeiro aunque de manera muy distinta a la imaginada por el pretendido 'realismo'. Ello ocurre cuando la Constitución, siendo ficticia desde el punto de vista sociológico, es 'real' desde el punto de vista político".

Adiante, conclui ARAGON: "*La reflexión sobre el concepto de Constitución, reflexión eminentemente jurídica, no puede olvidar la transcendencia política del mismo, es decir, la pretensión de legitimación que la Constitución encarna*"³⁵.

Tais considerações justificam e tornam indispensável a inserção, em um *Curso de Direito Constitucional*, de análises sobre a *evolução do constitucionalismo*, através da qual, ficará constatada a presença, nos textos constitucionais, das idéias e realidades sociais, visto que, se a Constituição não corresponde aos valores da sociedade na qual será aplicada, irreversível será o caminho no sentido do *Hiato Constitucional*³⁶.

3. Constituição, Processo e Direitos Individuais

"Hasta hace poco tiempo – escreve JOSÉ OVALLE FAVELA em artigo intitulado *Tendencias Actuales en el Proceso Civil*³⁷ – los estudiosos del proceso civil se ocuparon en lo fundamental de las normas y los principios contenidos en los codigos procesales civiles, *com descuido del analisis de las normas y los principios que establece la Constitución acerca de esta materia*.

³⁵ ob. cit., p. 11. Destaque nosso.

³⁶ Preferimos esta expressão – *Hiato Constitucional* – àquela outra utilizada por grande parte da Doutrina, qual seja, *Desconstitucionalização*, entendida como a não correspondência entre a norma constitucional e a realidade sócio-político-econômica.

³⁷ In JOSÉ LUIS SOBERANES (Compilador), "Tendencias Actuales del Derecho". Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 28 – destaque nosso.

Fueron las obras del gran maestro del procesalismo iberoamericano, Eduardo J. Couture, los que pusieron de manifiesto la necesidad de examinar las relaciones entre las normas constitucionales y las disposiciones legales respecto al proceso civil. En su ensayo, ya clasico, acerca de "Las garantías constitucionales del proceso civil", Couture se propuso 'mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementares son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución'.

Com este designio, Couture destacou los aspectos constitucionales de la acción y la excepción, los actos procesales y el debido proceso, la sentencia y la jurisdicción" – prossegue FAVELA, inclusive com considerações mais detalhadas acerca de COUTURE, FIX-ZAMUDIO e, inclusive, com referências ao constitucionalismo mexicano.

Um fato, sobretudo diante do que inicialmente foi dito pelo autor referido, merece destaque, ou seja, se havia omissão na Doutrina processual no sentido de analisar os aspectos e princípios inscritos nas Constituições, estas, como textos jurídico-positivos, já o faziam. Ademais, não se pode levar a omissão referida à unanimidade da Doutrina, visto que, por parte de alguns, eram objeto de preocupações e análises, inclusive entre os autores brasileiros do séc. XIX, como é o caso de PIMENTA BUENO.

Dito de outra forma: a partir do Constitucionalismo Liberal, como consequência do fato de que a Constituição era entendida como Lei Maior³⁸, entendia-se que esta teria o dever de tratar das linhas mestras referentes ao *processo* como meio de solucionar litígios, visto que tal providência é privativa da *Função Jurisdicional* como forma de manifestar-se do Poder Político³⁹.

³⁸ Veja-se em nossas **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro** (Juruá Editora, Curitiba, 1999, vol. I), o capítulo intitulado *Constituição Formal: Teoria Geral*.

³⁹ Apesar de propostas que hoje são apresentadas, como, por exemplo, a *Arbitragem* e outras formas, especialmente, no processo trabalhista, a afirmativa permanece válida. Este posicionamento – é bom que se diga – permanece até hoje, apesar da mudança ôntica ocorrida no atual conceito de Constituição, no sentido de enxugá-la (como querem alguns).

Sobre esta *superioridade da Constituição* frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo, escrevem ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ⁴⁰: “Mostra-se, a cada instante, notória e grande a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre todas as demais normas jurídicas à luz delas, necessariamente editadas. E isso, de modo destacado, no tocante às normas processuais.

Com efeito, lei suprema que é a Constituição Federal, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes de direito, e contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, em seus textos repousam numerosos dispositivos e institutos de direito processual.

Justifica-se essa metodologia, como lembra Renzo Provinciali, sobretudo em época de transição, pelo escopo de conferir maior garantia de perenidade a normas reputadas fundamentais” – concluem.

“Todo o direito processual, como ramo do direito público – escrevem ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO –⁴¹, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários; em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito

⁴⁰ **Constituição de 1988 e Processo. Regrimentos e Garantias constitucionais do processo.** Saraiva, 1989, p. 1.

⁴¹ **Teoria Geral do Processo.** RT, 7 ed., 1990, p. 75.

objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária”⁴².

As prerrogativas dos indivíduos, no sentido de poderem contestar as providências tomadas pelo Estado, formam uma relação a que identificaríamos como dialética.

Assim, por exemplo, se ao Estado é dado o direito de desapropriação, de executar seus créditos, de criar tributos, enfim, de impor comportamentos, por outro lado é assegurado ao indivíduo contestar tais atos do Poder Público quando estes atinjam de forma ilegal, direitos a ele pertencentes, agindo, em tais circunstâncias, através do *Mandado de Segurança Individual ou Coletivo*; do *Habeas Data* e *Habeas Corpus*; do *Mandado de Injunção* e do *Controle da Inconstitucionalidade das Leis e Atos Administrativos*. Mencione-se ainda a possibilidade que tem o cidadão (no sentido político-eleitoral) para, através da *Ação Popular*, fiscalizar a aplicação do dinheiro público, isto em defesa dos interesses maiores da coletividade⁴³.

Um ponto deve ser ressaltado: se as Declarações de Direitos Individuais enumera, positivando, aqueles que são próprios do homem, isto tudo seria em vão se, em última análise, não estivessem constitucionalmente consagrados os meios de fazê-los respeitados.

Neste sentido, RUI BARBOSA era taxativo: "O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta por si só para assegurar o seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão freqüentemente se apossa dos governantes. Para isso a declaração de direitos se completa com o enunciado das garantias que protegerão os referidos direitos, enunciado este que a Constituição formaliza".

⁴² A presença do que se poderia denominar de presença dos *aspectos processuais na Constituição*, fez surgir, no âmbito da Ciência Processual, a defesa da *Unidade da Ciência Processual*, dando origem à Teoria Geral do Processo. A propósito, veja-se ANTÔNIO CARLOS, ADA GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., p. 49.

⁴³ Ver IVO DANTAS, *Constituição Federal - Teoria e Prática* - v. I (Ed. Renovar, 1995); idem, *Mandado de Injunção - Guia Teórico e Prático* (Aide Editora, 1994, 2. ed.); *O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional)* (Ed. Renovar, 1996).

Em seguida, o clássico RUI conceitua as *Garantias Constitucionais* em dois sentidos – *lato* e *estrito*. No primeiro, “vêm a ser acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então Garantias Constitucionais no sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição”. Já “em sentido estrito, se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizada pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”⁴⁴.

A lição exposta traz consigo um importante enfoque: para RUI, a Divisão de Função aparece como uma Garantias Constitucional, na medida em que evitará a concentração de poderes nas mãos de um ou de poucos. Contudo, por enquanto, a nós interessa a perspectiva segundo a qual se oferecem aos indivíduos meios para fazer valer os direitos assegurados, em tese, no texto maior. Ressalte-se que no denominado Estado de Direito, cada vez mais, procura-se o aperfeiçoamento destas prerrogativas, do que é exemplo, nosso recém adotado *Mandado de Injunção*.

Tal aspecto torna os Direitos e as Garantias um conjunto indissociável, até mesmo no instante de serem conceituados e entendidos.

AMANCIO ALCORTA no ensaio *Las Garantias Constitucionales*, citado por PINTO FERREIRA⁴⁵ entende os direitos individuais como “todos aqueles que constituem a personalidade do homem e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente, sem outra extrema que o limite do direito recíproco... Os direitos individuais, se bem sejam elementos da personalidade do homem, manifestam-se na própria pessoa, nas coisas e nas ações. Na pessoa, em todos os atos referíveis à liberdade individual. Nas coisas, com respeito ao seu uso e disposições exclusivas, propriamente meios de adquiri-las, de existência e de bem-estar. Enquanto às ações, com respeito a manifestações orais ou escritas da palavra e a todo exercício que com ela se relaciona”.

⁴⁴ *Comentários à Constituição*, v. VI, p. 278-279.

⁴⁵ *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Ed. RT, 1971, 5 ed., v. II, p. 8.

NICOLA MATTEUCCI escrevendo o verbete "Diritti Dell Uomo" no conceituado **Dizionario di Politica** dirigido por NORBERTO BOBBIO e o próprio MATTEUCCI ⁴⁶, doutrina em feliz síntese: "Infine questi diritti possono essere classificati in civil, politici e sociali. I primi sono quelli che attengono alla personalità dell'individuo (libertà personale, di pensiero, di religione, di riunione, libertà economica), per cui all'individuo è garantita una sfera di arbitrio o di licità, perché il suo comportamento non violi il diritto degli altri. I diritti civili obbligano lo Stato a un attenggiamento di non impedimento, a una astensione (sono una libertà *da*). I diritti politici (libertà di associazione nei partiti, diritti elettorali) sono collegati alla formazione dello Stato democratico rappresentativo e implicano una libertà attiva, una partecipazione dei cittadini nel determinare l'indirizzo politico dello Stato (sono una libertà *di*). I diritti sociali (diritto al lavoro, all'assistenza, allo studio, tutela della salute, libertà dalla miseria e dalla paura) maturati dalle nuove esigenze società industriale, invece, implicano un comportamento attivo da parte dello Stato in garantire ai cittadini una situazione di certezza (sono ancora libertà *da*)".

Para nós, os direitos e garantias individuais são aquele conjunto de preceitos jurídicos que, por sua natureza mesma, são inalienáveis ao homem como tal, fundamentados em seu sentimento de justiça; são manifestações de um resguardar-se frente à Organização Política e aos quais só se conhece, como limites, os mesmos direitos pertencentes a outro indivíduo, tal como no imperativo kantiano: o direito de um termina onde começa o direito do outro.

Tal conceito, chama a atenção para os limites sócio-econômicos – elevados à categoria de direitos reconhecidos jurídico-positivamente – que são impostos, sobretudo, após o constitucionalismo oriundo da 1ª Grande Guerra Mundial (México e Weimar), e que comprovam a não imutabilidade da tábua de Direito Individuais.

Em livro intitulado **Derecho Procesal Constitucional** ⁴⁷, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ escreve que "si en las Constituciones existen normas referentes a los distintos procesos – a fin de consagrar

⁴⁶ Unione Tipografica - Editrice Torinese - UTET - 1986, p. 314.

⁴⁷ Editorial Civitas, S. A, Madrid, 1980, p. 50.

elementales garantías procesales – es obvio que contendrán normas sobre aquellos procesos instituidos, precisamente, para conocer pretensiones fundadas en la propia Constitución. Es más, son las Constituciones las que regulan básicamente estos procesos, siendo complemento de los preceptos constitucionales las correspondientes leyes orgánicas.

Esta doble circunstancia – normas reguladoras y normas que constituyen la materia litigiosa – há dado lugar a que su estudio se haya hecho, principalmente, no por los procesualistas, sino por los constitucionalistas, de espaldas a la técnica procesal”.

5. O Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional

Esta realidade, ou seja, a consagração de *garantias constitucionais em relação ao processo e ao procedimento*, além da existência de *ações que têm matizes e natureza constitucionais*, fizeram surgir, em nível doutrinário e já com extensa bibliografia, o hoje denominado, por alguns, de *Direito Constitucional Processual*, enquanto outros preferem a expressão *Direito Processual Constitucional* ⁴⁸, chegando mesmo PAULO BONAVIDES ⁴⁹ a escrever que “é de assinalar que com a *publicização* do processo, por obra de novas correntes doutrinárias do Direito Processual Contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados, que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional”.

Uma questão de ordem epistemológica pode ser trazida à colação, ou seja, qual a melhor denominação, *Direito Constitucional*

⁴⁸ Nesta linha de estudos, e a título de exemplos, podem-se citar JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo Constitucional* (Forense, 1984); ROBERTO ROSAS, *Direito Processual Constitucional - Princípios Constitucionais do Processo Civil* (Ed. RT, 1983); JESÚS GONZÁLES PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional* (Editorial Civitas, Madrid, 1980), e isto para não falarmos em monografias sobre temas específicos, e dentre os quais se tem destacado a análise das *Garantias Constitucionais dos Princípios Processuais*

⁴⁹ *Direito Constitucional*. Forense, 2 ed., 1986, p. 14.

Processual ou *Direito Processual Constitucional*? E mais: a utilização de uma ou outra implicará em uma diferenciação de objeto?

Para JOSÉ FREDERICO MARQUES⁵⁰, “pode-se falar, também em Direito Processual Contemporâneo como o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o Direito Constitucional Processual que trata das normas do processo contidas na Constituição”.

RONALDO BENEDICTO CUNHA CAMPOS, em monografia intitulada *Garantias Constitucionais no Processo Civil no Brasil e na Itália*⁵¹, ao analisar as relações entre *Processo e Constituição*, doutrina que “desnecessário advertir que as normas de direito processual, como aquelas dos demais setores do ordenamento jurídico, encontram seu apoio na Constituição”.

Quanto ao processo, entendemos que o conjunto de regras destinado à sua disciplina assenta-se em uma norma jurídica, à qual denominamos *norma processual fundamental*⁵².

Esta assegura ao Estado o monopólio do poder de compor (solucionar) as lides e garante aos sujeitos da lide o poder de participar da atividade destinada a tal composição.

O enunciado acima a nosso ver encontra-se realizado no conceito de devido processo legal” – conclui.

Adiante, o mesmo autor afirma: “Assentamos como hipótese de trabalho os seguintes pontos:

a) O direito processual repousa em uma norma, norma processual fundamental, que assegura tanto o monopólio do poder estatal de compor lides como a participação do litigante na atividade destinada a realização de sua composição;

b) A norma processual fundamental encontra expressão no instituto do devido processo legal que a explicita;

⁵⁰ **Manual de Direito Processual Civil**. Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, v. I, p. 30-31.

⁵¹ Dissertação de Mestrado, Belo Horizonte, 1985, p. 1-2 (Texto mimeografado).

⁵² Itálico nosso.

c) A Constituição contém esta norma, como nos mostra o exame sistemático da mesma;

d) A garantia do devido processo legal é aceita, há muito, na doutrina, como de nível constitucional”⁵³.

Referindo-se aos desdobramentos do *devido processo legal*, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*Proceso Constitucional en Brasil* ⁵⁴), com base em lição de EDUARDO J. COUTURE, doutrina: “A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais”.

E, mais adiante, prossegue: “Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais”.

Finalmente, uma observação: para HÉCTOR FIX-ZAMUDIO ⁵⁵, são quatro os setores dentro desta nova disciplina, a saber: 1) – Jurisdição; 2) – Garantias Judiciais; 3) – Garantias das Partes e 4) – Formalidades essenciais do procedimento.

5. Nossa posição

Ao nosso ver, e sem maiores discussões doutrinárias, poderíamos afirmar que o *Direito Processual Constitucional* é o conjunto de normas referentes aos requisitos, conteúdos e efeitos do

⁵³ Ob. cit., p. 6.

⁵⁴ In: GARCIA BELAUNDE, D. – FERNANDES SEGADO, F. (Coordenadores), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Dykinson S. L, Madrid, 1997, p. 441-442.

⁵⁵ Artigo intitulado *Reflexiones sobre el Derecho Constitucional Procesal Mexicano*. Cf. FAVELA, artigo citado, p. 29.

processo constitucional, isto é, aquele dirigido à solução das controvérsias decorrentes da aplicação da Lei Maior, tendo como grande tema de análises, a *Jurisdição Constitucional*. O *Direito Constitucional Processual*, por seu turno, abrangeria o conjunto de normas processuais existentes na Constituição, tais como as garantias constitucionais referentes ao *Processo* e ao *Procedimento*.

Partindo do que foi dito, temos:

Direito Processual Constitucional: preocupa-se com a denominada *Jurisdição Constitucional* e com as ações que visam a integridade e defesa da própria Constituição, ou seja, aquelas que hoje o Controle de Constitucionalidade ⁵⁶;

Direito Constitucional Processual: traz em si dois sentidos, a saber:

a) preocupa-se com a com a própria existência das garantias referentes ao processo e ao procedimento, entendendo-se como tal, a fixação de um Poder Judiciário e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do Ministério Público, sistema recursal, garantias do devido legal (*due process of law*) e seus desdobramentos;

b) consagração de ações tipicamente constitucionais – denominadas de *Remédios Constitucionais* – exatamente, aqueles que visam tornar efetivos os Direitos constitucionalmente assegurados, como, por exemplo, *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, valendo acrescentar a estes, e especialmente no caso brasileiro, os institutos do *Habeas Data*, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, os quais deverão levar em consideração as diferentes denominações consagradas em variados sistemas jurídicos, para ações com os mesmos objetivos ⁵⁷.

Este entendimento – vale lembrar – não é pacífico, entretanto, para a totalidade da Doutrina que se preocupa com o tema.

⁵⁶ No Brasil, em suas diversas formas: *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, *Inconstitucionalidade por Omissão*. A propósito, veja-se IVO DANTAS, **O Valor da Constituição. Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional**. Ed. Renovar, 1996.

⁵⁷ Cf. FAVELA, ob. cit., p. 29.

Ver

GREGÓRIO BADENI, interessante esquema sobre *Garantias Constitucionais* (in **Instituciones de Derecho Constitucional**, pp. 637 e segs):

Segurança Jurídica;
Irretroatividade da Lei;
Devido Processo Legal;
Recurso de Amparo;
Habeas Data;
Habeas Corpus e
Recurso Extraordinário.

HERNÁNDEZ VALLE (**El Derecho de la Constitucion**, v. I), capítulo sobre Teoria da Constituição.

ENRICO DELL'AQUILA (**Introducción al Estudio del Derecho Ingles**), capítulo sobre Direito Comparado.

DE LOS MOZOS, (**Derecho Civil**, Cap. II), “Ideologia y Derecho”, p. 41-70; (**Metodologia**, cap. I), “Presupostos...”, p. 5-45.

J. MIRANDA, vol. I, DC e DP, p. 14.

BADÍA (**Regimenes Politicos Actuales**), “Origem e Difusão do Direito Constitucional Clássico”, p. 26 e segs.

GALLEGO ANABITARTE A. *Sobre el comentario constitucional. Teoria y Método*. REP, n. 121 (1962), p. 144 e segs.

S. AGESTA, *Las primeras cátedras de D. Const.* REP, n. 126 (1962), p. 103.

VERGONTINI, *Balance y Perspectivas del DC Comparado*. REDC, n. 19, enero-abril, 1987.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 E ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DA SUA EFETIVIDADE E O RESPEITO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS.

GABRIEL IVO

Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP;

Professor assistente do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas – UFAL;

Procurador de Estado de Alagoas.

Introdução

O texto que ora se inicia pretende abordar alguns pontos da reforma administrativa. Não se trata de um comentário, e sim, um ensaio teórico tomando como base empírica alguns dispositivos da emenda constitucional. Visa, especialmente, demonstrar a natureza jurídica do denominado poder de reforma, confrontando-o com o respeito ao direito adquirido.

Antes de adequadamente regulamentada, eis que a Constituição de 1988 já não é mesma promulgada originariamente. Vinte emendas constitucionais, mais cinco de revisão, transfiguraram o texto inicial.

Com relação à tão propalada reforma administrativa, objeto das presentes meditações, a verdadeira reforma seria a aplicação do texto primitivo. Muitas das alterações nos enunciados constitucionais, realizadas por meio da Emenda nº 19/98, cuidam, na verdade, de estabelecer um texto mais rigoroso no intuito de controlar a produção das normas jurídicas pelos aplicadores do Direito. É o que vamos encontrar nas novas redações dos incisos XIII e XIV do art. 37. Outras questões, como o desligamento dos servidores não-estáveis, agora tomaram um perfil mais complexo, o que entra em evidente descompasso com os fins da reforma.

O inciso XIII do art. 37, da C.F., com a redação da Emenda Constitucional nº 19/98, pretende dar um alcance maior à expressão anterior “vencimentos”. Agora, expressamente o texto constitucional menciona “qualquer espécie remuneratória”. É que, para fugir do raio

de alcance da norma constitucional anterior, alguns intérpretes utilizavam o argumento *a contrario sensu*. Ou seja, a Constituição só fala em vencimentos, então quaisquer outras espécies remuneratórias não estão vedadas de vinculação ou equiparação. A argumentação *a contrario* deve ser utilizada com prudência, porquanto não pode levar a conclusão antinômica com com o sistema jurídico, especialmente o sub-sistema constitucional. É certo, portanto, que o texto anterior já proibia a qualquer espécie de remuneração a vinculação e a equiparação. A virtude do texto atual é evitar dúvidas. Assim, a vedação de vinculação e equiparação abrange toda e qualquer espécie de remuneração, tais como: subsídio; vencimentos; proventos; pensões; salários etc. O novo texto também exclui, em função de acerto redacional, a remissão ao art. 39, § 1º. É que a reforma administrativa aboliu a denominada isonomia de vencimentos.

O inciso XIV do art. 37 com a nova redação evita interpretações que inibiam o seu alcance. Com a redação anterior alguns entendiam que a proibição de computação e acumulação de acréscimos pecuniários estava atrelada à cláusula “sob o mesmo título ou idêntico fundamento”. Assim, não sendo do mesmo título nem de idêntico fundamento, poderia haver a computação e a acumulação. Obviamente que tal interpretação esvaziava a eficácia do dispositivo, e terminava por permitir o que pretendia acabar. É que a redação anterior trazia duas normas: 1ª) a **proibição** de se tomar como base de cálculo dos novos acréscimos a retribuição básica aduzida dos acréscimos preexistentes; 2ª) a **proibição** de se cumular acréscimos percebidos sob o mesmo título ou idêntico fundamento.¹ Agora, a primeira regra ficou evidente. Quanto à segunda, é evidente que se mantém a proibição, que é decorrente da interpretação sistemática. Não se pode perceber duas vezes pelo mesmo fato. Ou seja, um mesmo acréscimo pecuniário, mesmo que camuflado por outra nomenclatura, não pode ser repetitivamente percebido.

Com relação aos servidores não-estáveis, aqueles que ingressaram no serviço público sem concurso após 05.10.83, que antes da emenda nº 19/98 poderiam ser desligados do serviço público, após a reforma só poderão ser afastados se presentes os pressupostos

¹ Cf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, **Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta**, 3 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p.83.

do *caput* do art.169,² e do inciso I, do seu § 3º.³ Ausentes os pressupostos, tais servidores gozam de estabilidade.

1. A Efetividade

Falar de efetividade impõe uma incursão sobre aspectos ontológicos do Direito, especialmente no concernente às linguagens que compõem o seu discurso.

O Direito, tomado no plano do objeto, incide sobre a conduta visando alterá-la em função de uma finalidade que a comunidade anela. De nada adiantaria o Direito coincidir com a realidade, porquanto não atingiria seu fim precípuo: *que é alterar a realidade*. Por sua vez, o Direito visto como a linguagem descritiva da Ciência do Direito, não se projeta sobre a conduta humana. Apanha as normas jurídicas e as tem como temática. Como se vê, são duas linguagens: (i) uma prescritiva incidente sobre a conduta humana; (ii) outra descritiva das normas jurídicas. A primeira altera a conduta, a segunda transmite conhecimento. A distinção entre as duas linguagens é fundamental. É comum a confusão entre a Ética com o seu objeto; a Moral, bem como da Ciência do Direito com o seu objeto: as normas jurídicas.

Dentro da tarefa de alterar a conduta humana, o elaborador das normas jurídicas depara-se com um limite semântico. A relação que se estabelece entre o suporte físico (a palavra falada ou escrita) e o significado, que é a referência objetiva (o que prescreve a norma) tem um óbice intransponível insito ao próprio Direito. Será um sem sentido deontico o Direito prescrever aquilo que for *factualmente impossível* ou *factualmente necessário*. Tal aspecto não passou ao largo do pensamento de LOURIVAL VILANOVA: “se for *factualmente necessário*, ou *factualmente impossível* uma conduta ou um fato, resultará um sem-sentido estatuir proposição normativa contraposta ao curso natural das coisas”.⁴

² A despesa com o pessoal ativo e inativo ultrapassar os limites estabelecidos em lei complementar.

³ Redução de pelo menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança.

⁴ **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 50.

Pois bem, dentro das balizas do *necesário* e do *impossível*, é que o legislador dosa a regulação da conduta. A extrapolação das barreiras desemboca na ineficácia do Direito, posto que desautoriza a própria juridicidade. Afinal de contas, efetividade da norma significa “o facto de ela ser efectivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos factos”.⁵

Destarte, a efetividade do instrumento introdutor de normas jurídicas denominado Emenda Constitucional nº 19/98, dependerá primeiramente da vontade política dos Administradores na aplicação das novas normas constitucionais. Não basta que se pronuncie a incidência da norma jurídica. Até porque a incidência não se dá de modo automático e infalível. A incidência pressupõe linguagem competente em dois momentos. Primeiro, na construção da norma jurídica. Norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos norma jurídicas, e sim, meros enunciados lingüísticos esparramados pelo papel. A advertência de EROS GRAU explica: “*Es necesario que se aclare, en este momento, que tomo la interpretación como una actividad que sirve para transformar las disposiciones (textos, enunciados) en normas; la interpretación es un medio de expresión de los contenidos normativos de las disposiciones, un medio por el cual el juez descubre las normas contenidas en las disposiciones*”.⁶ Segundo, o fato só se torna fato quando vertido em linguagem. Antes, mero evento que se consome no tempo e no espaço, conforme ensina TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: “É preciso distinguir entre *fato* e *evento*. A travessia do Rubicão por Cesar é um *evento*. Mas ‘Cesar atravessou o Rubicão’ é um *fato*. Quando, pois, dizemos que ‘é um fato que Cesar atravessou o Rubicão’ conferimos *realidade* ao *evento*. ‘Fato’ não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”.⁷ Nos dois momentos a presença humana é imprescindível. No ato de vontade de

⁵ HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. Coimbra, Arménio Amado Editora, 1984, p. 29.

⁶ *La Doble Desestructuración y La Interpretación del Derecho*. Barcelona, Editorial M. J. Bosch, S. L., 1998, p. 13.

⁷ *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo Editora, Atlas, 1991, p. 253.

aplicação; o intérprete autêntico no sentido kelseniano. E no ato de interpretação, de designação do sentido dos textos normativos, ou seja, na construção das normas jurídicas; o intérprete não autêntico de Kelsen.⁸

Além da vontade política dos Administradores, a efetividade das normas constitucionais introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, depende do sentido que se lhes dê. Este aspecto está intimamente relacionado com o primeiro. Como veremos no curso do trabalho, a norma jurídica não se confunde com o texto ou enunciado. A norma jurídica consiste na significação que colhemos da leitura dos textos do direito positivo.

A efetividade do direito ainda depende da sua validade. Afastamo-nos, aqui, da doutrina de PONTES DE MIRANDA dos planos da *existência*, *validade* e *eficácia*. Às proposições normativas são atribuídos tão-somente os valores *válido* e *não-válido*. Assim, só a norma válida pode produzir efeitos. Agora, a norma válida pode ser invalidada e ter desfeitos os efeitos que indevidamente produziu. Se *ex tunc* ou *ex nunc*, é solução a ser dada pelo sistema normativo.

Assim, não é porque *existente* uma norma jurídica que a ela, quando invalidada, se atribui efeitos jurídicos. A atribuição de efeitos à norma inválida é solução a ser tecida pelo ordenamento jurídico, tomando como apoio o princípio da segurança jurídica ou outros caros ao legislador.

2. O Chamado “Poder Constituinte” Derivado

O Direito regula a sua própria criação, possuindo uma autonomia auto-referencial, de modo que seus elementos são construídos a partir do próprio sistema.⁹ Norma põe norma. É no interior do sistema jurídico onde vamos encontrar as maneiras de criação, transformação e extinção das normas jurídicas. LOURIVAL VILANOVA, como sempre, elucida: “Ora, inexistente fonte de construção de normas sem normas que se estatuem tais ‘fontes’. Fonte não é um

⁸ Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, op. cit., p. 463 e ss.

⁹ Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. São Paulo, Editora Saraiva, 1998, p. 102 e ss.

fato extra-sistemático, um dado sociológico que forneça normas válidas. Se o dado sociológico não é convertido implícita ou explicitamente por normas **do** sistema jurídico em fonte (formal, técnica, dogmática, como se denomine), esse dado **deveria** (juízo de deontologia política) ser fonte, mas **no interior** do sistema não é”.¹⁰ Uma das formas previstas no ordenamento jurídico para a criação normativa consiste na reforma constitucional.

Mas, para que se discuta a validade da Emenda Constitucional nº 19/98, urge um esclarecimento acerca do termo “poder constituinte derivado”.

Conforme esclarece Eurico MARCOS DINIZ DE SANTI, dois são os níveis, ou tipos, possíveis de classificações jurídicas: (I) aquelas construídas no direito positivo e (II) as descritas na Ciência do Direito. As classificações no direito positivo têm cunho prescritivo e o fim precípuo de outorgar regimes jurídicos e definir situações jurídicas específicas aos produtos dessas classificações. De outra parte, as classificações da Ciência do Direito caracterizam-se por se apresentar em linguagem descritiva e, justamente, têm por objeto descrever as proposições prescritivas do direito positivo.

Se a classificação é elaborada pelo legislador, ela é válida (valor que se opõe a não-válido), e como não se trata de proposição descritiva, a ela não se pode atribuir os valores verdadeiro ou falso nem correto ou incorreto.

Por outro lado, coisa diversa é a classificação efetivada pelo cientista do direito; cuida de proposição descritiva, e por isso há de ser mantida coerência e fidelidade aos critérios previstos no direito positivo; sendo correta, é verdadeira; caso contrário, é falsa.¹¹

A doutrina costuma classificar o poder constituinte em **originário e derivado**. O primeiro é aquele que cria a Constituição do Estado, suas marcas indispensáveis são: ilimitação; incondicionamento, e insubordinação.

¹⁰ **Norma Jurídica – proposição jurídica (significação semiótica)**, Revista de Direito Público, nº 61 (janeiro/março), p. 19. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.

¹¹ EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **As Classificações no Sistema Tributário Brasileiro**, 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – Justiça Tributária. São Paulo, Editora Max Limonad, 1998, p. 132-133.

Já o segundo, é produto do poder constituinte originário: o poder constituinte derivado ou instituído. Tem essa denominação porque constitui criação do primeiro. O corolário dessa derivação consiste no fato de não possuir as características típicas do poder constituinte originário, tendo a finalidade de rever a criação do primeiro poder: a Constituição.

Sendo um poder constituinte de segundo grau, não possui as características do originário: é limitado; subordinado e condicionado. A Constituição Federal impõe-lhe fronteiras e não pode desenvolver-se livremente, posto moldado por formas e condições.

Podemos constatar que o poder constituinte derivado é totalmente diverso do poder constituinte originário: enquanto o primeiro tem sua ação reduzida por amarras previamente estabelecidas, o segundo não está submetido, do ponto de vista jurídico, a coisa alguma. Um pertence ao mundo do Direito, aquele que se desenvolve numa ordem objetiva de validade, no plano do *dever ser*. O outro está localizado no mundo dos fatos, o ambiente não-jurídico, não resultante da incidência das normas jurídicas. Por isso as características de um são exatamente a negação das características do outro. O poder constituinte originário analisado do ponto de vista jurídico pode tudo; já o poder constituinte derivado só pode agir dentro do âmbito marcado na Constituição Federal.

O poder constituinte originário não surge da incidência de norma jurídica, é independente do Direito e nenhuma norma o condiciona. Dentro do espectro político estabelece tudo o que quiser, sendo incontestável. Já o poder constituinte decorrente é limitado formal e materialmente.¹²

O poder constituinte derivado destina-se a reformar a Constituição, é uma criação desta. Da mesma maneira que a

¹² A distinção entre aspectos formais e materiais tem apenas um cuidado didático. Do ponto de vista jurídico, o *material* está contido no *formal*. Com efeito, a forma de alteração da Constituição não pode versar sobre certas matérias. Assim, o ângulo material apenas apresenta algum sentido jurídico quando inserido numa forma. O aspecto material, portanto, é intra-formal. Fora do procedimento para a elaboração da emenda à Constituição, não há o que se falar em limite material.

Constituição cria os poderes legislativo, executivo e judiciário,¹³ cria também um poder constituinte derivado.

Os poderes que a Constituição produz nada mais são que um conjunto limitado de **competências**. São órgãos prescritos para a realização de determinadas tarefas, que só poderão ocorrer validamente se se vergarem às formalidades previstas. Atuam sempre na moldura do ordenamento jurídico.

O poder constituinte derivado criado pela Constituição não significa força nem potência. Apresenta-se como uma ponência, uma atribuição, uma competência. Como toda competência sofre rígidas limitações, porquanto a fixação de competência tem como corolário básico a exclusão das demais competências não concedidas. Enquanto o poder constituinte originário é ilimitado, incondicionado e autônomo, o derivado sofre balizamentos formais e vedações materiais, circunstanciais e temporais, bem como vedações lógicas, que são os limites inadequadamente chamados de implícitos. Dada essa característica do poder constituinte derivado, é incorreto articulá-lo em torno da idéia de *poder*, já que poder também é destinado para denominar o poder constituinte originário, que tem aspectos totalmente distintos. Um é poder de fato, o outro é poder jurídico. Todavia, o poder que chamam de derivado, nada mais é que uma competência para reformar a Constituição, que só difere da competência para legislação ordinária diante do produto.

Há uma diferença conotativa entre o poder constituinte chamado de originário e o poder constituinte dito derivado.

Urge uma tomada de posição porquanto um não pode ser tomado pelo outro. Se chamamos o primeiro de poder constituinte não poderemos assim denominar o segundo. Mas o fato é que ambos produzem disposições da mesma natureza: disposições constitucionais, ou seja, cláusulas fundantes, fonte de validade de todos os demais instrumentos introdutórios de normas jurídicas. Mas há uma diferença. O primeiro produz enunciados prescritivos como

¹³ “Quando a Constituição discrimina os poderes, legislativo, executivo, judiciário, assiste-se à atividade do poder constituinte, procedendo à distinção entre as regras que ele mesmo se incumbiu de ditar e as que ficaram no poder legislativo ordinário.” Ver PONTES DE MIRANDA, **Poder Estatal. Poder Constituinte. Poderes Constituídos**. Revista Forense, n. 105, p. 7. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1946.

desejar, já o segundo terá um campo delimitado de atuação. Um seria um poder constituinte metajurídico e o outro um poder constituinte jurídico.

Por ser metajurídico, o primeiro seria o poder constituinte da Ciência Política; o segundo, como poder jurídico, é o poder constituinte do Direito Constitucional.¹⁴

Para que possamos denominar a reforma da constituição como uma ação do poder constituinte derivado, temos de tomá-lo no significado jurídico,¹⁵ ou seja, poder constituinte derivado é aquele que tem a competência de modificar a Constituição sob firmes bases estabelecidas na própria Constituição. Poder constituinte com a elucidação de que se trata de uma competência jurídica para modificar a Constituição. Assim, a modificação solene ou formal realizada na Constituição é fruto do poder constituinte derivado, que é o mesmo que uma competência – regra de estrutura –, porquanto se funda numa norma jurídica. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o "Poder Constituinte Derivado merece o nome de constituinte na medida em que se trata de um poder jurídico reconhecido para modificar uma regra que seria hierarquicamente superior a todas as outras e, de conseguinte, um poder suficiente de direito para constituir uma regra jurídica que será igualmente superior a todas as outras regras jurídicas, cumprindo então a mesmíssima função que a cumpria a Constituição, e que, modificados os dispositivos, modificados anteriormente, se colocasse como fonte hierarquicamente mais elevada que as demais fontes de Direito"¹⁶.

O poder constituinte derivado produz dispositivo constitucional hierarquicamente localizado acima dos demais. Concluído o processo de atuação, os dispositivos produzidos ocupam o lugar dos dispositivos revogados.

¹⁴ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1993, p.128.

¹⁵ Sempre que não for possível a estipulação precisa dos vocábulos, devemos proceder ao processo de elucidação, que consiste na explicitação do sentido em que foi utilizado. São os limites da palavra.

¹⁶ **O Poder Constituinte**. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro, 1985, p. 73.

Os limites, contudo, à atuação do denominado poder constituinte derivado, do ponto de vista didático,¹⁷ podem ser de dois matizes.

No campo material o poder constituinte derivado sofre limites impostos pelas cláusulas imodificáveis, cujo descumprimento é aferido em face da discrepância verificada entre o seu conteúdo e o conteúdo do enunciado normativo produzido.

Os limites materiais na Constituição Federal brasileira situam-se no § 4º do artigo 60. Afastamos a denominação limites implícitos, porquanto sendo os limites normas jurídicas, toda norma jurídica é sempre implícita. Não há norma jurídica expressa, escancarada aos olhos do ser cognoscente. Toda norma jurídica nasce da atividade interpretativa. Ausente o ser cognoscente não há norma jurídica, e sim, enunciados prescritivos (suporte físico). Destarte, a matéria não contida no núcleo imutável, cuja significação será extraída contextualmente, não pode ser objeto de modificação. No campo formal, incluídos os aspectos circunstanciais, os limites dizem respeito ao procedimento, ao órgão, à iniciativa, à tramitação e ao *quorum*.

3. Definição do Conceito de “Poder Constituinte” Derivado.

Definir¹⁸ uma palavra é indicar o seu significado, estabelecer os seus *fins*. No sentido largo, conceito significa todo

¹⁷ Penetrar no texto, separar o inseparável, apenas para melhor mostrá-lo, porquanto sabemos que o aspecto material reside no formal.

¹⁸ Definição aqui pertencente ao plano descritivo da ciência do direito. É que no plano do objeto, prescritivo, também temos definições. Só que no plano do objeto as definições são sempre estipulativas, porquanto não pretendem alcançar o real, e sim, prescrever a real. Alterar a realidade para criar uma realidade própria; normativa. “(...) *las definiciones del legislador obligan a todos los que usan y aplican las normas jurídicas a usar esas definiciones, es decir, a entender las correspondientes expresiones en el sentido que el legislador les atribuye y usarlas con este sentido. En consecuencia, se trata de una clase especial de normas que sólo difieren de otras normas en que la conducta prescripta es conducta verbal o lingüística, pero conducta en fin. Si por ‘norma’ se entiende una expresión que ordena, prohíbe o permite una conducta, entonces las definiciones legales son normas*”. CARLOS E. ALCHOURRON E EUGENIO BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho (Definiciones y normas)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

processo possibilitador da descrição de um objeto cognoscível. O que tentamos fazer até agora foi um procedimento semântico com função de apontar as notas que permitem isolar o conceito de poder constituinte derivado dos demais poderes constituintes existentes no discurso da Ciência do Direito.

Todo caminho percorrido foi necessário para deixar nítido que o poder constituinte derivado consiste numa competência contida na Constituição Federal. Ao contrário do constantemente afirmado, o poder constituinte derivado não é, do ponto de vista jurídico, constituinte.

Com efeito, se poder constituinte consiste no que faz a Constituição de um Estado, afirmar que o poder (=competência) que a modifica é, identicamente, poder constituinte, significa afirmar que constituinte é igualmente não constituir.

A reforma, segundo NELSON SALDANHA,¹⁹ não institui uma Constituição; mantém uma já feita. Consoante o autor o poder de reforma é um poder cirúrgico, um poder "*reconstituente*", visto que apenas refaz uma Constituição pronta. As diferenças não permitem situá-los num mesmo plano.²⁰ O autor, no entanto, entende como poder constituinte originário – expressão que reputa pleonástica – apenas aquele que atua inauguralmente, na formação histórica inicial do Estado, o que originou estruturas e experiências constitucionais num determinado Estado, ou seja, o poder constituinte fundacional. O poder que estabelece uma nova constituição dentro de uma sequência constitucional, conforme ainda o mesmo autor, equívale a um poder instituído, o que seria dentro da classificação usual poder constituinte revolucionário, uma espécie de poder constituinte originário ao lado do fundacional.

Mesmo o autor não entendendo o poder constituinte revolucionário como poder constituinte originário, e sim, poder instituído, o importante notar é que denuncia e evidencia o equívoco

¹⁹ **Poder Constituinte.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 87.

²⁰ NELSON SALDANHA anota: "É todavia inaceitável esta identificação, e logicamente estranha a expressão 'poder constituinte de revisão'. Pois fazer Constituição é uma coisa; emendar é outra. O poder constituinte tem um alcance muito maior; é ele que coloca a vida constitucional, que precede toda existência constitucional", idem, ibidem, p. 86.

da expressão poder constituinte para a designação de poderes instituídos pela própria Constituição.

Consoante MICHEL TEMER²¹ seria mais adequado reservar a expressão "*poder constituinte*" apenas para o caso de emanção normativa direta da soberania popular; os outros poderes consistiriam fixação de competência contida na Constituição. São duas: a *reformatora*, capaz de modificar a Constituição; e a *ordinária*, apta para editar a normatividade infraconstitucional.

Assim, para evitar ambigüidades, ou uso de expressões imprecisas como poder constituinte factual, aquele incontestável em relação à norma jurídica e poder constituinte jurídico, o qual se funda numa norma jurídica, afastamos o uso dessas expressões.

No plano jurídico não há poder constituinte, mas tão-somente competência para modificar a Constituição Federal. Tal competência consta de normas jurídicas denominadas normas de estrutura.

O chamado "poder constituinte" instituído só pode ser considerado como um poder dentro do sistema jurídico. Poder intraconstitucional completamente dependente e subordinado à Constituição Federal. Constitui poder instrumental, para adaptar a Constituição Federal às novas realidades impostas pelos fatos sociais, criando enunciados jurídicos da mesma posição hierárquica do que modifica.

As contradições são armadilhas que comprometem a comunicação, e podem não traduzir adequadamente os objetivos cognoscitivos que se pretende. Fica confuso, portanto, articularem-se conceitos distintos em torno do semelhante rótulo poder constituinte. Se poder constituinte é ilimitado do ponto de vista jurídico, o poder também chamado de constituinte, mas que sofre limitações de normas jurídicas, poder constituinte não haverá de ser.

A expressão poder constituinte utilizada indistintamente pode e deve ser evitada, pois as situações que se enformam a partir de seu significado resultam melhor analisadas por outros termos.

²¹ **Elementos de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 35.

Conforme adverte ALF ROOS “la mayor parte de las palabras son ambíguas, y que todas as palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertumbre”.²² O significado de uma palavra, portanto, sempre estará em função da situação contextual em que estiver inserida. Por isso o significado de base e o significado contextual. Só o significado contextual pode desvelar o sentido da expressão poder constituinte. No contexto jurídico, a expressão poder constituinte não passa de conjunto de competência para a criação de instrumentos introdutórios de normas constitucionais.

4. “Poder Constituinte” Derivado: competência

Sendo uma competência, o denominado “poder constituinte derivado” é veiculado por meio de uma norma jurídica. Da sua incidência surge a emenda constitucional, veículo introdutor de normas constitucionais, como seu produto. Mas, é imprescindível que demonstremos o que entendemos como norma jurídica.

4.1. norma jurídica.

É comum no mundo do Direito a seguinte situação: a norma incide num fato e vincula a esse fato um relacionamento entre sujeitos de direitos. Mas o fenômeno descrito, mostrando a norma na sua atuação dinâmica, comporta algumas elucidações.

O Direito situado no plano do objeto, ou seja, visto como linguagem objeto (Lo), apresenta-se de maneira enunciativa. Explicando: sempre que falamos ou escrevemos, nos expressamos por meio de enunciados. Estes enunciados, conjunto de palavras, são significativos porque cumprem o requisito de expressar cabalmente uma idéia. Apresentam-se como conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação.²³

²² **Sobre El Derecho Y La Justicia.** Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires, Editora EUDEBA, 1994, p. 130.

²³ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Formalização da Linguagem – proposições e fórmulas.** Direito, Revista do Programa de Pós-Graduação da PUC/SP, São Paulo, Editora Max Limonad, nº 01, 1995, p. 143.

Os enunciados, portanto, têm existência concreta, o que ocorre mediante o suporte físico, e precisam estar bem construídos, pois a desordem interna priva-os de significação, não sendo considerados enunciados.

O enunciado estabelece uma relação, pois refere-se a algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é o seu significado: suscita em nossa mente uma noção, idéia ou conceito: é a significação.²⁴ O Direito apresenta-se vertido num corpo de linguagem, nele encontramos enunciados. O Direito não é uma linguagem. Exprime e manifesta-se por conduto de uma linguagem,²⁵ vazada em termos prescritivos, com vector dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade.²⁶

O Direito só existe onde há sociedade. O Direito só existe onde existem homens em comunicação. O Direito exige, é evidente, comunicação.²⁷ Requer, pelo menos, e disso ninguém duvida, duas pessoas, já que as relações jurídicas são sempre irreflexivas, porquanto ninguém pode estar, do ponto de vista jurídico, em relação consigo mesmo. Ora, se o Direito reclama comunicação, e se a comunicação ocorre por meio de signo, é disparatado negar a importância da Semiótica no estudo do Direito, afinal de contas a Semiótica é a teoria geral dos signos.

Tal atitude *metódica* não significa mudar o foco temático. Não significa o abandono da Ciência do Direito para fazermos Semiótica. Não. Absolutamente. Tal postura significa trazer a

²⁴ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Língua e Linguagem - Signos Lingüísticos - Funções, Formas e Tipos de Linguagem - Hierarquia de Linguagens*. Obra inédita, p. 4.

²⁵ Por isso, como bem adverte EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, "fazer Ciência do Direito, descrever seu objeto-formal, requer ingresso na linguagem dos enunciados que revestem o direito positivo". Ver **Lançamento Tributário**. São Paulo Editora Max, Limonad. 1996, p. 26-27.

²⁶ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, op. cit., p. 74.

²⁷ "En vez de decir que las palabras tienen referencia, sería preferible decir que cada palabra funciona como una herramienta que se usa para hacer algo o realizar alguna tarea en la comunicación". JOHN HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico*. Madrid, Alianza Universidad Textos, 1984, p. 37.

Semiótica como ciência para dentro da Ciência do Direito, possibilitando, assim, a potencialização do trabalho científico no Direito, porquanto aproxima, como uma lupa, com maior profundidade e segurança o intérprete, o ser cognoscente, da sua realidade normativa.

A aproximação maior do Direito possibilitada pela Semiótica, dota o ser cognoscente de mais recursos de linguagem e a partir daí pode ele falar mais e mais acerca do Direito, o seu objeto de investigação. Conhecer algo significa "saber proposições sobre".²⁸ Só conhecemos determinado objeto quando podemos expedir enunciados sobre esse objeto. Por isso a afirmação de LUDWIG WITTGENSTEIN: "Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo".²⁹

Assim, transportando a relação triádica ou trilateral – suporte físico, significado e significação –, apresentada acima, ao Direito, teremos: o enunciado - suporte físico – é representado pelos textos legais, que se referem à região material da conduta – o significado –, do qual retiramos um conceito correspondente a uma norma jurídica. O enunciado é o instrumento da norma jurídica. A norma jurídica, portanto, consiste na significação. PAULO DE BARROS CARVALHO enfatiza que "nunca é demais repetir que as normas jurídicas são as significações que a leitura do texto desperta em nosso espírito e, nem sempre, coincidem com os artigos em que o legislador distribui a matéria, no corpo escrito da lei".³⁰

A estrutura sintático-gramatical é o enunciado da norma jurídica. Porém as normas jurídicas têm uma estrutura lógico-sintática de significação. São juízos hipotéticos em que se enlaça certa consequência à realização condicional de determinado evento previsto no antecedente.

Como uma proposição é a significação de um enunciado, a norma jurídica constitui-se numa proposição prescritiva obtida por meio de todo o sistema jurídico no qual está integrada.

²⁸ Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Interpretação e Linguagem - Concessão e Delegação de Serviço Público*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros Editores, n. 10, 1995, p. 79.

²⁹ **Tratado Lógico Filosófico** (proposição 5.6). Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa, Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 114.

³⁰ **Curso de Direito Tributário**, op. cit., p. 153.

Tomando todo o ordenamento jurídico e realizando uma recomposição lógica, temos uma hipótese e uma tese ligadas por uma conexão. A hipótese é a parte da norma descritora de uma situação de possível ocorrência no mundo. A consequência prescreve uma relação deôntica.

Conforme mostrado linhas antes, o Direito expressa-se por intermédio de uma linguagem, possibilitando, assim, o seu estudo em três planos, quais sejam: o sintático; o semântico, e o pragmático.

JUAN RAMON CAPELLA³¹ explica que o estudo de qualquer linguagem pode conduzir-se em três níveis: no primeiro, se consideram os signos lingüísticos independentemente do seu significado e da pessoa que o usa; é o nível sintático. Também podem relacionar-se os signos com entidades estranhas a eles, e então, a relação examinada será com o seu significado e se tratará de uma investigação semântica, ou, se a relação é com o usuário da linguagem, consistirá numa investigação pragmática. Assim, no plano sintático os signos são examinados nas suas relações mútuas, isto é, signo com signo; o plano semântico ocupa-se da relação do signo com o objeto que ele representa; e no pragmático, os signos são vistos na relação que mantêm com os utentes da linguagem.

O estudo da estrutura lógica da norma jurídica situa-se no plano sintático. Aqui percebemos que tipo de termos tem e o modo de composição na construção de uma norma.

Em todas as normas jurídicas encontramos a mesma estrutura sintática, não obstante seu revestimento verbal não obedecer a uma forma padrão, como bem observa EDUARDO GARCIA MAYNEZ: *“Mas lo que debe preocuparnos no es ropaje verbal, sino la estructura lógica de la prescripción”*.³² No mesmo sentido adverte DANIEL MENDONÇA: *“Toda norma se formula (o puede ser formulada) en un lenguaje dado, pero la norma no debe ser concebida como un conjunto de signos lingüísticos, sino como el sentido que esos signos expresan”*.³³ O importante, no entanto, para que determinado enunciado, ainda que assuma a forma descritiva,

³¹ In: *El Derecho como Lenguaje*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1968, p. 22.

³² In: *Diálogos Jurídicos*. México, Editorial Porrúa, 1978, p. 25.

³³ *Interpretación y aplicación del derecho*. Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 1997, p. 39.

possa restar caracterizado como normativo, é a possibilidade de sua reenunciação. Assim, traduzindo ou recompondo logicamente as diversas modalidades verbais, temos sempre: "se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S, deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito".³⁴

Embora as proposições jurídicas sejam prescritivas (deônticas) e não meramente descritivas (apofânticas), podem ser enunciadas – e isso ocorre freqüentemente – sob revestimento verbal não prescritivo.

Mas há sempre uma hipótese e uma tese. A estrutura interna é implicacional, ou seja, a hipótese implica a tese. Na hipótese há a descrição, sem valor veritativo, de possível situação fáctica no mundo fenomênico, cuja ocorrência realiza o descrito na hipótese, que desemboca na consequência. Juntas, a hipótese e a tese, compõem o arquétipo estrutural da norma jurídica.

Referindo-se à hipótese da norma jurídica, diz LOURIVAL VILANOVA,³⁵ que consiste numa proposição descritiva de situação objetiva possível, é construção valorativamente tecida, com dados-de-fato, incidente na realidade e não coincidente com a realidade. A tese ou consequência da norma jurídica prescreve a relação que será estabelecida ante a realização da hipótese ou antecedente.

O agente produtor de normas pode livremente selecionar fatos e sobre eles fazer incidir hipóteses, sendo o conteúdo definido politicamente. No entanto, há sujeições formais que não podem ser superadas, "pode combinar-se uma só hipótese para uma só consequência, ou várias hipóteses para várias consequências, mas não pode arbitrariamente constituir uma outra estrutura além dessas possíveis estruturas"³⁶

A hipótese e a tese apenas significam um membro da norma jurídica completa. Consoante LOURIVAL VILANOVA, a norma jurídica completa possui estrutura dual: *norma primária* e *norma secundária*. Na norma primária, vimos que "*dado o fato A, deve ser a conduta B*". Já a norma secundária, que tem idêntica estrutura sintática, seria que

³⁴ LOURIVAL VILANOVA, *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, op. cit., p. 51.

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 47.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 48.

"*dado o descumprimento de B, deve ser a sanção C*". Ou seja, não ocorrendo a prescrição da norma primária, então deve ter lugar uma relação jurídica asseguradora do cumprimento daquela primeira. Assim, o inadimplemento do dever contido na consequência da primeira norma, constitui a hipótese da segunda norma.

LOURIVAL VILANOVA sintetiza: "Cada proposição normativa (sublinhando o ente lógico 'proposição'), parte constituinte da proposição normativa total, mostra estrutura implicacional: se se dá um fato F, recolhido numa proposição P, um sujeito se põe em relação deontica com outro sujeito; se se verifica conduta oposta (contrária ou complementar) à conduta estabelecida como deonticamente devida, formulada na proposição 'não-q', então outra relação de sujeito para sujeito, deonticamente especificada, vem a se estabelecer, recolhida na proposição r. Em síntese de linguagem formalizada: 'p-q', 'não-q-r'".³⁷

Vista a norma jurídica completa, vale consignar que a relação implicacional entre a hipótese e a tese, tanto na norma primária como na norma secundária, opera-se por meio de um conectivo deontico (dever-ser), que recebe o nome de dever-ser interproposicional, devido a vir entre a proposição hipótese e a proposição tese. Sua ação é inapelável; ocorrendo o fato previsto, instaura-se a consequência de modo automático e infalível. O dever-ser interproposicional não se modaliza, esta característica pertence ao dever-ser intraproposicional, aquele contido no consequente da norma cujos modais são: ***permitido, obrigatório e proibido***.

Por fim, cabe dizer que as normas jurídicas não têm pretensões veritativas, ou seja, valores de verdade, próprio das proposições descritivas. Limitam-se a valores de validade, as normas jurídicas são *válidas* ou *inválidas*, e não *verdadeiras* ou *falsas*. Deste modo é indiferente a verificação no mundo fáctico do previsto na norma, pois esta não deixa de ter validade porque não foi cumprida.

4.2. normas de comportamento e normas de estrutura.

Tomando como elemento diferenciador o fato da norma jurídica servir ou não à produção de outras normas, podemos

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 65.

classificá-las,³⁸ em sentido aberto, como *normas de comportamento* e *normas de estrutura*.

As normas jurídicas não somente regulam a conduta humana por meio do estabelecimento de modais deônticos; também o fazem estabelecendo aquelas condutas que criam ou produzem as normas jurídicas. Tais normas determinam o processo de criação de outras normas e assentam o seu conteúdo.³⁹

Assim, quem se coloca no interior do sistema jurídico percebe que o Direito regula a sua própria criação.⁴⁰ Pois, além das normas de conduta, em todo ordenamento existe um outro tipo de normas, chamadas de normas de estrutura ou de competência,⁴¹ que se constituem em verdadeiras normas-sobre-normas. São as normas que não prescrevem a conduta que se deve ou não ter, mas como se devem criar outras normas. Estabelecem as condições e os procedimentos por meio dos quais surgem normas jurídicas válidas. Apartam-se das normas de comportamento ou de conduta porque a expressão do dever-ser intraproposicional, que se encontra no conseqüente de toda

³⁸ Para os objetivos do nosso estudo tal classificação se mostra extremamente importante. Como advertem RICARDO A. GUIBORG, ALEJANDRO M. GHIGLIANI e RICARDO V. GUARRINONI, *in Introduccion Al Conocimiento Cientifico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1985, pp. 39 e 40, não há classificações verdadeiras nem falsas para cada objeto. Há, sim, classificações aceitas ou pouco conhecidas, úteis ou inúteis (para algum fim determinado), frutíferas ou estéreis (em alguma determinada direção). Cada classificação, portanto, tem sua própria utilidade dentro de determinadas circunstâncias ou para certas pessoas ou funções.

³⁹ Cf. ULISES SCHMILL O., *in* Introdução ao livro de HANS Kelsen: **Problemas Capitales de la Teoria Jurídica del Estado**, México, Editorial Porrúa, 1987, p. XX.

⁴⁰ HANS Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 309. Segundo CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO, "(...) a auto-suficiência do direito radica-se na faculdade de dispor sobre o seu próprio modo de criação, modificação e extinção"; **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Editora Saraiva, 1982, p. 7.

⁴¹ NORBERTO BOBBIO, **Teoria Generale Del Diritto**. Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 171.

norma, não se modaliza em permitido, obrigatório e proibido,⁴² é neutro. Em seu prescriptor ou consequência, conforme sublinha EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI,⁴³ não há relação jurídica, e sim relação jurídico-formal. Alguns autores chegam a afirmar que as normas de estrutura não se apresentam como juízos hipotéticos.⁴⁴

As normas estatuidoras da produção normativa, indicam o órgão e o procedimento a ser seguido para que sejam compostas normas jurídicas válidas. Representam para o sistema jurídico papel similar ao desenvolvido pelas regras gramaticais em determinado idioma,⁴⁵ pois na gramática é onde se encontram depositadas as normas para que as orações sejam construídas com sentido. Os instrumentos introdutórios de normas se põem em baixo da norma de estrutura que institui o seu procedimento de criação, porquanto esta demarca o seu âmbito de validade. Adverte LOURIVAL VILANOVA: “há irrecusavelmente normas-de-normas, e se as normas se expressam mediante linguagem, existe, então, no interior do sistema jurídico positivo, linguagem-sobre-linguagem”.⁴⁶

Como observa NORBERTO BOBBIO, as normas de estrutura, embora de forma aberta, também regulam o comportamento: “As normas de estrutura podem também ser consideradas como normas

⁴² “*Quienes se encuentran de alguna manera vinculados al lenguaje del derecho, de la moral o, en general, al lenguaje de las normas, manejan ciertas nociones como las de obligación, permisión y prohibición*”. DELIA TERESA ECHAVE, MARIA EUGENIA URQUIJO e RICARDO A. GUIBOURG, **Filosofia y Derecho, Logica, proposicion y norma**. Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 119.

⁴³ **Lançamento Tributário**, p. 68.

⁴⁴ Esta é a posição de MIGUEL REALE que, sobre as regras de organização ou competência, afirma: “O que as caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências. Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoteticidade”. **Lições Preliminares de Direito**. 7 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1980, p. 95.

⁴⁵ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso de Direito Tributário**, op. cit., p. 87.

⁴⁶ **Norma Jurídica - Proposição Jurídica (significação semiótica)**, op. cit., p. 20.

para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir normas".⁴⁷ No mesmo sentido leciona PAULO DE BARROS CARVALHO, ao cuidar das regras de estrutura: "Outras, paralelamente, dispõem também sobre condutas, tendo em vista, contudo, a produção de novas estruturas deôntico-jurídicas. São normas que aparecem como condição sintática para a elaboração de outras regras".⁴⁸

5. Norma de Estrutura do Poder Constituinte Derivado

O "poder constituinte derivado" consiste numa regra de estrutura que estabelece como devem ser produzidas as emendas constitucionais, que vão introduzir no sistema normas jurídicas constitucionais. O art. 60 da Constituição Federal prescreve:

"Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

⁴⁷ **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 45; **Teoria Generale Del Diritto**. Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 179-180.

⁴⁸ **Direito Tributário - fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo, Editora Saraiva, 1998, p. 35-36.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

O dispositivo acima deve ser recomposto e entendido dentro do contexto da Constituição Federal. Ele estabelece um órgão, prescreve a competência a ser desempenhada em sede material, e a forma.

A norma a ser introduzida por meio da emenda à Constituição, além de não poder ter qualquer conteúdo, haja vista que terá de observar a proibição contida nos incisos do § 4º, terá de obedecer a forma prescrita para a sua elaboração.

É da adequação à norma de estrutura, entendida nos seus sentidos formal e material, que a emenda constitucional retira a sua validade. Melhor: do fato jurídico suficiente surgirá a emenda constitucional. A validade, portanto, deriva da relação da emenda constitucional com a própria Constituição Federal, uma questão preponderantemente sintática.

Os elementos que extraímos do art. 60 da Constituição Federal, são identificadores de uma Constituição rígida.⁴⁹

As cláusulas pétreas, contudo, não significam rigidez constitucional em seu grau máximo como alguns autores afirmam. Os conceitos de cláusula imodificável e rigidez não se reduzem um ao outro.

Rigidez constitucional consiste na possibilidade de alteração da Constituição, só que por um processo especial com critérios mais difíceis que os atribuídos à feitura da lei ordinária.

⁴⁹ As Constituições rígidas segundo JAMES BRYCE: "(...) poseen una autoridad superior a la de las otras leyes del Estado y son modificadas por procedimientos diferentes a aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes"; **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**. 2ª edición. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 94.

Cláusula pétrea significa a impossibilidade de alteração de determinadas matérias contidas na Constituição – em léxico de CARL SCHMITT seriam as decisões políticas fundamentais. O núcleo infranqueável da Constituição, portanto apartado do conceito de rigidez, que é franqueável, só que por um processo mais complexo.

Modificação de cláusula pétrea significa ruptura da continuidade constitucional. É revolução jurídica, institui-se Constituição nova por procedimento não previsto pelas normas de mutação constitucional.

Rigidez diz respeito à forma, procedimento. Já a cláusula pétrea é núcleo material, de conteúdo. Portanto, inconfundíveis.

Assim, a formulação da norma de estrutura do poder constituinte derivado seria:

- a) **norma primária:** Antecedente= *dado o fato da existência do órgão reformador da constituição. Conseqüente*= *deve ser a competência para que esse órgão edite emendas constitucionais conforme a forma prescrita, e versando sobre os conteúdos permitidos nas normas contidas no art. 60, Constituição Federal.*⁵⁰
- b) **norma secundária:** Antecedente= *dado o fato da não observância da forma e conteúdo contido nas normas do art. 60, da Constituição Federal. Conseqüente*= *deve ser a invalidação da emenda constitucional.*

6. Existência e Validade do Produto

A validade de qualquer norma jurídica não se constitui num atributo que possamos deduzir intrinsecamente, ou seja, as normas jurídicas não são válidas em si. A validade depende do relacionamento da norma produzida com as demais normas do sistema,⁵¹ afinal de contas sistema⁵² consiste no conjunto de todas as normas jurídicas válidas.

⁵⁰ O sentido e o alcance das vedações materiais devem ser sacados da análise sistemática de todo o texto constitucional. Nunca é demais lembrar que norma jurídica não se confunde com seu enunciado.

⁵¹ A expressão **SISTEMA JURÍDICO** é usada para designar duas realidades inconfundíveis, porquanto situadas em níveis lingüísticos distintos e com funções diversas: **A) o sistema do direito positivo**, plano do objeto; e, **B) o sistema da ciência do direito**, plano científico. Um **prescritivo**, regido pela lógica deôntica, cujos valores são *validade* ou *não-validade*. Outro

Validade é relação de pertinencialidade de uma norma com o sistema jurídico, conforme determinado critério de identificação. A lição de MARTÍN DIEGO FARREL elucida: *“Las normas jurídicas se consideran válidas cuando concuerdan con el criterio de validez adoptado por el jurista. Puede decirse, entonces, que la validez no es una propiedad de las normas, sino una relación entre la norma y el criterio elegido: cuando la norma se ajusta al criterio se la considera válida”*.⁵³ Agora, é preciso que o critério eleito seja suportado pelo sistema jurídico situado no plano do objeto: prescritivo. Validade de uma norma, segundo lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR,⁵⁴

descritivo, regido pela lógica apofântica, cujos valores são *verdade* e *falsidade*. 1. **O sistema prescritivo ou nomoempírico prescritivo**, composto das normas jurídicas dispostas numa estrutura hierarquizada, apresenta contradições ou incoerências, porquanto a lógica deôntica admite. É incompleto e aberto nos planos semântico e pragmático. Sua estrutura é relacional deôntica, cujo functor é o *dever ser*, que se triparte nos modais **permitido**, **proibido** e **obrigado** (*aspecto sintático*). Sua função prescritiva refere-se à realidade visando alterar normativamente a conduta (*aspecto semântico*). É usado na comunidade para alterar o comportamento em função de um valor escolhido (*aspecto pragmático*). 2. **O sistema cognoscitivo ou nomoempírico teorético**, composto pelas proposições científicas, e em função da lógica alética ou apofântica, não admite contradições ou incoerências. É incompleto e aberto nos planos semântico e pragmático aos dados da experiência, como todo sistema nomoempírico. Constitui-se do functor apofântico *ser*, que se triparte nos modais **necessário**, **contingente** e **impossível** (*aspecto sintático*). Sua função é cognoscitiva ou teorética (*aspecto semântico*). É usado para fixar e transmitir conhecimento (*aspecto pragmático*). Cf. LOURIVAL VILANOVA em *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, especialmente as p. 34 e seguintes, MARCELO NEVES em *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, p. 16 e seguintes; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, em *Lançamento Tributário*, p. 41 e seguintes.

⁵² *“Cuando los filósofos del derecho hablan de sistemas jurídicos, utilizan casi siempre esta expresión en el sentido de ‘ordemanto’, es decir, se refieren a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación”*. CARLOS E. ALCHOURRON e EUGENIO BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. 2ª reimpressão, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 121.

⁵³ **Hacia un criterio empírico de validez**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1972, pp 23/24.

⁵⁴ **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo, Editora Atlas, 1991, p. 164.

depende do ordenamento no qual está inserida. Por isso, uma lei que proclamar em seu texto sua auto-validade, de nada adiantará. Apenas será válida se o fato jurídico de sua criação for suficiente. Validade, portanto, consiste numa relação existente entre a norma jurídica e o sistema. Melhor: relação entre a norma e o critério para a aferição da validade contido no sistema. A correção ou não da relação é outorgada pelo fato jurídico.

Da incidência da norma jurídica que estabelece o “poder constituinte” derivado, surge a emenda à Constituição como o seu produto, que por sua vez consiste num suporte físico veiculador de normas jurídicas constitucionais. A emenda à Constituição significa o produto do fenômeno de produção normativa, veículo introdutor de normas jurídicas.

O surgimento de uma emenda à Constituição Federal, contudo, pode ocorrer regularmente ou não. PONTES DE MIRANDA faz a distinção entre a *existência*, a *validade* e a *eficácia* das normas jurídicas. Para que uma norma exista, basta que ingresse no mundo jurídico, o que poderá ocorrer de forma regular ou irregular. Uma norma jurídica que ingressa no mundo jurídico irregularmente possui existência sem validade. Esta só ocorre quando a produção é realizada de forma regular pelos órgãos do sistema. Segundo o autor são três planos inconfundíveis: “o plano da existência, em que o fato jurídico, inclusive a regra jurídica como fato é, ou não é; o da validade, em que o fato jurídico vale, ou não vale (=é nulo ou anulável); e o da eficácia, que é o da irradiação do fato jurídico”.⁵⁵

A explicação da existência e da validade de uma norma fica facilitada pela distinção entre suporte fático suficiente e suporte fático deficiente.

O suporte fático suficiente implica a existência da norma jurídica; ocorreram as manifestações de vontade. Ao sofrer a incidência da norma jurídica, a parte relevante do suporte fático, já como fato jurídico, é transportada ao mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano entram todos os fatos jurídicos, não

⁵⁵ **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969.** Tomo III, 3 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p. 620.

se cogitando, portanto, de invalidade ou eficácia, o que importa é a existência, a qual decorre do suporte fático suficiente.⁵⁶

Tendo em mente apenas a eficácia legal, percebemos que esta ocorre quando se verifica suporte fático suficiente, possibilitando, assim, o surgimento do fato jurídico. A insuficiência do suporte fático implica não configuração do fato jurídico.

O suporte fático eficiente implica na validade da norma jurídica, em face do atendimento, corretamente, de todos os pressupostos. A eficiência, segundo PONTES DE MIRANDA,⁵⁷ significa a afirmação de que o suporte fático não foi deficiente, satisfaz todos os pressupostos. No plano da validade, conforme observa MARCOS BERNARDES DE MELLO,⁵⁸ o Direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está cívado de defeito invalidante, uma espécie de controle de qualidade.

Numa representação imaginária dos dois momentos, o da eficácia legal e o da eficácia jurídica, podemos dizer que a incidência apenas ocorre quando há suporte fático suficiente. A insuficiência impede a incidência. A incidência, contudo, pode ocorrer em duas situações distintas: 1) diante de suporte fático suficiente e deficiente, e; 2) diante de suporte fático suficiente e eficiente. O resultado, então, será: 1) fato jurídico suficiente e deficiente e, ; 2) fato jurídico suficiente e eficiente. Conforme o primeiro a norma existirá invalidamente; em face do segundo a norma terá existência com validade.

Vale assinalar que do suporte fático insuficiente não decorre norma jurídica, pois a gravidade do defeito impede o surgimento do fato jurídico.

Eis, em apertada síntese, o pensamento de PONTES DE MIRANDA e MARCOS BERNARDES DE MELLO. A tarefa agora consiste em confrontá-lo com a lição de outros autores.

⁵⁶ MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do Fato Jurídico - plano da existência*, op.cit., p. 78.

⁵⁷ *Tratado de Direito Privado*. Tomo 4, 4 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 3.

⁵⁸ *Teoria do Fato Jurídico - plano da existência*, op. cit., p. 79.

Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO, ser norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema "S", ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim.⁵⁹ Ou seja, conforme explica LOURIVAL VILANOVA, "do ponto-de-vista formal-jurídico, que todas tenham validade, isto é, relação de pertinencialidade. A pertinencialidade é um conjunto de condições de forma e de conteúdo, ou de forma somente, para uma proposição jurídica existir, isto é, ser válida – pertencer a um sistema jurídico 'S' ".⁶⁰

Do exposto no parágrafo anterior notamos que validade significa, numa forma mais rigorosa, o mesmo que existência em PONTES DE MIRANDA e MARCOS BERNARDES DE MELLO.

Em HANS KELSEN encontramos a mesma situação, consoante o autor, "por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o – lo que es lo mismo – a reconocer que tiene 'fuerza obligatoria' frente a aquellos cuya conducta regula".⁶¹

Por isso PAULO DE BARROS CARVALHO afirma que a validade se confunde com a existência, de sorte que declarar que uma norma existe implica reconhecer a sua validade, ou seja, sua relação de pertinencialidade, em face de determinado sistema jurídico.

No mesmo sentido é a lição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: "no plano normativo, a existência se confunde com a própria validade da norma. Uma norma será jurídica enquanto juridicamente vale. Conseqüentemente, a afirmação de que uma norma jurídica só existe enquanto é válida equivale à afirmação de que juridicamente a existência da norma se define pela sua validade. Existência e validade da norma jurídica são assim equivalentes. Demonstrar a existência da norma jurídica é demonstrar a sua validade. Existir é juridicamente ser válido. Dizer que uma norma jurídica existe significa o mesmo que afirmar a sua validade".⁶²

⁵⁹ **Curso de Direito Tributário**, op. cit., p. 63.

⁶⁰ **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, op. cit., p. 242.

⁶¹ **Teoría General del Derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México, Universidad Nacional Autónoma del México, 1988, p. 35.

⁶² **Obrigação Tributária - uma introdução metodológica**. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p. 48.

O sentido da existência da norma jurídica, portanto, consiste na validade, que recebe de fato jurídico suficiente em face da incidência de uma outra norma hierarquicamente superior. Afirmar ser válida uma norma jurídica, significa o mesmo que pronunciar que foi criada consoante outras normas do sistema no qual ela se insere, porquanto fora deste a norma jurídica não existe. A validade de uma norma, portanto, consiste num conceito que é a relação⁶³ de subordinação existente entre uma norma em face de outra norma. Validade, é a existência específica de uma norma, o que resulta da sua postura em conformidade com a prescrição de outras normas.

Separar a existência da validade do ponto de vista jurídico, consiste em não se perceber que *existir* ocorre em vários sentidos. Não há um existir absoluto, aplicável a qualquer campo objetual (aos objetos *ideais, naturais, culturais* ou *metafísicos*).⁶⁴ Há um existir da realidade física. Há um existir do mundo psíquico. Há um existir matemático. O existir da norma jurídica é a sua validade. Valer é o modo especial de existência da norma jurídica. Existir sem validade desemboca na confusão dos planos do *ser* e do *dever-ser*. A lógica deontica não comporta o valor existir. É lei lógica do terceiro excluído.⁶⁵ A norma existe, logo vale.⁶⁶ Pode ser invalidada, mas isso é assunto para depois.

⁶³ Relação significa "o modo de ser ou de comportar-se dos objetos entre si". NICOLA ABBAGNANO, in *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo, Editora Mestre Jou, 1982, p. 809.

⁶⁴ "Teniendo en cuenta el pensamiento de HUSSERL, COSSIO distingue cuatro familias de objetos u ontologías regionales - de *ontos, ente y logos, teoría - y puntualiza a la vez, junto com los caracteres peculiares de cada una dellas, la indole del método que exigen, así como la naturaleza gnoseológica del acto de su conocimiento*". ENRIQUE R. AFTALION, FERNANDO GARCIA OLANO e JOSE VILANOVA, *Introducción al Derecho*. 12 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 17.

⁶⁵ "Uma norma de direito é válida ou não-válida (de acordo com os critérios do sistema jurídico positivo): são propriedades análogas aos valores veritativos das proposições descritivas". LOURIVAL VILANOVA, *Lógica Jurídica*. São Paulo, José Bushatsk Editor, 1976, p. 126-127.

⁶⁶ "Para valer, uma norma precisa ser estabelecida. Se ela não é estabelecida, não vale; e somente se ela é estabelecida, é que vale; se ela não vale, o estabelecido não é norma. Pois validade de uma norma é - como já observado - sua específica existência. Não a existência de um fato do ser, mas a existência, i. e., a existência de um sentido (ou do conteúdo do

A validade de uma norma independe do ato de vontade. Sem este a norma não se constitui; no entanto, a validade, qualidade específica sua, é decorrente da relação que tem ela no interior do sistema de normas, a validade não depende do fato de querer subjetivo.⁶⁷

A norma jurídica válida mas que apresenta defeito na sua produção, poderá ser invalidada. Situação idêntica encontramos no conceito de existência em PONTES DE MIRANDA, onde uma norma existente de forma inválida sujeita-se à invalidação.

No que diz respeito à norma produzida com regularidade, ou seja, sem defeito no processo de produção, tem-se que é válida com impossibilidade de invalidação. É o mesmo quadro que acontece no conceito de validade em PONTES DE MIRANDA.

Ante os instrumentais apresentados, podemos mostrar as situações que podem surgir no processo de produção normativa.

Havendo suporte fático suficiente decorre norma jurídica. Suporte fático suficiente e eficiente constitui norma jurídica válida, produzida com correção, impassível de invalidação. Do suporte fático suficiente, porém deficiente, decorre norma jurídica válida, mas face ao defeito no suporte fático da norma de estrutura, fica passível de invalidação.⁶⁸

sentido), do sentido de um fato, do real ato de estabelecimento. A existência de um sentido constitui uma existência 'ideal', e não 'real'. Que uma norma que prescreve uma certa conduta vale, significa que uma tal norma existe. Uma norma 'entra em validade', quer dizer: entra em sua específica existência, começa a valer. Uma norma 'sai de validade', quer dizer: sai de existência, deixa de valer". HANS KELSEN, **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 215-216.

⁶⁷ "quanto à gênese ou processo efetivo de formação, a norma depende do ato empírico de vontade; quanto à validade, independe. (...) O sentido objetivo de valer procede, porém, do sistema, cujas partes são normas válidas". LOURIVAL VILANOVA, **Teoria da Norma Fundamental - comentários à margem de Kelsen**, Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 33.

⁶⁸ EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI. **Validade, Vigência, Eficácia e Aplicação das Normas Jurídicas**. *Revista Direito*. São Paulo, Editora Max Liminad, n. 02, 1995, p. 141.

A norma jurídica enquanto não invalidada por outra, continua pertencente ao sistema e, como tal, revestida de validade.⁶⁹ A não aplicabilidade da norma, por juízo de inconstitucionalidade, não opera a inexistência da norma, que permanecerá válida e podendo ser aplicada por outro órgão em outro caso.

Tem-se por suficiente o suporte fático quando a norma pode ser reconduzida ao núcleo normativo instituidor do órgão e do procedimento. Foi criada pelo órgão competente, conforme procedimento estabelecido para esse fim. Acontece, porém, que a norma pode não retornar perfeitamente ao núcleo normativo originário, em face de defeito no processo de produção, por não atender a requisitos formais ou não se adequar às exigências materiais previstas para a produção. A criação da norma somente será perfeita quando forem cumpridos todos os requisitos de forma e procedimento, que são a competência e o conteúdo determinados na norma superior.

A suficiência do suporte fático decorre da ocorrência das fases necessárias à sua produção. Já suficiência com eficiência decorre quando além das fases necessárias à produção jurídica, estas ocorrem regularmente.

Existe validade das normas introduzidas por emendas à Constituição Federal quando produzidas pelo órgão competente, conforme certos requisitos de forma e procedimento previstos e conteúdo, ou seja, criação conforme a competência estipulada na Carta Magna. Pode ser invalidada, contudo, no caso de irregularidade no processo ou inadequação quanto ao conteúdo, ou seja, a matéria contida na emenda constitucional é incompatível com o conteúdo da norma da Constituição Federal. A irregularidade pode advir de dois caminhos: a) entre conteúdos, o da norma introduzida pela emenda é incompatível com o da norma Constitucional Federal; b) entre procedimento e conteúdo, o procedimento de elaboração da emenda constitucional é inadequado ao conteúdo de norma da Constituição Federal que prescreve o procedimento, mas ambas as situações reduzem-se ao aspecto formal. O resultado dos vícios é um só: inconstitucionalidade, ou invalidade com efeitos *ex tunc*. Motivo: extrapolação da competência deferida pela Constituição Federal.

⁶⁹ PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso de Direito Tributário**, op. cit., p. 64.

Seguindo o caminho seguro trilhado por EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, podemos definir o conceito de validade como: "(...) a qualidade de norma jurídica pertencer a dado sistema jurídico positivo, em decorrência de haver sido produzida: (i) por sujeito competente e mediante (ii) fato jurídico suficiente para sua edição".⁷⁰

A validade da emenda à Constituição (relação de pertinencialidade), então, decorre do seu relacionamento com outra norma que lhe é supra-ordenada e da qual extrai o seu fundamento de validade, que é a Constituição Federal.

Diante disso, a emenda à Constituição, para ser válida e por conseguinte pertencer ao sistema do Direito positivo, requer fato jurídico suficiente, ou seja, sua produção terá de ocorrer por órgão competente, por meio do procedimento adequado e conter determinado conteúdo. O que confere validade a uma norma jurídica é o fato jurídico, ou seja, o processo de produção (visto na sua extensão denotativa total: formal e material).

O órgão competente é o Congresso Nacional, e o procedimento consiste na ação do órgão que é determinada pelo art. 60 da Constituição Federal. Já o conteúdo, é informado de modo direto ou indireto pela Lei Fundamental, ora prescrevendo determinado conteúdo, ora vedando, ora permitindo.

Os critérios de validade de uma norma jurídica, portanto, são estabelecidos por outra norma superior pertencente ao sistema do qual ela faz parte, já que o Direito regula a sua própria criação como expôs HANS Kelsen: "Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o carácter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a

⁷⁰ Lançamento Tributário, p. 62.

inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas".⁷¹

A posição que cada norma ocupa na escala do sistema, é, em suma, relativa. A um tempo pode funcionar como sobre-norma e norma-objeto. À exceção dos pontos limites, criar uma norma é sempre ato de aplicação de outra norma. Os pontos limites são: **a)** a norma fundamental, que funciona como a última no regresso ascendente, não provém de outra, consiste em norma de construção sem ser de aplicação, e: **b)** o ato final de execução da consequência jurídica, que não dá margem a nenhuma outra norma.⁷²

A norma fundamental juridiciza o fato constituinte, que é a base do veículo introdutor de normas denominado Constituição. A norma fundamental não é uma norma posta, mas pressuposta. Consiste em pressuposto gnosiológico da Ciência do Direito. A norma fundamental juridicizando o fato constituinte, confere unidade e homogeneidade ao objeto, que é o conjunto das normas jurídicas válidas. Conforme elucida PAULO DE BARROS CARVALHO, "para imprimir o caráter de uniformidade que toda ciência reclama, dá-se o corte metodológico da norma fundamental, concebida artificialmente para fazer da atividade constituinte um *factum* juridicamente hábil para instaurar nova ordem de direito positivo".⁷³

A norma fundamental é um princípio epistemológico jurídico. Sem a norma fundamental ficaríamos no eterno regresso ao infinito à procura da última norma, o que obstaria o começo da atividade cognoscitiva; ou o sacrifício do isolamento do objeto.

⁷¹ **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p. 309-310.

⁷² *"Solamente los actos a través de los cuales no se establece ninguna norma pueden ser de simple aplicación. De esta índole es la ejecución de una sanción en un caso concreto. Esta es una de las dos situaciones de frontera anteriormente mencionadas. La otra es la norma básica. Tal norma determina la creación de la primera Constitución. Pero como es supuesto del pensamiento jurídico, tal supuesto no se encuentra determinado por ninguna norma de grado superior y, en consecuencia, no es aplicación del derecho"*. HANS Kelsen, **Teoría General del Derecho y del Estado**, op. cit., p. 158.

⁷³ **Curso de Direito Tributário**, op. cit., p. 38.

Podemos afirmar, portanto, que norma vem de norma, e que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas válidas. Uma norma só pertence a um sistema se pode ser conduzida à norma fundamental. LOURIVAL VILANOVA⁷⁴ anota que cada norma provém de outra norma e cada norma dá lugar, ao se aplicar à realidade, a outra norma. O método de construção de proposições normativas – continua o mestre – está estipulado por outras normas.

A norma fundamental, portanto, é o modelo de explicação para o ponto que confere homogeneidade às regras do Direito: a *normatividade*. Exerce a mesma função que os postulados num sistema científico.⁷⁵ A norma fundamental consiste numa proposição axiomática. Não se prova. Não se explica. Toda parcela do conhecimento parte de um ponto inexplicável, o que serve para não estranheza o fato de acontecer com a Ciência do Direito.

Mas a validade da norma jurídica fica condicionada à efetividade do ordenamento do ponto de vista global. Em função desse aspecto é que ROBERTO JOSE VERNENGO⁷⁶ somente admite a validade de uma norma quando a sua criação tenha ocorrido conforme procedimento previsto pelo ordenamento, que não tenha sido revogada e que o ordenamento jurídico seja suficientemente eficaz.⁷⁷

⁷⁴ **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, op. cit., p. 109.

⁷⁵ NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 62.

⁷⁶ **Curso de Teoria General del Derecho**, op. cit., p. 156.

⁷⁷ Ao incluirmos, nas condições necessárias para a validade da norma a eficácia do ordenamento tomado globalmente, não estamos tratando da eficácia da norma tomada isoladamente.

Não admitimos a "*desuetudo*" (costume negativo) como forma de extinção de norma jurídica válida. A ineficácia não atua como condição negativa de validade de uma norma jurídica. A única forma da ineficácia de uma norma singular atuar como fator de eliminação da sua validade, é a sua previsão no sistema jurídico. Uma norma pode ser válida sem ser eficaz. O ordenamento jurídico tomado em seu conjunto só é válido se for eficaz.

No sistema brasileiro não se pode alegar o desuso, costume ou prática contrária a uma norma, com o intuito de obter-se a sua inaplicação. O desuso constitui um dos casos de conflito ou discrepância entre o critério formal de validade jurídica e a pauta sociológica acerca do direito. Do ponto de vista jurídico, as normas vigentes não perdem sua força obrigatória pelo fato de não serem aceitas, nem pela formação de práticas que se oponham contraditoriamente ao que prescrevem.

6. Poder Constituinte e o Direito Adquirido

Como observado até agora, tendo em vista as características do poder constituinte originário não há que se pretender, em face do seu produto, a prevalência do direito adquirido. Mas para que a norma constitucional originária afete o direito adquirido, é preciso que o faça expressa ou implicitamente. É que mesmo as normas constitucionais aplicam-se para os fatos futuros. Assim, para que a norma constitucional originária opere efeitos retroativamente é preciso que esteja descrito na sua hipótese de incidência fato já ocorrido. O escólio de PONTES DE MIRANDA elucida: “Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude da incidência de lei anterior, inclusive de Constituição”.⁷⁸

Já uma norma jurídica introduzida no sistema jurídico por meio de uma emenda constitucional não pode alcançar fatos já ocorridos antes da sua vigência. A norma advinda de reforma constitucional está dirigida aos fatos futuros de possível ocorrência. Não poderá reportar-se aos fatos passados, já ocorridos, e que sofreram a incidência de outras normas jurídicas. Ao contrário da norma constitucional originária não pode violar direitos adquiridos. Nem mesmo que pretenda fazer expressamente.

O princípio da irretroatividade da norma constitucional reformadora está contido no aspecto material do antecedente da norma constitucional de estrutura que estabelece a competência para alterar a Constituição. Decorre da conformação do art. 60, § 4º, IV e do art. 5º, XXXVI, todos da Constituição Federal. Brota da significação que a leitura dos mencionados enunciados desperta na mente do ser interpretante.

Alguns sustentam que o que é proibido ao poder de reforma é abolir do texto constitucional a cláusula de garantia dos direitos

⁷⁸ **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**, tomo VI. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p. 385.

adquiridos: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.⁷⁹ A constituição Federal estabelece uma garantia ao cidadão em face do legislador infraconstitucional. A lei não pode afetar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Agora, as emendas, que estão acima da lei; podem.

Tal visão é puramente literal e nega uma característica fundamental do Direito: projetar-se em sistema. Não se erige, sequer, em interpretação, porquanto não sai do plano textual para ingressar no plano da significação: a norma jurídica. Sugere, na verdade, uma fraude à Constituição, e por intermédio de sofismas propõe uma inconstitucionalidade. Seria a decretação de uma ofensa mitigada à Carta Magna. Homeopaticamente dosada. Deixa intacta a norma de garantia do art. 5º, inciso XXXVI, e permite que por meio de emenda constitucional sejam suprimidos direitos adquiridos. A norma de garantia ficaria inteiramente esvaziada de eficácia, já que impede, de forma disfarçada, a sua incidência.

Fosse assim, que a norma de garantia apenas se dirige ao legislador infraconstitucional, e estaríamos estabelecendo uma verdadeira insegurança dentro do sistema jurídico. É que outros dispositivos do art. 5º também falam apenas em lei, e a prevalecer o sentido literal (=lei no sentido formal) poderia a emenda excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.⁸⁰ Mais, poderia a emenda constitucional criar tipos penais ou estatuir penas após a ocorrência dos fatos.⁸¹ E o pior, as próprias emendas não deveriam ser atendidas, porquanto a Constituição prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁸²

É de se dizer, contudo, que a alegação de direito adquirido não impede a modificação legislativa. Pelo contrário; pressupõe. Agora, a questão não se resolve no plano da norma geral e abstrata, e sim, no contexto da norma individual e concreta, aquela que estabelece no seu conseqüente uma relação jurídica certa e individualizada entre um específico sujeito ativo e outro, também

⁷⁹ Inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal.

⁸⁰ Inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal.

⁸¹ Inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal.

⁸² Inciso II, do art. 5º da Constituição Federal.

específico, sujeito passivo. Ou seja, não se pode em relação ao sujeito protegido pelo direito adquirido produzir norma individual e concreta para alcançar situações já disciplinadas por outras normas jurídicas. O enunciado do direito adquirido compõe uma estrutura de uma outra norma jurídica que irá excluir do elemento pessoal de vigência da norma introduzida pela nova legislação aquelas pessoas cujas situações sofreram a incidência da norma revogada.

A norma jurídica que veicula o direito adquirido consiste numa regra de estrutura. Ela não revoga a nova norma, apenas investe contra o seu elemento pessoal que está contido no conseqüente, subtraindo determinadas pessoas do seu campo de abrangência. Assim, do universo de sujeitos que a nova norma se reporta, a norma de estrutura que veicula o direito adquirido retira um sub-conjunto de pessoas que terão as suas situações regidas pela norma revogada que, para eles, passará a ter ultra-atividade. Ou seja, a norma que saiu do sistema (=revogada) não terá vigência para os fatos futuros. Mas mantém a sua vigência para os casos que se verificaram antes da revogação.

No caso da Emenda Constitucional nº 19/98, não se pode alegar a norma do direito adquirido para se tentar invalidar a quebra da estabilidade estabelecida no § 4º do art. 169.⁸³ Agora, quem adquiriu estabilidade, na forma da Constituição Federal, antes da promulgação da emenda, não se constitui em elemento pessoal de vigência da norma veiculada pelo mencionado dispositivo. A norma de estrutura que veicula o respeito direito adquirido impede a criação de norma individual e concreta que estabelece a perda do cargo para esses servidores públicos.

Assim, o a extensão denotativa da cláusula “*servidor estável*” não inclui aqueles servidores que já eram estáveis no momento da promulgação da emenda constitucional.

⁸³ Art. 169.

§ 4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação referida neste artigo, o *servidor estável poderá perder o cargo*, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa da redução de pessoal”.

7. Segurança Jurídica

Os princípios constitucionais são normas jurídicas dotadas de forte conotação axiológica. São regras que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica. Os princípios, assim, constituem-se nos alicerces de um sistema jurídico. Eles dão sustentação a toda construção normativa que se ergue conformando o ordenamento jurídico, tanto é que a compreensão das normas fica condicionada pelos princípios, pois dão coerência geral ao sistema e funcionam como critérios de interpretação e integração.⁸⁴

O princípio da segurança jurídica decorre de todo contexto sistemático. O direito ao regular a conduta humana deve dirigir seus vetores para não instalar a balbúrdia ou o caos. Por isso deve transmitir uma certa previsibilidade quanto aos efeitos que surgirão a partir das normas. A segurança jurídica tranquiliza os cidadãos que só assim podem planejar suas vidas para o futuro. Relatando o caráter sistemático do princípio da segurança jurídica, afirma PAULO DE BARROS CARVALHO: “A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade e outros mais”.⁸⁵

A segurança jurídica visa, portanto, proteger o passado para garantir o futuro. Os instrumentos de proteção do passado são justamente o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É por isso que PAULO DE BARROS CARVALHO anota: “Essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo por que dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos”.⁸⁶

Assim, o desrespeito ao direito adquirido, ainda mais o adquirido com base na própria Constituição, atinge de morte o

⁸⁴ Cf. GABRIEL IVO, **Constituição Estadual – competência para a elaboração da Constituição do Estado-membro**. São Paulo, Editora Max Limonad, 1997, p. 141 e passim.

⁸⁵ O Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da Associação dos Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo, janeiro/março de 1993, n. 3, p. 130.

⁸⁶ **Curso de Direito Tributário**, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 108.

princípio da segurança jurídica, que é sobreprincípio, porquanto todos os outros princípios se unem para imprimir-lhe eficácia. A função fundamental do direito, ao regular a conduta humana, é conferir confiança e certeza às relações sociais.

8. Alguns Pontos da Reforma Administrativa.

Não são todas as normas veiculadas por meio da Emenda Constitucional nº 19/98 que implicam a alegação do direito adquirido, e a sua devida caracterização impõe um cuidado rigoroso. Não se pode argüir direito adquirido em face de algumas interpretações, em nível administrativo, que praticamente destituíram de eficácia o texto constitucional anterior. Tal observação reporta-se para pontos do art. 37: como o teto constitucional do inciso XI; para o cálculo das vantagens pecuniárias do inciso XIV; para casos de vinculação e equiparação do inciso XIII etc.

Algumas Administrações colocaram tantas exceções ao teto, que a sua instituição ficou totalmente sem sentido. A interpretação que se deu ao inciso XIV permitiu a continuação do efeito cascata. E no caso do sentido da antiga isonomia, a generosidade foi tanta que se incorreu em verdadeiras equiparações. Assim, interpretações equivocadas não se constitui em direito adquirido dos beneficiados. Por isso a análise rigorosa diante dos casos concretos. A interpretação dos textos prescritivos não se constitui num ato arbitrário e sem controle. Interpretar é ir além do texto sem sair do texto. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO observa com rigor essa característica e explica: "(...) ao aplicador da lei – por maior que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado atribuir significado arbitrário aos enunciados normativos, indo além do sentido literal linguisticamente possível, que, aqui, funciona como limite da interpretação".⁸⁷

Com relação à isonomia de vencimentos do antigo § 1º, do art. 39 da C.F. cabe uma observação. Mesmo as isonomias vencimentais concedidas na forma constitucional, até mesmo em face de coisa julgada, não determinam a continuação da relação entre o cargo-objeto e o cargo-paradigma. O respeito à coisa julgada aqui consiste que os cargos beneficiados pela isonomia não podem voltar a

⁸⁷ **Interpretação Constitucional**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, p. 56.

ter os vencimentos anteriores à concessão da isonomia. Ou seja, a abolição do instituto da isonomia de vencimentos não desfaz a coisa julgada. Agora, a partir de então os cargos ficam desvinculados. Só por lei específica podem ter suas remunerações aumentadas. Não tem sentido invocar-se o direito adquirido ou o respeito à sentença que reconheceu a identidade de vencimentos, quando uma norma constitucional posterior suprimiu a própria isonomia de vencimentos como direito do servidor.

9. CONCLUSÃO.

O que pretendemos demonstrar foi a natureza jurídica de chamado “poder constituinte derivado”, que na realidade consiste numa competência, veiculada por uma norma de estrutura, para alterar a Constituição. Como norma que é, não tem as mesmas características do poder constituinte originário, que se situa fora do sistema. Assim, não pode a emenda constitucional abolir direitos adquiridos, nem tampouco desfazer o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Todavia, a caracterização dos chamados direito adquiridos demanda prudência por parte do aplicador do direito. Como dissemos, a **efetividade** das normas introduzidas por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, depende, fundamentalmente, não só da vontade política dos Administradores na sua aplicação. Mas, sobretudo, no sentido a ser atribuído, pelos intérpretes autênticos e não-autênticos do direito, aos novos dispositivos.

A análise das reformas constitucionais situa-se numa linha muito tênue. O legislador do passado não pode, é certo, imobilizar o legislador do futuro. Mas é igualmente certo que não se pode desprezar a segurança das relações jurídicas, que os direitos adquiridos visam agasalhar. Tal segurança não se desgarrar do valor justiça, e sua realização traduz uma conquista do Estado Moderno.

TEORIA GERAL DO PROCESSO: DOS PRESSUPOSTOS PRÉ-PROCESSUAIS E AS CHAMADAS CONDIÇÕES DA AÇÃO (COMPARAÇÃO CRÍTICA)

LEAN ANTÔNIO FERREIRA DE ARAÚJO

Procurador - Geral de Justiça do Estado de Alagoas,
Professor da Faculdade de Direito de Maceió

I. Introdução

1 - O conteúdo programático que vem sendo ministrado, neste curso de especialização em processo, leva-nos a uma reflexão crítica acerca dos institutos que são insertos no direito positivo processual pelos legisladores pátrios.

2 - A proposição da pesquisa tem por objetivo analisar a natureza dos pressupostos pré-processuais, em face da teoria do direito de ação (pretensão à tutela jurídica), o conceito de “condições da ação” e a natureza jurídica específica daquelas mencionadas como tais no código de Processo Civil, com a conseqüente comparação crítica das duas concepções, com definição conclusiva, sobre a correção das posições doutrinárias que as sustentam.

3 - No decorrer do temário objeto do módulo Teoria Geral do Processo, sob o comando do Prof. Marcos Bernardes de Melo, a questão foi enfrentada, sem a profundidade necessária, isto em razão do exíguo lapso temporal, porém, em suas exposições, os temas foram abortados sob a ótica da classificação dos pressupostos processuais.

4 - Sob esse título, a matéria foi subdividida em pressupostos pré-processuais e processuais, sob o seguinte esquema:

- 4.1. pressupostos pré-processuais (relativos à pretensão à tutela jurídica)
 - a) jurisdição;
 - b) a própria pretensão à tutela jurídica;
 - c) a capacidade de ser parte;

- d) admissibilidade da ação de prestação futura;
- e) o interesse.

4.2. pressupostos processuais:

- subjetivos:
 - a) relativos ao juiz (competência, imparcialidade)
 - b) relativos às partes (capacidade processual, capacidade postulacional e poder de representação).
- objetivos:
 - a) formalização da demanda;
 - b) regular citação
 - c) admissibilidade da via (jurisdição).

4.3. pressupostos especiais: pressupostos de admissibilidade do uso dos remédios jurídicos processuais.

5 - Além desse esquema traçado anteriormente, foram realçados os impedimentos processuais, impedimentos eficaciais, possibilidade jurídica, *legitimatio ad causam* e natureza da decisão.

6 - A fim de atender aos termos da pesquisa, ficaremos adstritos aos pressupostos pré-processuais e ao conceito de condições da ação e a natureza jurídica específica daquelas mencionadas como tais no CPC.

7 - Ainda, nesta parte introdutória, é de delinear-se o conceito de pressupostos. Para Plácido e Silva¹ PRESSUPOSTO. De pressupor (conjecturar, dar como acertado ou ter como antecedente), exprime o que deve vir antes, ou é natural que antes se verificasse. Assim, em face do que é presente, o pressuposto revela a certeza do que, necessariamente, lhe antecedeu. É o que é dado como hipótese. Na terminologia processual, pressupostos entendem-se os elementos necessários para que se possa proferir a decisão, ou sejam as condições, que precedem a propositura da ação, a fim de que, com justa razão, possa ser administrada a justiça. Desse modo, revelam-se as condições ou os requisitos, que se devem mostrar antes, para que se tome conhecimento da ação e possa ser julgada.

8 - De forma mais objetiva para o estudo do tema, foi o conceito apresentado em sala, como sendo os pressupostos tudo o que a lei pressupõe para que possa haver prestação jurisdicional.

¹ **Vocabulário Jurídico.** v. II. 5 ed. Forense, 1978, p. 1213.

9 - Antes de adentrarmos na análise objetiva dos temas, cumpre-nos registrar que a classificação indicada e ministrada tem como embasamento doutrinário as posições do mestre Pontes de Miranda, consignados em sua obra *Tratado das Ações*, Tomo I.

II. A Natureza dos pressupostos pré-processuais, em face da teoria do “do direito de ação” (pretensão à tutela jurídica).

10 - Ensina Pontes de Miranda² que “ a pretensão à tutela jurídica é de natureza pré-processual (com que está de acordo Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, I, 91), variando em cada sistema jurídico a sua colocação em tal ou qual ramo do Direito; no Brasil é norma de Direito Constitucional.

11 - Para chegar a esta conclusão, o mestre Pontes Miranda promove uma análise acurada do regime de monopólio do exercício da função jurisdicional pelo Estado, decorrente da proibição da justiça de mão própria. Para melhor entender esta monopolização na distribuição da justiça, é de buscar-se, mais uma vez, as lições do mestre³: *“Desde que o Estado eliminou e proibiu a justiça de mão própria, monopolizando a distribuição da justiça, salvo pouquíssimas exceções àquela eliminação ou a esse monopólio (e.g., juízo arbitral), tinha de prometer e assegurar a pretensão à tutela jurídica. Toda técnica legislativa, administrativa e judiciária se empenha no cumprimento desse propósito. Com isso, O Estado realiza o direito objetivo e pacífica. O Poder Judiciário tem por fim organizar a provocação e a prestação de justiça. Se a incidência das regras jurídicas, criando os direitos, os deveres, as pretensões, as obrigações, as ações e exceções, bastasse à realização da justiça, não se precisaria da justiça privada, nem da justiça estatal. Mas a incidência só se passa no mundo do pensamento, embora impecavelmente aconteça; e os homens e o próprio Estado nem sempre apreendem, em seus pormenores, em sua inteireza, aqueles direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções – razão por que se tem de proceder à aplicação (ad, plicare, por nas dobras, plica, provavelmente depois de abri-las, de ex-plicare), quando à incidência não corresponde a realidade da vida. Tal aplicação, que foi privada, e, depois, iudicium privatum, se fez estatal, ou se*

² *Tratado das Ações*. Tomo I. 2 ed. São Paulo, RT, 1970, p. 271.

³ *Idem*, p. 231-232.

conservou justiça de mão própria ou arbitral onde o Estado o permitiu”.

“Seria absurdo tentar-se fundir a pretensão que nasce do direito civil ou de outro ramo do direito material e a pretensão à tutela jurídica, se bem que o Estado enuncie que a todo titular daquela corresponde a titularidade desse. Tem pretensão à tutela jurídica quem foi ofendido pelo passante da rua, embora venha esse a provar, em suas alegações, que exercia, regularmente, direito seu.”

“Ao longo da história, não se podem eliminar as épocas em que o Estado não tinha a função de julgar ou em que apenas integrava a forma das escolhas de juizes, ou dos compromissos. Quando monopolizou a justiça, prometeu prestá-la a quem a tivesse, e também isso não se pode eliminar. Não depende da opinião dos juristas existir, ou não, a pretensão à tutela jurídica. Se não existisse, não teria o Estado o dever de julgar. Tem-no. Tem mais: tem a obrigação de julgar, através de seus órgãos, se alguém exerce o direito correspondente àquele dever.”

12 - Sob a ótica da exposição do mestre Pontes de Miranda, é de concluir-se que o direito de ação deve ser entendido como direito à pretensão à tutela jurídica, cuja previsibilidade encontra-se cristalizada na Carta da República, em seu art.5º, inciso XXXV, *in verbis*:

Art. 5º.

.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

13 - Dessa forma, o direito de ação possui um caráter abstrato, amplo e genérico. Para que se tenha direito de ação basta que se tenha capacidade jurídica, ou seja, capacidade de ser sujeito de direito, capacidade simplesmente de ser parte.

14 - Corolário dessa premissa é o fato de o direito de ação não poder ser confundido com o direito à ação (remédio jurídico processual), muito menos com a ação (de direito material).

15 - O direito de ação não pressupõe a existência da titularidade de um direito subjetivo outro, tão somente é ele um direito público subjetivo de acesso aos tribunais. Não pressupõe, ainda, o

atendimento a requisitos processuais, tão discutidos e enumerados pela doutrina dominante, constantes do nosso Código de Processo Civil.

16 - É, pois, o direito de ação um pano de fundo lógico, que podemos imaginar, epistemologicamente, como um dado anterior, um *prius*, na lúcida lição de Ovídio Batista⁴ *“Qualquer integrante de uma determinada comunidade jurídica, organizada sob forma de Estado, terá direito público subjetivo à proteção do próprio direito, cuja realização privada lhe foi negada. O direito de acesso aos tribunais terá maior ou menor amplitude, segundo as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, mas será dificilmente imaginável uma organização estatal onde não houvesse tribunais com as funções que hoje lhes são próprias, sem que isto provocasse a eliminação total do próprio direito e o estabelecimento de um regime de arbítrio e terror absolutos”*.

17 - No mesmo sentido leciona Pontes de Miranda⁵ *“Quando se propõe uma ação, qualquer que seja, exerce-se a pretensão pré-processual, que é a pretensão à tutela jurídica, pois o Estado, desde que se estabeleceu o monopólio estatal da Justiça, a essa tutela se vinculou, e exerce-se, com o remédio jurídico processual adequado, a ação de direito material”*.

18 - Os pressupostos pré-processuais, que ora pomos em face do direito de ação, são justamente os relativos à pretensão à tutela jurídica, pois não dizem respeito aos remédios jurídicos processuais possíveis, menos ainda ao mérito de um eventual direito subjetivo invocado. Ou seja, são os pressupostos pré-processuais os pressupostos mesmos do direito de ação, que entre nós tem status constitucional, como já foi anteriormente indicado.

19 - Neste diapasão, cumpre-nos dar prioridade, por uma opção político-acadêmica-científica, à jurisdição e à capacidade de ser parte, para uma conceituação e esclarecimento que leve a deduzir qual sua verdadeira natureza, ou seja, qual a natureza dos pressupostos pré-processuais.

⁴ **Curso de Processo Civil** (processo de conhecimento). 3 ed. Porto Alegre, Fabris, 1996, p. 69.

⁵ **Tratado das Ações**. Tomo I. Op. cit., p. 94-95.

20 - A doutrina dominante costuma não dar a devida atenção aos pressupostos pré-processuais, passando, no mais das vezes, a analisar os pressupostos puramente processuais, que dão ensejo à viabilidade dos remédios jurídicos processuais possíveis.

21 - Essa visão, simplista que predomina na doutrina tende a analisar simplesmente os requisitos necessários à existência e regularidade da relação processual, ou seja, os pressupostos para um processo válido. Moacyr Amaral Santos detém-se com profundidade nos pressupostos processuais referentes aos juízes e referentes às partes, em suas Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, não mencionando a existência de pressupostos pré-processuais. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, em sua Teoria Geral do Processo, da mesma forma, só que bastante resumidamente, abordam o que chamam de pressupostos da relação processual (pressupostos processuais), sem esboçar qualquer análise ou reconhecimento de pressupostos pré-processuais. Paulo Lúcio Nogueira, igualmente, em seu Curso Completo de Processo Civil, incorre na mesma omissão.

22 - Não obstante a lacuna encontrada amiúde na doutrina brasileira, no que diz respeito aos pressupostos pré-processuais, mister é reconhecer sua existência, autonomia e distinção ontológica em relação aos pressupostos meramente processuais.

23 - O Estado, a partir do momento em que passou a monopolizar a justiça, tomou uma postura de proibir que o jurisdicionado adotasse atitudes próprias para satisfazer seus interesses. Nesse momento, o Estado passa a ser devedor da prestação jurisdicional, incumbindo-lhe realizar o direito material. Essa dívida de prestar jurisdição tem como credor, obviamente, todo e qualquer sujeito de direito, que pode, abstratamente, invocar o Poder Judiciário.

24 - Poder-se-ia até falar, assumindo o risco da assertiva, de um direito material de pretensão à tutela jurisdicional.

25 - Esse direito pressupõe, ao mesmo tempo em que é pressuposto, a existência da jurisdição, que é o Estado devedor da tutela jurisdicional e a capacidade de ser parte, que é a capacidade e possibilidade de ser credor da tutela jurisdicional, independentemente de uso de futuro remédio jurídico processual, que independe, ainda, da ação de direito material.

26 - Resulta, evidenciado, que os pressupostos à tutela jurídica dizem respeito à obrigatoriedade que tem o Estado de julgar, em decorrência de haver monopolizado a Justiça, o que a torna, nitidamente, distinta da ação de direito material; de conseguinte, a pretensão à tutela jurídica tem por correlativo a prestação jurisdicional pelo Estado, apenas, sem outras referências à favorabilidade ou justiça da sentença pela qual o Estado entrega a prestação jurisdicional.

27 - Como dito anteriormente, a doutrina brasileira não tem dado a atenção necessária à distinção evidente entre a pretensão à tutela jurídica (direito de ação) e a pretensão ao remédio jurídico (dir. à ação). Os que têm buscado essa nítida distinção, como Sérgio Bermudes, fundamentam sua posição nos ensinamentos de Pontes de Miranda, fazendo-a, em linguagem mais amena, como pretende demonstrar no prólogo da obra Atualização Legislativa referente ao Comentários do Código de Processo Civil, Tomo I, 4 ed., Ed. Forense. Assim, entendemos que este primeiro tópico do trabalho, apesar de nosso posicionamento conclusivo, anteriormente enfocado, deva possuir a posição de seu maior defensor e precursor – Pontes de Miranda, até porque, toda a leitura realizada e os ensinamentos transmitidos durante o módulo Teoria Geral do Processo tem como corolário as lições insertas em sua obra Tratado das Ações, Tomo I, vejamos *in verbis*:

Exercício da pretensão à tutela jurídica e jurisdição.

- *Todo o exercício da pretensão à tutela jurídica supõe dever do Estado de fazer a prestação jurisdicional, qualquer que seja essa: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva; de sentença ou em execução forçada; em cognição completa, ou em incompleta cognição; quanto a decisão definitiva, ou não; em processo de medida constitutiva, assecuratória ou não; de simples aplicação da lei, ou de arbítrio judicial, ou de desempate, ou de escolha de solução. O dever existe ainda se o juiz apenas há de dizer que não tem pretensão de direito material, *res in iudicium deducta*, o autor ou o réu, Há dever de prestar a decisão, segundo as regras jurídicas processuais.*
- *Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica. O Poder Legislativo, o Poder*

Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função. Quando A e B acordam em que B reduza a escrito e que prove a dívida de B a C, A e B aplicaram a lei, sem terem função específica de aplicá-la, sem jurisdição. Antes de ter o Estado monopolizado a função de julgar, havia a justiça de mão própria, mas essa justiça ainda não era aplicação da lei como função específica.

- *Cumpra ainda observar-se que o próprio Poder Legislativo aplica as leis. A cada momento, aplica regras jurídicas constitucionais; porém não só as regras jurídicas constitucionais; porém não só as regras jurídicas que ele mesmo fez e, não raro, atendendo a atos do Poder Executivo, no que esse podia criar regras jurídicas que provêm de atos desse poder público.*
- *A especificidade da função de julgar, atribuída ao Estado, teve por fito impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão própria, e assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas. Daí as regras jurídicas penais que colimam impedir que as pessoas retomem a aplicação da lei aos casos controversos ou dificilmente resolúveis, por si mesmos - o que, certamente, no sentido da evolução social em todas as latitudes da Terra, seria regressão grave.*
- *Os pressupostos da tutela jurídica somente podem ser os pressupostos para que o Estado tenha de julgar, não os pressupostos para que tenha que julgar favoravelmente ao autor ou ao demandado, ou ao terceiro, que foi contra o demandante e o demandado. Porque, se se chega até aí, se misturam pressupostos da tutela jurídica com pressupostos da pretensão de direito material. (grifo nosso)*

Ineliminabilidade do conceito de pretensão à tutela jurídica.

- *Os argumentos maiores dos que negam a existência da pretensão à tutela jurídica são os que consistem em se procurar apagar a diferença entre os pressupostos processuais e a pretensão à tutela jurídica, com a alegação*

de não terem de examinar aqueles e essa, no tocante à possibilidade da sentença de fundo. Se falta algum daqueles, ou essa, não se pode decidir o mérito (certos. Adolf Wach, Der Feststellungsanspruch, 26; e G. Schuler, Der Urteilsanspruch, 46 e 73). Mas o valor de tais argumentos é nenhum, porque os pressupostos da tutela jurídica têm de vir, conceptualmente, antes dos pressupostos processuais e são, por isso mesmo, também eles, pressupostos processuais. Não há processualidade sem se haver admitido a pré-processualidade; pois a própria pretensão processual é efeito do exercício da pretensão à tutela jurídica.

- *Os que reconhecem quanto contribuiu a concepção da pretensão à tutela jurídica para livrar o direito processual dos liames à privatística e falam do conceito de necessidade da tutela jurídica como indispensável, ou caem em superada teoria do direito público, anterior à revelação dos direitos públicos subjetivos e das pretensões de direito público, ou mal encobrem a pretensão à tutela jurídica, que eles confundem com o efeito do seu exercício, a pretensão processual. Não se trata de expediente simplesmente construtivo.*

28 - Alfim, é de reconhecer-se que o Estado monopolizou a prestação jurisdicional, impedindo que o jurisdicionado adotasse atitudes próprias para satisfazer seus interesses, fazendo surgir com isso dever de tal prestação. Esse surgimento constitui direito subjetivo público, independente do direito material invocado, cabendo ao jurisdicionado, quando de seu exercício, promover a adequação ao remédio jurídico específico (direito à ação).

29 - Assim, a ação de direito material é o objeto do remédio jurídico processual, donde se conclui que o remédio jurídico é o direito à ação, utilizado para satisfazer a *actio* de direito material.

30 - Não há, apesar da suposta fusão da pretensão à tutela jurídica (direito de ação) e o remédio jurídico específico (direito à ação), como deixar de reconhecer-se a existência do direito de ação como pré-processual e necessário à processualidade. Os pressupostos pré-processuais representam um antecedente lógico necessário ao exercício do processo.

III. O CONCEITO DE CONDIÇÕES DA AÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA ESPECÍFICA DAQUELAS MENCIONADAS COMO TAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

31 - Para se chegar ao reconhecimento da autonomia do direito de ação, como instituto da ciência processual, a qual se desprende por completo do direito subjetivo material, várias teorias foram expostas e defendidas por renomados juristas sobre a natureza jurídica da ação.

32 - Tudo teve início com a chamada escola clássica ou imanentista, para a qual a ação seria uma qualidade de todo o direito ou do próprio direito reagindo a uma violação. Este conceito implica a não-distinção da ação do direito subjetivo material. Ada Pellegrini Grinover⁶ afirma que este conceito reinou incontrastado, através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

33 - Para explicar a natureza do direito de ação distinta do direito subjetivo material, duas correntes disputam a explicação: a) a teoria do direito concreto à tutela jurídica; b) a teoria do direito abstrato de agir. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido R. Dinamarco⁷ sintetizam as teorias sob a seguinte ótica:

a) a ação como direito autônomo e concreto.

Foi Wach, ainda na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. A ação é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente o direito subjetivo violado ou ameaçado, como demonstram as ações meramente declaratórias (em que o autor pode pretender uma simples declaração de inexistência de uma relação jurídica). Dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição. Entretanto, como exigência de tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria

⁶ Teoria Geral do Processo. 7 ed. Editora Rev. dos Tribunais, 1991, p. 222.

⁷ Idem, p. 222-223.

quando a sentença fosse favorável. Consequentemente, a ação seria um direito público e concreto (ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo.

b) a ação como direito autônomo e abstrato.

Essa teoria foi criada por Degenkolb, na Alemanha, em 1877.

Segundo essa linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até mesmo temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito.

34 - A Escola Paulista e o Código de Processo Civil, influenciados que foram pela doutrina de Liebman, não vislumbram nenhuma relevância à existência da pretensão à tutela jurídica, pois a consideram como simples fundamento do direito de ação de natureza processual, razão por que não tratam com destaque os chamados pressupostos pré-processuais relativos à pretensão à tutela jurídica de que fala Pontes de Miranda.

35 - Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido R. Dinamarco⁸ apresentam a doutrina de Liebman e a natureza jurídica da ação com as seguintes lições:

“a) a doutrina de Liebman. Digna de destaque é a concepção de Liebman, processualista italiano que permaneceu entre nós durante o período da Segunda Guerra Mundial, influenciando profundamente a evolução da ciência brasileira. O autor a define como direito subjetivo instrumental – e, mais do que um direito, um poder ao qual

⁸ Teoria Geral do Processo, op. cit., p. 224-227.

não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalidade conexo a uma pretensão material. Afirma também que o direito de ação de natureza constitucional (emanação do status civitatis), em sua extrema abstração e generalidade, não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual. Por último, dá por exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronuncie uma sentença sobre o mérito (isto é, decisão sobre a pretensão a pretensão material deduzida em juízo), favorável ou desfavorável que seja.

Essa doutrina, que desfruta de notável interesse no Brasil, dá especial destaque às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ad causam), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material.

b) natureza jurídica da ação. *Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. Entre os direitos públicos subjetivos, caracterizando-se mais especificamente como direito cívico, pôr ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado (obrigação de dare, facere, praestare): a facultas agendi do indivíduo é substituída pela facultas exigendi.*

Nessa concepção, que é da doutrina dominante, a ação é dirigida apenas contra o Estado (embora, uma vez apreciada pelo juiz, vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu, ou executado). Nega-se, portanto, ser ela exercida contra o adversário isoladamente, contra este e o Estado ao mesmo tempo, ou contra a pessoa física do juiz.

Diversa não é a opinião da maioria dos processualistas brasileiros contemporâneos.

Sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional (Const., art. 5º, inc. XXXV). A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – tudo através daquilo que se denomina tradicionalmente

devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Daí resulta que o direito de ação não é extremamente genérico, como muitos o configuram."

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta.

36 - Quer-nos parecer que a doutrina dominante, ao reconhecer o direito de ação como exercício que é dirigido contra o Estado na busca do provimento jurisdicional, reconhecendo, inclusive, a natureza constitucional da ação, promove uma verdadeira fusão da pretensão à tutela jurídica com o exercício da pretensão à tutela jurídica.

37 - É esta fusão inadequada que tem levado os juristas a utilizarem a expressão "condições da ação" de forma equívoca. O que se tem antes do exercício do direito à ação (remédio jurídico específico) é a vinculação do Estado à prestação jurisdicional (pretensão à tutela jurídica), por força da monopolização da Justiça.

38 - Esta distinção, sob a ótica acadêmica-científica, resulta na identificação precisa do que seja direito de ação (pretensão à tutela jurídica), direito à ação (pretensão ao remédio jurídico processual) e **actio** (direito material).

39 - Não há como negar a interação existente entre o elemento pré-processual e processual, tanto que a falta do pressuposto pré-processual necessariamente causará falta de pressuposto processual, mas a ausência de pressuposto processual não significará a falta de pressuposto pré-processual. Isto bem demonstra a necessidade de exame de um e de outro pelos juízes e tribunais, para depois examinarem o fundo da causa (direito material).

IV. COMPARAÇÃO CRÍTICA DAS DUAS CONCEPÇÕES, COM DEFINIÇÃO CONCLUSIVA SOBRE A CORREÇÃO DAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS.

40 - A corrente dominante procura apagar a diferença entre os pressupostos processuais e a pretensão à tutela jurídica, sob o

fundamento de que o que interessa é o exercício da pretensão à tutela jurídica, ou seja do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo, pois o direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual.

41 - Contrapondo-se a esta posição, e com o escopo de demonstrar que a tutela jurídica é de natureza pré-processual e de direito público, Pontes de Miranda⁹ arremata: ***“Quando nasce a pretensão processual, o Estado assume a obrigação de decidir sobre o fundo, o mérito; mas, se falta algum dos pressupostos processuais, o juiz resolve sobre esse nascimento, e não sobre a pretensão à tutela jurídica. Daí poder e dever dizer que a ‘ação’ é inadmissível. A ação que é de direito processual”***.

42 - Entendemos, pois, que a tutela à pretensão jurídica não é de natureza processual nem de natureza material. Com o auxílio das posições doutrinárias que estabelecem essa nítida distinção entre o direito de ação (pretensão à tutela jurídica) e a pretensão do remédio jurídico processual (direito à ação) é de concluir-se pela existência de um direito subjetivo público inserto na Carta da República (art. 5º, XXXV), do qual resulta o dever do Estado de promover a prestação jurisdicional, dever decorrente da monopolização da Justiça; essa abstração da pretensão à tutela jurídica traduz uma clara distinção para a ação de direito material; por fim a pretensão à tutela jurídica somente guarda correlação com a prestação jurisdicional pelo Estado, sem que se fale em sentença favorável.

43 - O exercício da pretensão à tutela jurídica faz nascer a pretensão processual, ficando o Estado obrigado, agora, a prestar justiça, pois antes o Estado estava vinculado ao que prometera, quando monopolizou a distribuição da justiça. Esta é razão pela qual não se vinculam os pressupostos pré-processuais aos pressupostos processuais.

44 - A dispensa de atenção dos doutrinadores brasileiros acerca da distinção substancial da pretensão à tutela jurídica, da pretensão ao remédio jurídico processual e da ação de direito material (*actio*) tem permitido a inserção de instituto com a *legitimatío ad causam* como condição da ação, quando, na verdade, se considera: os cada um dos

⁹ Tratado das Ações, Tomo I, op. cit., p. 242.

institutos de *per si*, vamos concluir que a *legitatio ad causam* está intrinsecamente ligada a *res in iudicio deducta*.

45 - Após toda a pesquisa formulada, filiamo-nos à doutrina de Pontes de Miranda que sustenta com muita precisão científica esse antecedente lógico, necessário e independente para constituição da relação jurídica processual. Para nós, a elucidação da matéria vem de pequeno trecho de sua obra, somado, evidentemente, aos demais fundamentos expostos pelo autor suso aludido, com o qual pretendemos encerrar esta árdua missão, *in verbis*: “***Mas o valor de tais argumentos é nenhum, porque os pressupostos da tutela jurídica tem de vir, conceptualmente, antes dos pressupostos processuais. Não há processualidade sem se haver admitido a pré-processualidade; pois a própria pretensão processual é efeito do exercício da pretensão à tutela jurídica***”.

ASPECTOS DA INVESTIGAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

GEORGE SARMENTO

Promotor de Justiça no Estado de Alagoas; Professor
da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas;
Mestre em Direito Público

SUMÁRIO

- 1. Improbidade administrativa: uma prática a ser combatida.**
- 2. Procedimento administrativo para a investigação dos atos de improbidade.**
- 3. O papel do Ministério Público na Prática de improbidade administrativa.**

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA PRÁTICA A SER COMBATIDA

A corrupção nos setores públicos é um dos males que assolam as nações contemporâneas, mas que no Brasil tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras. Os seguidos escândalos envolvendo funcionários de alto escalão, a má gestão das verbas estatais e sobretudo o descompromisso dos governos com os programas sociais têm criado um clima de descrença generalizada no seio da população. Hoje, a atividade política é vista pelo cidadão comum como o caminho mais seguro para a ascensão social e para o enriquecimento fácil de pessoas inescrupulosas, desprovidas de valores cívicos e morais.

A situação se agrava na medida em que os cidadãos probos, competentes e bem-intencionados se negam a participar diretamente do processo eleitoral por não disporem dos recursos financeiros necessários para bancar as milionárias campanhas legislativas e executivas ou por receio de enlamear sua boa reputação em uma atividade tão sensível a denúncias injuriosas, caluniosas e difamatórias, contempladas com generosos espaços na mídia sensacionalista. Resultado: o povo brasileiro continua refém dos apetites de grupos políticos e econômicos secularmente enraizados

em todas as esferas do poder estatal que só velam por seus interesses pessoais, desprezando toda forma de compromisso com a construção de uma sociedade justa, sadia e igualitária.

Já se disse que o poder é o maior dos afrodisíacos. Montesquieu alertava em seu *Espírito das Leis* que “todo o homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo até que encontre algum limite”. A existência da autoridade toda poderosa, que impõe sua vontade sob qualquer circunstância, que desdenha dos interesses coletivos, que não leva em conta a legislação de sua pátria, conspira contra a existência do Estado Democrático de Direito e nega os valores republicanos.

Dá ter a Constituição de 1988 criado verdadeira engrenagem de controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, através da concepção de mecanismos capazes de apreciar os atos das autoridades brasileiras de todos os escalões.

Tal controle pode ser exercido de diversas formas e por diferentes pessoas ou instituições interessadas no funcionamento dinâmico e ético da máquina estatal. O constituinte pátrio confiou a fiscalização da gestão administrativa ao *Poder Legislativo*, que poderá fazê-lo através das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º) e pela comissão mista permanente, a quem incumbe a apreciação das diretrizes orçamentárias (CF, art. 66); aos *Tribunais de Contas*, cujas atribuições foram extraordinariamente ampliadas pela nova ordem constitucional; à *Administração Pública*, que dispõe de amplos poderes para desempenhar o autocontrole de seus atos. Há também o controle exercido pelo *Ministério Público*, instituição incumbida da defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por fim, temos o controle exercido pelos próprios *cidadãos*, através de instrumentos como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, a possibilidade de o contribuinte questionar as contas municipais (CF, art. 31, § 3º), o direito individual e coletivo de denunciar irregularidades perante as Cortes de Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 74, § 2º) etc.

Para que esses direitos sejam exercitados em sua plenitude, a Constituição colocou à disposição dos legitimados poderosas garantias processuais como a ação popular, o mandado de segurança,

a ação de inconstitucionalidade, o mandado de injunção, o habeas data, dentre outras.

Neste trabalho concentraremos nossos esforços na análise da atuação do Ministério Público em sua atividade de controle dos atos administrativos, sobretudo na repressão à prática da improbidade administrativa que, como visto, contamina vários setores do serviço público brasileiro.

Pretendemos apresentar os pontos de encontro entre o Direito Processual Penal e o Direito Civil no sistema brasileiro de combate à corrupção, demonstrando que, longe de se distanciarem, esses ramos do direito se imbricam de tal forma que a responsabilização cível, penal e administrativa das autoridades envolvidas em atos de improbidade administrativa se torna bem mais fácil e eficaz.

Por improbidade administrativa entende-se a prática de atos administrativos que, direta ou indiretamente, importem enriquecimento ilícito da autoridade ou de terceiros, provoquem prejuízo manifesto ao erário ou constituam atentados aos princípios que orientam e regem a Administração Pública. José Afonso da Silva acrescenta que “cuida-se de uma imoralidade administrativa, qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo”¹. Em outras palavras, a improbidade tem sempre a marca da conduta desonesta ou irresponsável do agente público face à Administração, seja visando proveito próprio – a exemplo de vantagens pecuniárias, promoções na carreira, favores políticos ou vitórias eleitorais –, seja rompendo o compromisso ético de direcionar suas ações para o desempenho da melhor administração possível do patrimônio público, o que dá causa a substanciais prejuízos ao erário ou flagrante desrespeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, lealdade, boa fé e obrigatoriedade de eficiência².

¹ Cf. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, RT, 1990, p. 332.

² Sobre o tema, consultar Alice Gonzalez Borges, “O Controle Jurisdicional da Administração Pública”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 192. Rio de Janeiro, p. 49-50.

A Lei 8.429/92 é heterotópica, isto é, ela reúne em seu corpo normas jurídicas materiais e processuais. Nela são encontrados dispositivos de natureza cível, penal e administrativa, além de normas que regulamentam procedimentos administrativos e processuais. Isto lhe dá um perfil extraordinariamente amplo, capaz de imprimir maior rapidez e eficácia na apuração da improbidade. Acrescente-se o fato de que ela permite a participação conjunta de diversas instituições nas investigações das denúncias formuladas contra as autoridades estatais implicadas em escândalos, o que facilita a reunião de elementos probatórios, evita perseguições pessoais, garante a imparcialidade, a lisura e o respeito aos direitos fundamentais dos indiciados.

Contudo, a maior inovação da Lei Anti-corrupção foi o alargamento do conceito de sanções cíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Até então, as penalidades cíveis tinham caráter meramente repristinatório ou indenizatório, já que, na maioria dos casos, sua aplicação implicava obrigações de fazer, sobretudo o retorno ao “*status quo ante*”, ou o pagamento de valores pecuniários capazes de ressarcir os danos causados à vítima pela prática do ato ilícito. A Lei 8.429/92 ampliou esse leque, incluindo penas como perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão de direitos políticos de três a dez anos; multa cível baseada no acréscimo patrimonial, no dano causado ao erário e na remuneração do agente público; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, sob qualquer pretexto, pelo prazo variável de três a dez anos (art. 12).

Tais inovações deram margem a vários mal-entendidos e interpretações estapafúrdias. Muitas das sanções introduzidas pela Lei 8.429/92 já existiam no âmbito penal, na condição de penas acessórias. No início, pensou-se que era também necessária uma condenação penal irrecorrível para que tais penas fossem aplicadas. O defensores dessa concepção baseavam-se no inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, que assegura o princípio da presunção de inocência, prescrevendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Só para dar um exemplo, mesmo condenada civilmente pela prática de improbidade administrativa, em sentença irrecorrível, a autoridade poderia candidatar-se a deputado ou senador e, uma vez eleita, beneficiar-se-ia da imunidade parlamentar, prerrogativa que

lhe assegura a suspensão do processo penal enquanto durar o mandato... Ou os mandatos!

Evidentemente os advogados dos réus estimaram ser mais “estratégico” insistir na tese de que as novas sanções exigiam sempre sentença penal condenatória transitada em julgado. A eles se aliaram juristas reacionários que não aceitavam o novo modelo de sanções cíveis, com receio de esvaziar o conteúdo e até mesmo a importância do Direito Penal.

Felizmente esta polêmica não faz mais sentido. A doutrina e a jurisprudência têm sedimentado o entendimento de que existe verdadeira independência das esferas penal, cível e administrativa em matéria de improbidade administrativa.

Pode haver até mesmo coincidência de sanções. Mas nunca hierarquia entre as esferas penal e cível. Significa que uma penalidade pode ser aplicada na órbita cível sem que o seja no âmbito penal e vice-versa. Não há nisto qualquer contradição ou inconstitucionalidade. O que é imprescindível é que o julgamento seja oriundo de um órgão jurisdicional competente e que seja garantido ao réu o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Tais argumentos, por si sós, fazem com que a tese da obrigatoriedade de processo criminal para a aplicação das sanções previstas na Lei Anti-Corrupção seja inaceitável e completamente desprovida de fundamento jurídico. Na verdade, as sanções ali contidas não têm caráter criminal, embora possa haver coincidência com penas acessórias de natureza penal. Além disso, a Lei concebeu um instrumento procedimental próprio – a ação civil pública – para perseguir a condenação cível dos envolvidos em atos de improbidade administrativa.

2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA INVESTIGAÇÃO DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE.

A Lei 8.429/92 traçou as diretrizes para as investigações dos atos de improbidade, assegurando a qualquer pessoa o direito de provocar a instauração de procedimento administrativo destinado a apurar a conduta dos implicados.

Ao assegurar o direito de representar à autoridade competente para dar início ao procedimento investigatório cabível, o art. 14 da Lei 8.429/92 não quis limitar o exercício de tal direito a uma pessoa ou grupo de pessoas, mas também aos sindicatos, associações, partidos políticos e até mesmo a outras autoridades interessadas na apuração de atos que impliquem prática de improbidade.

A possibilidade de representação contida na lei nada mais é que um desdobramento do direito fundamental de petição consagrado no inciso XXXIV, “a” do art. 5º da Constituição Federal. A norma constitucional assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas: a) “direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Trata-se de garantia fundamental que permite o amplo exercício da cidadania na medida em que o cidadão, individualmente ou através de suas entidades representativas, participa ativamente da administração pública, fiscalizando os atos das autoridades, denunciando os desmandos administrativos, as práticas lesivas ao erário, o enriquecimento ilícito dos agentes públicos, os atentados contra os princípios da Administração, os privilégios concedidos a apaniguados políticos, o sórdido tráfico de influência para privilegiar poderosos grupos econômicos ou qualquer outra forma espúria de condução dos negócios públicos.

E é por isso que texto constitucional autoriza a todos, cidadãos ou entidades não-governamentais, o exercício do direito de petição não só para a defesa de seus próprios interesses, mas também para pugnar pelos interesses coletivos e combater a ilegalidade e o abuso de poder.

Sob o aspecto formal, exigiu-se apenas que a representação fosse escrita ou oral – caso em que as alegações do representante seriam tomadas a termo pela própria autoridade. Consoante o §1º do art. 14, é também necessária a identificação dos subscritores da representação, bem como o fornecimento das informações disponíveis sobre o fato investigado, o nome dos responsáveis pelo ato de improbidade e os elementos probatórios até então colhidos. A ausência desses requisitos implicará a rejeição da representação pela autoridade competente e seu posterior arquivamento. Uma vez

malograda a representação por falta de tais requisitos, o interessado poderá formular nova representação ao Ministério Público.

Na verdade, a forma não deve sobrepujar o conteúdo da representação. Neste particular, a discricionariedade da autoridade é bastante reduzida. Mesmo convencendo-se da fragilidade das provas que lhe foram apresentadas, não lhe cabe fazer juízo de valor, mas, tão-somente, uma análise superficial da forma eleita para a representação, verificando se estão presentes os requisitos mínimos de admissibilidade. Encontrados tais requisitos, ensina Marcelo Figueiredo, “não tem a autoridade administrativa o direito de rejeitá-la, ainda que considere vagas as alegações”³.

Não se deve deixar que o excesso de formalismo seja um empecilho intransponível à apuração dos atos de improbidade. Mesmo que a representação não contenha todos os requisitos exigidos pela Lei 8.429/92, nada impede que a autoridade administrativa determine o início das investigações, constituindo comissão processante com plenos poderes para esclarecer os fatos, objeto da representação. Tal poder está implícito na lei, já que o procedimento administrativo para a apuração dos atos de improbidade pode ser instaurado até mesmo de ofício pela autoridade, sem que seja necessária a formalização do pedido. Basta que ela tome conhecimento dos fatos pela imprensa ou em consequência de auditorias, correições etc.

O ato da autoridade administrativa que rejeita a representação tem de ser fundamentado. Ela está obrigada a externar minuciosamente os motivos que a levaram a tomar tal decisão, enumerando as irregularidades formais encontradas no texto que tornaram a representação imprestável. Despachos lacônicos do tipo “arquive-se”, “rejeito a representação por não atender os requisitos do § 1º do art. 14 da Lei 8.429/92”, “inadmito a representação por defeitos de forma” etc., não são permitidos. São inconstitucionais e expressam o desleixo da autoridade desidiosa, conivente ou pelo menos desinteressada no esclarecimento das denúncias.

Instaurado o procedimento administrativo, a comissão processante tem a obrigação de comunicar sua existência ao

³ Marcelo Figueiredo, **Probidade Administrativa**. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 83.

Ministério Público e às Cortes de Contas, que poderão, de ofício ou a requerimento da referida comissão, designar representantes com a missão de acompanhar de perto o desenrolar das investigações. Os representantes dessas instituições não integram a comissão processante. Suas atribuições restringem-se tão-somente ao acompanhamento dos trabalhos desenvolvidos, na condição de fiscais da lei e do erário, pugnando pelo respeito aos direitos fundamentais dos implicados, pela integridade do patrimônio público, pela licitude das provas carreadas aos autos e pela integral elucidação dos fatos apurados.

Muito se tem refletido sobre a natureza jurídica do procedimento administrativo previsto pela Lei Anti-Corrupção. Sindicância ou processo administrativo? Neste sentido, o texto legal é completamente omissivo. Tal falha tem dado margem a infundáveis polêmicas. Como a apuração de atos que constituem improbidade geralmente encerra litígio entre a Administração e o servidor público, não há dúvida de que o processo administrativo é o meio mais idôneo para se chegar à completa elucidação dos fatos.

A sindicância, como meio sumário que é, destina-se tão-somente à coleta preliminar de provas das irregularidades administrativas que autorizem a instauração de processo administrativo. Trata-se de procedimento inquisitorial que pode dispensar a constituição da comissão de inquérito, não permite o exercício da ampla defesa e do contraditório. Por essa razão, não é instrumento hábil para a imposição de qualquer penalidade aos envolvidos nas infrações. Tudo isso a torna insuficiente para o esclarecimento dos fatos, já que a complexidade da matéria investigada exige procedimento administrativo mais completo, capaz de oferecer mecanismos procedimentais eficazes, assegurando aos indiciados todas as garantias inerentes ao “*due process of law*”.

Se considerarmos procedimento sinônimo de rito, verificaremos desde logo que a Lei 8.429/92 não silenciou a esse respeito: em se tratando de servidores federais, adotar-se-á o procedimento administrativo previsto nos artigos 148 a 182 da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), que tem por objetivo “apurar responsabilidade de servidor por

infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”⁴.

Porém, outros diplomas que regulamentam a matéria podem ser aplicados, a exemplo dos regulamentos disciplinares para os militares; os regimes únicos estaduais e municipais para servidores dessas esferas do serviço público; as leis orgânicas da Magistratura e do Ministério Público, para a apuração de atos praticados por juizes e promotores de justiça, respectivamente.

De maneira geral, a comissão processante, embora atrelada ao respectivo regramento procedimental, deverá seguir as fases básicas de todo e qualquer processo administrativo: instauração, instrução, defesa, relatório, julgamento⁵.

É preciso lembrar que a comissão processante deve assegurar aos indiciados, nos termos do inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988, o contraditório e a ampla defesa durante toda tramitação do processo administrativo, permitindo-lhes constituir advogado, arrolar testemunhas, requerer perícias, juntar documentos, prestar depoimentos pessoais, acompanhar todos os atos instrutórios, apresentar sua defesa etc. O desrespeito ao conteúdo do devido processo legal eivará todo o processo de nulidade, tornando-o, por conseguinte, imprestável para infligir aos envolvidos as sanções administrativas previstas na lei⁶.

Ao ser constituída, a comissão processante fica investida numa série de poderes destinados ao esclarecimento dos fatos, objeto da representação. Ela poderá tomar o depoimento pessoal dos envolvidos, arrolar testemunhas, realizar acareações, requisitar documentos e perícias, realizar diligências diversas, representar ao Ministério Público para que este requeira ao órgão jurisdicional competente o seqüestro, o exame ou o bloqueio de bens, contas

⁴ Vide art. 148 “*caput*” da Lei 8.112/90.

⁵ Sobre o tema, cf. Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, RT, 1989, p. 586-587.

⁶ Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, “demissão por improbidade administrativa, precedido o ato demissório de procedimento administrativo regular, em que à acusada foi assegurado direito de defesa. Legitimidade do ato (Cf. Ac. 21.922, mandado de segurança julgado em 20.06.96 e publicado no DJ em 18.10.96).

bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no Brasil ou no exterior (Lei 8.429/92, art. 16).

Concluídas as investigações, a comissão processante confeccionará seu relatório, sintetizando o contido nos autos, as provas coligidas, as diligências realizadas, os fatos apurados, os implicados na prática de improbidade, para, ao final, apresentar conclusões fundamentadas, propondo à autoridade competente as medidas a serem tomadas no âmbito administrativo, cível e penal, com o objetivo de reparar os danos e punir os culpados.

A autoridade julgadora não está obrigada a concordar com as conclusões a que chegou a comissão processante ou adotar as medidas por ela recomendadas. Ela pode discordar das conclusões que lhe foram apresentadas ou negar-se a adotar as providências sugeridas, sem que isso caracterize ofensa ao dever de ofício. Para tanto, ensina Hely Meirelles, é necessário que ela fundamente sua decisão em elementos de convicção extraídos do processo, ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou mesmo deferitória ou indeferitória da pretensão postulada pela comissão⁷. Entretanto, havendo concordância, a autoridade deverá:

- (1) remeter os autos ou cópia deles ao Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública e/ou ação penal;
- (2) caso a espécie de improbidade configure crime ou contravenção, remeter cópia dos autos à polícia judiciária acompanhada de pedido de instauração de inquérito policial;
- (3) aplicar a penalidade disciplinar cabível, a exemplo da advertência, suspensão, demissão, cassação da aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada etc.;
- (4) encaminhar cópia dos autos à Corte de Contas para que sejam realizadas as auditorias necessárias.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 587.

3. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APURAÇÃO DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Ministério Público tem papel preponderante na apuração da prática de improbidade. Consoante o disposto no art. 22 da Lei 8.429/92, a instituição tem o poder de requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo para apurar ato ilícito, nas seguintes hipóteses:

- de ofício;
- a requerimento da autoridade administrativa;
- mediante representação que lhe for formulada por qualquer pessoa.

Quando o Ministério Público encontrar na representação indícios suficientes de que o ato de improbidade também constitui crime que precisa ser melhor investigado, deverá requisitar a instauração de inquérito policial, através de manifestação fundamentada, dirigida à polícia judiciária.

Qual a natureza jurídica da requisição ministerial? Trata-se de função institucional consagrada pela Constituição de 1988, que, em seu art. 129, VIII, confere ao Ministério Público o poder de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. A requisição é compulsória, isto é, obriga a autoridade policial a instaurar o inquérito, mesmo que esta não vislumbre, *a priori*, no fato narrado, prática criminosa. Assim, não pode ela se negar a instaurar o inquérito policial. Mais ainda: poderá o órgão do Ministério Público acompanhar todos os atos do inquérito policial (art. 26, IV, da Lei 8.625/92 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

As normas jurídicas que asseguram ao Ministério Público o poder de requisitar informações objetivam garantir a efetiva tutela dos interesses primários da sociedade, sobretudo a proteção do patrimônio público, secularmente pilhado por administradores despreparados ou corruptos.

Ao Ministério Público coube importante tarefa de defender intransigentemente a sociedade dos agentes públicos desonestos, responsáveis por extraordinários prejuízos ao erário. Daí afirmar

Hugo Nigro Mazzilli que “no desempenho de suas relevantes funções, entre as quais a defesa da Constituição e das leis, o zelo dos interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, bem como a titularidade da ação penal e da ação civil pública – o órgão do Ministério Público precisa ter instrumentos eficazes para exercer seus misteres constitucionais”⁸.

Vimos anteriormente que as sanções constantes do art.12, I, II e II da Lei 8.429/92 não possuem natureza criminal. Todas elas caracterizam-se por sua natureza cível *“lato sensu”*. Nada impede, entretanto, que o agente público faltoso seja também responsabilizado na órbita administrativa e na órbita penal, mediante procedimentos independentes e cumulativos. Sobre esse aspecto, o *“caput”* do mencionado dispositivo legal é taxativo ao afirmar que as cominações ali contidas hão de ser aplicadas, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

A instauração de inquérito policial só se justifica se a conduta da autoridade indiciada também constitui crime, como, por exemplo, peculato (art. 312 do CP), emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do CP), concussão (art. 316 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318 do CP), prevaricação (art. 319 do CP), violação de sigilo funcional (art. 325 do CP), violação do sigilo de proposta de concorrência (art. 326 do CP), corrupção ativa (art. 333 do CP), impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335 do CP), e ainda as penas previstas na Lei 8.666/93 e no Decreto-lei n. 201/67, que tipifica os crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais. Caso contrário, o órgão do Ministério Público conduzirá as investigações através da instauração de inquérito civil ou então requisitará à autoridade competente a instauração de procedimento administrativo.

Não se pode deixar de reconhecer a importância da repressão criminal à prática da improbidade, sobretudo aos atos de corrupção dos agentes públicos. No Brasil, não há uma lei específica voltada exclusivamente para esse desiderato. Os tipos penais encontram-se dispersos em vários diplomas legais, que nem sempre guardam coerência entre si.

⁸ Hugo Nigro Mazzilli. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, RT, 1990 p. 166.

Ainda está por se construir no País uma legislação capaz de inibir e reprimir definitivamente os crimes do colarinho branco. A complexidade da estrutura administrativa, a engenhosidade dos gestores da coisa pública em desviar verbas do erário, as negociatas envolvendo agentes estatais e grupos privados, os financiamentos ilegais de campanhas eleitorais, o desperdício irresponsável de bens de consumo, tudo conspira para a adoção de profundas reformas no sistema penal brasileiro, para dotá-lo de mecanismos realmente eficientes, que ponham um ponto final na impunidade generalizada das autoridades envolvidas em escândalos administrativos, chaga profunda que tanto revolta e desilude a nação.

Foi o que aconteceu na Itália. Em meados da década de 80, o País foi abalado por um escândalo de proporções internacionais, conhecido como “*Tangentopoli*”, que consistia na cobrança das famosas “*tangenti*”, verbas extorquidas ou recebidas irregularmente por partidos políticos italianos em troca da concessão de licenças, autorizações, proteção, incolumidade, segurança ou qualquer outra forma de privilégios a grupos econômicos. Centenas políticos e administradores públicos foram responsabilizados pela pilhagem ao erário e pela amoralidade na condução da coisa pública. A repercussão negativa das práticas político-administrativas das autoridades foram de tal monta que provocou profundas e significativas mudanças institucionais na Itália, abrindo caminho para a Segunda República⁹.

Foram necessárias reformas substanciais no sistema de repressão penal, já que o Código Penal vigente, editado em 1930, era absolutamente inadequado para o combate aos complexos e sofisticados mecanismos de corrupção, responsáveis pela manutenção do “cartelismo”, que, como ensina Manfredi Parodi Giusino, “é o acordo de divisão entre as forças de governo, voltadas mais para a obtenção de proveito particular de gestão da coisa pública do que para a perseguição desta última”.

Para suprir a fragilidade da autotutela estatal, os juízes passaram a exercer uma política de controle dos atos administrativos

⁹ Cf. Manfredi Parodi Giusino. “Os delitos dos funcionários públicos contra a administração pública na legislação italiana: quadro sintético, aspectos problemáticos e perspectivas de reformas” in *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, p. 128.

e constatarem que vários atos de improbidade não estavam tipificados nas normas penais. A partir daí, pensou-se seriamente em reformas do Código Penal, adequando-o às novas situações, o que veio a acontecer com a edição da Lei n. 86 de 26/04/90, que trouxe modificações na tipificação dos delitos dos funcionários públicos contra a Administração Pública¹⁰. A reforma permitiu maior eficácia nas investigações, ampliou o conteúdo dos delitos e, sobretudo, adequou as penas à gravidade dos crimes.

Enquanto isso não acontece no Brasil, cabe ao Ministério Público não só requisitar, mas, sobretudo, acompanhar todos os passos das investigações. O trabalho conjunto da Instituição com a polícia judiciária é extremamente importante para o sucesso das investigações. A presença do Ministério Público no inquérito inibe eventuais pressões de setores políticos e econômicos, interessados na impunidade dos agentes públicos e constitui-se verdadeiro canal de ligação com o Judiciário, imprimindo maior velocidade aos pedidos de diligências e medidas cautelares, a exemplo do bloqueio de contas correntes, poupanças e aplicações financeiras, seqüestro de bens, quebra de sigilo bancário, apreensão de documentos, prisão temporária ou preventiva dos indiciados etc.

Nada impede que o próprio Ministério Público encabece as investigações, instaurando, ele mesmo, inquérito civil com o objetivo de apurar ações ou omissões que constituem improbidade. Nesse caso, caberá a instituição coordenar as atividades que visem a completa elucidação do ato ilícito, objeto da representação que lhe foi encaminhada.

O inquérito civil é procedimento administrativo e pré-processual, que tem o objetivo de investigar violações aos direitos difusos e coletivos, visando posterior propositura de ação civil pública. Instrumento exclusivo do Ministério Público, o inquérito civil tem se mostrado excelente meio de esclarecimento dos atos de improbidade administrativa e conseqüente proteção do patrimônio público.

Embora a Lei Anti-Corrupção não tenha feito menção expressa a esse aspecto da questão e malgrado a opinião contrária de alguns juristas brasileiros, nada impede que seja do Ministério

¹⁰ Cf. Manfredi Parodi Giusino, ob. cit.

Público a iniciativa do inquérito e da ação civil pública. Sua função constitucional lhe assegura o poder e lhe impõe o dever de agir – independentemente de provocação – sempre que chegar ao seu conhecimento notícias que impliquem danos ao patrimônio público de qualquer natureza¹¹.

Evidente que o inquérito civil por si só não tem força para aplicar sanções a quem quer que seja. Ele tão-somente reúne provas que serão apreciadas em juízo. Na fase investigatória, os implicados não têm direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, pois ainda não há constituição do processo, nem existem partes ou possibilidade de aplicação de penalidades pelo Ministério Público. É por isso que o inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988 é inaplicável à condução dos atos investigatórios.

Ao instaurar o inquérito civil, o Ministério público exerce legitimamente o poder investigatório que lhe foi confiado pelo legislador constituinte. O órgão ministerial dispõe de diversos mecanismos para a coleta dos elementos de convicção que permitam a propositura da ação cível (e eventualmente da ação penal), a exemplo da promoção de diligências, expedição de notificações, requisição de perícias, documentos públicos e particulares etc. As provas coligidas legalmente no inquérito civil são válidas para todos os efeitos, sobretudo diante do órgão jurisdicional incumbido do julgamento da causa.

O ato de instauração do inquérito civil tem de ser publicado no Diário Oficial do Estado ou da União. O órgão do Ministério Público responsável pela presidência dos trabalhos deve imprimir às investigações o máximo de transparência e publicidade, mantendo os interessados, a opinião pública e a imprensa informados dos principais acontecimentos.

Antes da conclusão dos trabalhos, os promotores de justiça devem se abster de emitir qualquer juízo de valor ou de fazer previsões infundadas sobre envolvimento de pessoas no ato danoso ao patrimônio público. Afinal, o inquérito civil não é instrumento de vingança, de perseguição política ou de promoção pessoal, mas um

¹¹ Cf. Rui Alberto Gatto. “A atuação do Ministério Público em face da lei 8.429/92”, in *Anais do 9º Congresso Nacional do Ministério Público*, Livro de Teses do 9º Congresso do Ministério Público. Salvador, p.615.

procedimento oficial de apuração dos danos causados aos direitos da coletividade.

Mesmo diante da curiosidade popular e do assédio dos meios de comunicação, o Ministério Público não pode perder de vista seu compromisso com a verdade, evitando enxovalhar a honra de inocentes ou criar falsas expectativas no seio da população. Se, por um lado, a infundada execração pública de autoridades avilta e denigre a imagem da Instituição, do outro, a frustração popular decorrente da impunidade dos implicados por falta de provas ou por inércia na apuração pode levá-la ao descrédito.

Como bem observa Ruy Alberto Gatto, o Ministério Público não é uma panacéia capaz resolver “o aflitivo problema de credibilidade dos administradores públicos do País, responsabilizando os agentes públicos ímprobos”¹². Essa chaga que contamina o Estado Democrático de Direito só será extirpada através do exercício contínuo da cidadania, o que exige engajamento cotidiano dos cidadãos, das instituições públicas e das entidades não-governamentais no combate intenso e incessante a todas as formas de corrupção.

O poder investigatório do Ministério Público é extremamente amplo. Todas as condições lhe foram dadas pelo legislador pátrio para que possa livremente exercer suas funções, fazendo uso de instrumentos legais capazes de superar os obstáculos que atravessem o caminho da busca da verdade.

Recebeu ainda o Ministério Público a legitimação para propor diversos procedimentos cautelares destinados à defesa do patrimônio público, como o seqüestro e a busca e apreensão de bens do réu envolvido na prática de improbidade administrativa (arts. 7 e 16) e até mesmo o afastamento do exercício do cargo (art. 20). Se assim entender conveniente, o *Parquet* poderá pleitear em juízo o bloqueio dos bens móveis, imóveis e semoventes, inclusive contas bancárias, poupanças, títulos de capitalização, ações, bem como toda e qualquer aplicação financeira mantida direta ou indiretamente pela autoridade acusada de enriquecimento ilícito ou dano ao erário, em quantidade e valores suficientes para o integral ressarcimento do dano sofrido pelo patrimônio público.

¹² ob. cit., p. 617.

Para reforçar todo esse sistema repressivo, foi recentemente editada a Lei 9.613/98, destinada a reprimir os crimes de “lavagem”¹³ de bens, direitos e valores, facilitando o rastreamento de contas bancárias no exterior e estabelecendo punição para os envolvidos em delitos dessa natureza. Dentre suas diversas inovações, podemos encontrar a tipificação do crime lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crime “*contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos*”, cuja pena varia de três a dez anos de reclusão (art. 1º, V).

A Lei permite ainda que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, no curso do inquérito policial ou da ação penal, decrete a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos e valores do acusado do crime de “lavagem” (art. 4º “caput”).

Pois bem. Havendo elementos probatórios suficientes que apontem para a existência da prática de improbidade administrativa, o Ministério Público tem dois caminhos a seguir: a *persecução criminal*, que se dá com a propositura de ação penal, cuja pretensão é a condenação do réu à pena privativa de liberdade, além de outras

¹³ A lavagem de dinheiro é um dos principais problemas enfrentados pelo sistema financeiro planetário. Estima-se que a cada ano as redes bancárias internacionais “lavem” 320 bilhões de dólares, provenientes do tráfico de entorpecentes, da corrupção governamental e da sonegação fiscal. Segundo o magistrado francês Jean Maillard, coordenador da obra “*Un monde sans loi*” (um mundo sem lei), um atlas inédito que monitora os sofisticados circuitos de trânsito do dinheiro sujo, os paraísos bancários e fiscais começaram a se desenvolver a partir dos anos 70, com dois grandes objetivos: a) facilitar o funcionamento dos euromercados e a reciclagem dos petrodólares; b) abrigar o dinheiro sujo do tráfico de drogas. O esquema de “lavagem” é garantido por instituições financeiras criadas na periferia dos países industrializados da América do Norte, da Europa e da Ásia. Podem ser encontradas: a) na *América do Sul*: Paraguai e Uruguai; b) na *América Central*: Panamá, Costa-Rica, El Salvador, Aruba, Jamaica, Bahamas, República Dominicana, Ilhas Virgens, Ilhas Caiman etc. d) na *Europa*: Suíça, Luxemburgo, Mônaco, Vaticano, Liechtenstein, Andorra, Ilha da Madeira, Dublin etc. e) na *África*: Cabo Verde, Libéria, Santa Helena, Gâmbia etc. no *Oriente*: Hong-Kong, Filipinas, Labuan, Singapura etc.

sanções acessórias; a *responsabilização cível*, que se dá com o ajuizamento da ação civil pública para que haja o completo ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, cabendo, para tanto, indenizações, reversão dos bens ao órgão público lesado (Lei 8.429/92, art. 18), perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, dentre outras penalidades já referidas neste trabalho (Lei 8.429/92, art. 12).

Sob o prisma penal, muitos juristas sustentam a tese de que os elementos apurados no inquérito civil não podem servir de base para uma denúncia na esfera criminal, pois o Ministério Público não possui atribuições para realizar investigações criminais, matéria originariamente adstrita à polícia judiciária.

Entretanto, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ao apreciar pedido de *habeas corpus* para trancamento de ação penal, impetrado pelo então prefeito de Penedo, acusado de desvio de verbas provenientes de convênios firmados entre a Secretaria Especial de Habitação e Ação Comunitária e a municipalidade, a 6ª Turma do STJ asseverou que “*não poderia, é evidente, apurando no inquérito civil que ocorreu possível infração penal por parte de prefeito municipal, que “ex ratione personae” tem prerrogativa de foro no Tribunal de Justiça, inciso VIII, do artigo 29 da Constituição Federal, denunciá-lo. Por essa razão, remeteu os autos da peça informativa, formadora da “opinio delicti”, ao Procurador-Geral de Justiça oficiante perante o Tribunal de Justiça Estadual*”¹⁴. Pelo menos duas conclusões podemos extrair desse acórdão:

a) o promotor de justiça de 1º grau tem atribuições para investigar atos de improbidade de prefeitos municipais para a propositura de ação civil pública ou para remeter os autos do inquérito civil ao Procurador-Geral de Justiça, ao qual caberá o ajuizamento da devida ação penal;

b) contudo, constatado o envolvimento delituoso de autoridades estaduais ou municipais que não gozem de foro privilegiado, poderá o promotor de justiça propor a competente ação penal, sem que seja necessária a instauração de inquérito pela autoridade policial.

¹⁴ Acórdão n. 15.892, relatado pelo Min. Pedro Acioli, proferido em 16.11.93, publicado no DJ em 07.02.94, p. 1.199.

O referido Acórdão superou também duas outras questões importantíssimas. A primeira é que o Desembargador-Relator da ação penal proposta contra prefeito pode delegar atribuições ao juiz de direito da Comarca em que ocorreu o crime para presidir atos de instrução, a exemplo de interrogatório do réu e oitiva de testemunhas. A segunda é que os prefeitos são considerados gestores das verbas oriundas de convênios celebrados entre os municípios e instituições públicas federais.

Por essa razão, a competência para julgamento de malversação dos recursos é da Justiça Estadual e não da Justiça Federal.

Cabe, portanto, à Instituição utilizar o inquérito civil e a ação civil pública com rigoroso critério técnico-científico para que essas garantias de defesa da cidadania e da moralidade administrativa não caiam no descrédito nem se transformem em instrumento de perseguição de inocentes pelos detentores do poder político.

Importante questão no combate à corrupção no serviço público concerne à possibilidade de tornar indisponíveis os bens das autoridades investigadas. Havendo fundados indícios de responsabilidade de servidores em atos de enriquecimento ilícito ou de danos ao erário, o Ministério Público ou a Procuradoria do órgão lesado poderão requerer ao juízo competente o seqüestro dos seus bens, respeitando o procedimento descrito nos artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil. Tal indisponibilidade recairá sobre bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado (art. 16 da Lei 8.429/92).

Muito se questiona se a indisponibilidade de que trata a Lei Anti-Corrupção incidirá sobre a integralidade dos bens do indiciado ou apenas sobre aqueles adquiridos após sua investidura no cargo público. O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o problema ao apreciar o recurso ordinário em mandado de segurança referente ao processo n. 6.182, julgado em 22.02.97, cujo acórdão, que recebeu o número 44.473, foi relatado pelo Ministro Helio Mosimann e publicado no DJ de 01.12.97, à p. 62.700.

Em linhas gerais, o processo consistia no seguinte: o Ministério Público propôs ação cautelar incidental (a ação civil pública já houvera sido ajuizada) com o objetivo de obter o seqüestro dos bens constantes da declaração de bens apresentada à Receita

Federal pelo réu, deputado envolvido na chamada “Mafia do Orçamento”.

O magistrado deferiu o pedido e foi mais além: decretou o seqüestro de todos os bens arrolados, inclusive os frutos e rendimentos constantes da pré-falada declaração. Dentre outras coisas, o réu argumentou que a medida cautelar só poderia recair sobre os bens adquiridos após a suposta prática dos atos de improbidade de que era acusado. A 2ª Turma do STJ, por maioria de votos, acatou a tese do réu, afirmando que *“força é reconhecer, todavia, que somente os bens adquiridos a partir dos fatos criminosos é que se acham sujeitos a seqüestro, não os anteriores”*. Entretanto, a ausência de unanimidade no julgamento nos parece ser um indicativo de que a questão permanece aberta e que ainda será objeto de grandes discussões.

Na verdade, a lei fala em seqüestro¹⁵, não em arresto de bens. Esse é o seu grande defeito, vez que quase nunca as vantagens auferidas em decorrência da prática de improbidade são canalizadas para o patrimônio pessoal do indiciado. Na maioria das vezes, os bens adquiridos com dinheiro sujo ficam em nome de “laranjas”, familiares, assessores, amantes ou qualquer integrante do “*entourage*” da autoridade ímproba. Isso dificulta as investigações e inviabiliza o ressarcimento ao erário dos valores pilhados. O ideal seria que o legislador tivesse optado pela indisponibilidade de todos os bens do réu (ressalvados os impenhoráveis), sempre que houvesse provas robustas de participação na improbidade investigada.

Outro aspecto da investigação que tem provocado muitas polêmicas concerne à quebra dos sigilos bancário e fiscal da autoridade envolvida em atos de improbidade administrativa. Muitos doutrinadores entendem que o Ministério Público pode requisitar

¹⁵ Segundo Ovídio Batista, “seqüestro é medida cautelar consistente na apreensão judicial de coisa determinada e sua entrega a depositário, de modo a impedir que a mesma seja subtraída ou alienada fraudulentamente, destruída ou danificada por quem a detenha, em prejuízo do direito de propriedade ou posse do requerente” (Cf. **Curso de Direito Processual Civil**, volume III. Porto Alegre, Fabris, 1993, p. 175). O autor esclarece que o seqüestro deve incidir sobre bem determinado, cuja propriedade ou posse em geral seja duvidosa. Em geral recai sobre a coisa litigiosa e tem o objetivo de garantir sua conservação, para ser entregue ao vitorioso na ação principal.

diretamente às autoridades fazendárias e às instituições bancárias informações sobre a situação fiscal e financeira do indiciado, ficando o promotor de justiça responsável pelo bom uso das provas, sobretudo pelo respeito aos direitos fundamentais daquele. Ocorre que essa formulação teórica não tem a adesão da jurisprudência hoje predominante nos tribunais brasileiros.

O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados julgamentos, tem entendido que a quebra do sigilo bancário depende de expressa autorização judicial. Segundo a Corte, *“as funções institucionais do Ministério Público não alcançam a quebra do sigilo bancário sem a intervenção do Judiciário”*¹⁶. Isto porque *“qualquer informação em poder de estabelecimentos bancários, mesmo que não descreva movimentação bancária, deve ser obtida através do Poder Judiciário”*¹⁷. Vale lembrar que são consideradas ilícitas as provas obtidas mediante quebra de sigilo bancário sem a autorização do juiz competente¹⁸.

Não se trata aqui de negar ou de mitigar o poder de requisição do Ministério Público consagrado nos incisos VI e VIII do art. 129 da Constituição Federal. Tal poder existe mas não é ilimitado. A requisição de informações e documentos para instrução de inquéritos civis e de procedimentos judiciais só encontra restrições naqueles casos em que a lei impuser sigilo (bancário, fiscal, industrial, tecnológico etc.).

Nesses casos, o STJ tem entendido que a requisição do Ministério Público só terá eficácia se submetida ao juiz competente. Em recente julgamento, a 1ª Turma do STJ entendeu que *“o sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário”*¹⁹ (grifo nosso).

¹⁶ Cf. Acórdão n. 15.621, relatado pelo Ministro William Patterson, prolatado em 09.09.96 pela 6ª Turma e publicado no DJ de 02.12.1996, p. 47.732.

¹⁷ Cf. Acórdão n. 5065, relatado pelo Ministro Edson Vidigal, prolatado em 19.03.96 pela 5ª Turma e publicado no DJ de 29.09.97, p. 48.228.

¹⁸ Cf. Acórdão n. 44.959, relatado pelo Ministro Edson Vidigal, prolatado em 04.11.96 pela 5ª Turma e publicado no DJ de 04.11.96, p. 42.489.

¹⁹ Cf. Acórdão n. 42.888, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, prolatado em 12.06.97 pela 1ª Turma, DJ de 03.11.97, p. 56.217.

Tal “*decisum*” criou dois tipos de requisição ministerial:

a) *requisição direta*, tida como regra geral, que deve ser feita pelo promotor de justiça à instituição pública ou privada, que ficará obrigada a fornecer todos os documentos e informações exigidas, sob pena de incorrer em crime de desobediência:

b) a *requisição indireta*, aplicável em casos de matéria protegida pelo sigilo, através da qual o órgão do Ministério Público poderá requisitar às instituições bancárias todas as informações e documentos que julgar convenientes às suas investigações, desde que a submeta ao juízo de admissibilidade da autoridade judiciária competente, a quem cabe apreciar a consistência das provas de culpabilidade do indiciado até então coletadas, bem como a necessidade de adoção dessa medida extrema.

Em relação à quebra do sigilo fiscal, a jurisprudência resta cautelosa. Uma forte corrente doutrinária preconiza a possibilidade de o promotor de justiça requisitar diretamente à Receita Federal as declarações de renda de autoridades e empresas para investigar sua evolução patrimonial sem que seja necessária autorização judicial.

Consoante a lição de Marino Pazzaglini Filho e outros “as declarações do imposto de renda dos agentes públicos não se constituem em objeto de sigilo e as demonstrações financeiras das empresas estatais são publicadas pela imprensa, até por força de exigência legal inerente às sociedades anônimas”²⁰. Essa também é opinião de Wallace Paiva Martins Jr., que afirma não existir nenhum óbice legal que impeça o Ministério Público de proceder a requisição direta de informações bancárias, financeiras e fiscais, até porque a Lei Federal 8.625/93 prevê a responsabilidade pessoal do seu representante pelo uso indevido de informações e documentos, sobretudo nas hipóteses em que o sigilo for obrigatório²¹.

Todavia, os dados que tivemos acesso para a realização deste artigo não nos permite afirmar que a jurisprudência é tranqüila em relação à permissibilidade de requisição direta das declarações de rendas das autoridades suspeitas. Há uma nítida tendência à adoção

²⁰ Cf. Marino Pazzaglini Filho et alli, **Improbidade Administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. São Paulo, Atlas, 1993, p. 180.

²¹ Cf. “Alguns Meios de Investigação da Improbidade Administrativa”, p. 15, versão mimeografada.

do controle judicial de admissibilidade para a quebra de sigilo fiscal, a exemplo do que ocorre com o sigilo bancário.

Afora essas hipóteses, o poder de requisição do Ministério Público é amplo e envolve uma gama extraordinária de possibilidades de investigação, abrangendo auditorias dos Tribunais de Contas e de outras instituições públicas ou privadas especializadas, relatórios das comissões parlamentares de inquérito, perícias contábeis, administrativas e criminalísticas, informações de cartórios de imóveis e de títulos e documentos, de juntas comerciais, de ministérios, de secretarias estaduais e municipais etc., o que carrega para os autos do inquérito civil um grande volume de elementos de convicção da matéria investigada.

Já a quebra do sigilo telefônico é questão bem mais complexa. O inciso XII do art. 5º da CF prescreve que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Tal dispositivo constitucional, considerado *norma permissiva de limitações a direitos fundamentais*, assegura a liberdade moral como regra, sobretudo a intimidade e a vida privada, mas também delimita o território da “reserva de lei restritiva”, autorizando o legislador ordinário a editar lei que limite o exercício de tal direito apenas nas hipóteses de investigação criminal (inquérito policial) ou instrução processual penal (ação penal).

A primeira vista, o texto constitucional dá entender que, em sede de inquérito civil ou de ação civil pública, o Ministério Público não tem o direito de pleitear a quebra do sigilo telefônico do indiciado ou do réu, uma vez que a limitação só é cabível em matéria genuinamente criminal. Essa interpretação é equivocada. Muitos dos atos de improbidade administrativa são também considerados crimes pela legislação penal. Embora a vocação do inquérito civil não seja criminal, não podemos negar que as provas nele reunidas quase sempre são utilizadas para a propositura de ação penal contra a autoridade ímproba.

Quando o juiz autoriza a quebra do sigilo telefônico requerida pelo presidente do inquérito civil não está indo de encontro ao mandamento constitucional, uma vez que a matéria também

repercute na esfera penal. Vale ressaltar, contudo, que não tivemos acesso a decisões judiciais que tenham enfrentado essa questão.

Ao se ver diante de um pedido de quebra de sigilo telefônico, o juiz – mesmo diante do permissivo legal – deverá verificar se tal medida é imprescindível e insubstituível à apuração do fato. Afinal, a intimidade e a vida privada são valores erigidos à condição de direitos fundamentais (art. 5, X e XII da CF) e só podem sofrer limitações em casos extremos, pois é necessário evitar que a força despótica do poder estatal destrua ou avilte a dignidade da pessoa humana.

Ensina o professor e ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro, que “a troca de idéias diretamente entre os interlocutores, ou através de recursos técnicos, de que a telefonia é exemplo, é preservada”²². Ressalte-se, porém, que não se deve aceitar que, em nome do resguardo da intimidade, alguém possa impunemente praticar crimes. Daí justificar-se, em casos de comprovada necessidade e em todas as circunstâncias em que as investigações se mostrarem ineficazes à apuração do ato ilícito, a imposição de limites à intimidade do indiciado.

As limitações ao direito à privacidade das comunicações telefônicas estão estatuídas na Lei 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição de 1988. Consoante a teoria “*fruits of the poisonous tree*”, adotada pelo STF, são ilícitas todas as provas carreadas ao processo em desrespeito à legislação ordinária, devendo ser impetrado mandado de segurança para “*determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva*”²³, uma vez que a interceptação telefônica exige “*prévia autorização judicial para ganhar licitude*”²⁴.

O procedimento de quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico deve ser judicialiforme e sigiloso, vez que não exige a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

²² Cf. “Interceptação Telefônica”, in *Revista da Esmape*, v. 2, n. 4, abril/junho de 1997, p. 297.

²³ Cf. Acórdão n. 100.094, relatado pelo Ministro Rafael Mayer, prolatado em 28.06.84 pela 1ª Turma e publicado no DJ de 24.08.84.

²⁴ Cf. Acórdão n. 48.115, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, prolatado em 10.06.97 pela 6ª Turma e publicado no DJ de 25.08.97, p. 39.404.

Encontrada a “fumaça do bom direito”, o magistrado deve deferir o pleito do Ministério Público e determinar aos órgãos fazendários, de telefonia e instituições bancárias que enviem as informações requisitadas com rapidez e eficiência. Isso não impede que o réu, discordando das razões que levaram o juiz tomar tal medida, recorra da decisão aos tribunais.

Todas essas medidas cautelares destinam-se a garantir o sucesso da ação civil pública proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Tal ação, que obedece o rito ordinário e não comporta transação, acordo ou conciliação, tem o objetivo de obrigar a autoridade ímproba reparar os danos, indenizando todos os prejuízos impostos ao erário. Constatada a existência de enriquecimento ilícito, o juiz deverá decretar a perda dos bens havidos ilegalmente, promovendo a respectiva reversão à pessoa jurídica prejudicada (Lei 8.429/92, art. 18).

CONCLUSÃO

Para concluir, resta-nos apenas lembrar que a improbidade administrativa tem muitas facetas e formas. Por isso deve ser combatida com criatividade e perspicácia, armas que têm se mostrado eficazes na cruzada contra corrupção nos setores públicos.

Caberá à jurisprudência aperfeiçoar o sistema de repressão e prevenção à prática da improbidade administrativa, buscando o ponto de equilíbrio entre os interesses do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais assegurados em nossa Carta Constitucional, o que só será possível com a superação das inúmeras lacunas e omissões da legislação vigente.

Ao Ministério Público caberá o bom uso da ação civil pública, garantia maior dos direitos difusos e coletivos, evitando abusos²⁵ que possam levá-la ao descrédito ou a frustração das expectativas populares.

²⁵ Arnoldo Wald aponta os principais abusos: a) ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação; b) ações civis públicas intentadas como substitutas das ações de inconstitucionalidade; c) ações civis públicas nas quais o juiz se atribui jurisdição nacional; d) ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos, fora dos casos expressamente previstos em lei (Cf. “Usos e abusos da ação civil pública”, in *Ciência Jurídica*, p. 81).

Para isso, os promotores de justiça devem exercer com destemor as atribuições constitucionais que lhe foram conferidas pelo povo brasileiro, dando curso à marcha rumo à gestão responsável do patrimônio público, condição mínima para a melhoria da qualidade de vida e para a edificação de uma sociedade livre, democrática, igualitária e solidária.