

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Câmara Editorial do Boletim Científico

Ministério Público Federal

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN (Coordenadora)
Procuradora Regional da República

MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

HELDER SANTOS AMORIM
Procurador do Trabalho

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO
Procurador Regional do Trabalho aposentado

Ministério Público Militar

PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora da Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB
Procuradora de Justiça

ROSE MEIRE CYRILLO
Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 10 – Número 34 – janeiro/junho 2011
Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2011. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Rossele Silveira Curado

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.200 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 10, n. 34, jan./jun., 2011

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

O Boletim Científico n. 34 está dividido em 3 seções – Direito Constitucional, Direitos Humanos, Ministério Público e Criminologia – e cada uma delas traz artigos que traduzem preocupações com temas em pauta de debates que transcendem a comunidade jurídica em nosso País.

Na seção de Direito Constitucional, a preocupação com a eficácia das normas constitucionais e com a efetiva implementação de políticas públicas cujas diretrizes são fixadas na Constituição Federal é o tema central dos artigos “A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas e direitos fundamentais”, “Os direitos fundamentais e o sistema de segurança pública, reflexões a partir da teoria dos deveres de proteção do Estado”, “A construção social do conceito de saúde e direito à saúde” e “Ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas”.

O artigo “Foro privilegiado na França” nos permite uma leitura, por meio do direito comparado, de tema sempre candente no Brasil, especialmente, em relação ao paralelismo em debate nos Tribunais Superiores acerca do foro de prerrogativa de função previsto na Constituição Federal para ações penais, mas não para ações de improbidade.

O artigo “Os direitos humanos na construção de uma cultura de paz: meios de construção ou demolição” propõe reflexão sobre o conteúdo semântico da expressão *direitos humanos* e a consequência da escolha de um conteúdo ou outro.

Por fim, os artigos “A influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade frente à criminalidade organizada no Brasil” e “Implicações na justiça restaurativa” estão diretamente relacionados com as discussões em torno do papel das instituições integrantes do sistema de justiça criminal, Ministério Público, Judiciário, Polícias e Advocacia (pública e privada) e o impacto de suas atuações não somente na repressão do crime mas também na sua prevenção e, ainda, no âmbito da política de segurança, que deve ser tanto pública, como também cidadã, contemplando não apenas aspectos que aumentem o aparato repressivo e policial do Estado, necessário, mas não suficiente, para o aumento da sensação de segurança, pois, para tanto, também são necessários outros serviços que garantam o bem-estar da população.

LUIZA CRISTINA FRISCHEISEN

Procuradora Regional da República na PRR/3ª Região
Coordenadora da Câmara Editorial do Boletim Científico da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Direito Constitucional

A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas e direitos fundamentais

Rodrigo Telles de Souza 11

Foro privilegiado na França

Paulo Gustavo Guedes Fontes 37

Os direitos fundamentais e o sistema de segurança pública: reflexões a partir da teoria dos deveres de proteção do Estado

Betina da Silva Adamo 53

A construção social do conceito de saúde e direito à saúde

Osmir Antonio Globekner 83

A ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas

Antonio Januário do Rêgo Filho 123

Direitos Humanos

Os direitos humanos na construção de uma cultura de paz: meios de construção ou demolição?

Clesio Ibiapina Tapety 163

Ministério Público e Criminologia

**A influência do poder investigatório do Ministério Público
na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade
frente à criminalidade organizada no Brasil**

Wendell de Melo Rodrigues Alves 193

Implicações culturais na justiça restaurativa

Guilherme Augusto Dornelles de Souza 239

Direito Constitucional



A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais

Rodrigo Telles de Souza

Procurador da República; mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Resumo: O artigo trata da distinção entre regras e princípios e da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. Não há uma diferença precisa e claramente definida entre regras e princípios como espécies normativas. Regras e princípios estão em permanente relacionamento recíproco. Princípios podem excepcionar princípios, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Ademais, não se pode confundir texto normativo com norma; a segunda é o resultado da interpretação do primeiro. A caracterização de uma norma como regra ou princípio, portanto, somente pode ocorrer depois da atividade interpretativa. Toda norma, seja ela qualificada como regra ou princípio, está sujeita a exceções que não podem ser enumeradas previamente de forma exaustiva, podendo, pois, ser superada ou derrotada de acordo com o caso concreto e a argumentação desenvolvida. Os direitos fundamentais, previstos em normas constitucionais que têm a natureza de regras ou de princípios, não são absolutos, podendo ser relativizados em face da necessidade de consideração de outros direitos fundamentais ou de interesses públicos constitucionalmente protegidos. As normas de direitos fundamentais podem ser excepcionadas ou constituir fundamento para excepcionar outras normas constitucionais, sendo em relação a elas mais nítida a aplicação da ideia de derrotabilidade de normas jurídicas. A admissão da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada mediante argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação. Como a derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos, a superação desses padrões normativos deve ser

racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave: Normas. Regras. Princípios. Direitos fundamentais. Derrotabilidade.

Abstract: The article is about the distinction between rules and principles and the defeasibility of fundamental rights norms. There is not a clear and precise difference between rules and principles as norm species. Rules and principles are in a continue and mutual relationship. Principles can except principles, principles can except rules, rules can except principles and rules can except rules. And besides, there is not identity between normative text and norm; the second is the result of the interpretation of the first. The characterization of a norm as a rule or a principle only can be made after the interpretative activity. Every norm, qualified as rule or principle, is subject to exceptions that can not be previously and completely enunciated, what gives rise to its overcoming or defeasibility according to the case and the argumentation. Fundamental rights, referred in constitutional norms that have the nature of rules or principles, are not absolute; they might be relativized due to the necessity of consideration of other fundamental rights or public interests constitutionally protected. The fundamental rights norms might be excepted or represent base to except other constitutional norms. In respect to them is more evident the idea of defeasibility of norms. The defeasibility of fundamental rights norms, however, must not weak the protection of these rights. A fundamental right norm only can be defeated by a rational argumentation based on rigorous reasons. Because the defeasibility of fundamental rights norms is related to the collision and restriction of these rights, the defease of this normative standards must be rationally informed by the proportionality principle and its constitutive elements: adequacy, necessity and proportionality in strict sense.

Keywords: Norms. Rules. Principles. Fundamental rights. Defeasibility.

Sumário: 1 Introdução. 2 A distinção entre regras e princípios. 3 A derrotabilidade das normas jurídicas. 4 A derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. 5 Conclusões.

1 Introdução

A consideração das regras e dos princípios como duas distintas espécies de normas é uma característica da denominada teoria pós-positivista, que se apresenta atualmente como uma síntese resultante da contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo clássico. O jusnaturalismo preconiza a existência de um direito ideal, fundado na natureza divina ou humana, formado por princípios, considerados como pautas axiológicas de justiça, a determinar ou orientar a elaboração do direito posto. O positivismo clássico, rejeitando a ideia de direito natural, prega que somente pode reputar-se existente o direito posto, notadamente o emanado do Estado, integrado por regras, normas com estrutura formada por uma hipótese de fato e uma consequência jurídica; os princípios seriam, no máximo, padrões normativos subsidiários, que desempenham função meramente interpretativa ou integrativa de lacunas.

O pós-positivismo predica que o direito posto é formado por normas fechadas, estruturadas por uma hipótese de fato e uma consequência jurídica, denominadas de regras, bem como por normas abertas, consistentes na simples enunciação prescritiva de um valor, designadas como princípios. Por meio dos princípios, notadamente os previstos nas constituições, o direito positivo abre-se a exigências de justiça, aproximando-se do direito natural. Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 62-63) afirma que a Teoria do Direito contemporânea, “em uma fase ‘pós-positivista’, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deontica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da sua consequência jurídica, daquelas que são princípios, as quais não descrevem situações jurídicas, mas prescrevem valores, que assim adquirem validade jurídica objetiva, ou seja, positividade.

Por outro lado, no estado atual do Direito Constitucional, os direitos fundamentais revestem-se de importância significativa, podendo ser considerados como o núcleo dos ordenamentos jurídicos. A propósito, Paulo Bonavides (1998, p. 537) ressalta que, com a decadência do positivismo, “o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna”, referindo-se à separação de Poderes e à distribuição de competências, transportou-se “para a parte substantiva, de fundo e de conteúdo”, que se relaciona aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, pretende-se tratar da distinção entre regras e princípios, correlacionando-a com a chamada derrotabilidade das normas de direitos fundamentais¹. Objetiva-se demonstrar que, a rigor, não há diferença nítida e precisa entre regras e princípios como espécies normativas. Almeja-se evidenciar que isso pode ser constatado, em especial, quanto às normas de direitos fundamentais, as quais, comumente, sujeitam-se à possibilidade de derrota ou superação diante de casos concretos, na medida em que não há direitos fundamentais absolutos.

O tratamento do tema se justifica em face da sua pertinência com a concretização dos direitos fundamentais. A discussão e o aprimoramento da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais, sob o prisma da distinção entre regras e princípios, assume considerável relevância no atual estado do Direito Constitucional, assinalado pelo pós-positivismo.

1 Normas derrotáveis são normas que estão sujeitas a exceções implícitas que não podem ser enumeradas previamente de forma exaustiva. O termo derrotabilidade constitui uma tentativa de tradução literal da palavra inglesa *defeasibility*. Outras alternativas para a expressão em português do conceito em referência têm sido propostas, sem maior aceitação, tais como superabilidade, refutabilidade ou aptidão para cancelamento.

O artigo se divide em três partes. Na primeira, analisa-se a distinção entre regras e princípios. Na segunda, cuida-se da chamada derrotabilidade das normas em geral. Na terceira, versa-se especificamente sobre a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais.

A elaboração do trabalho fundamenta-se em uma pesquisa bibliográfica, tendo-se consultado livros de doutrina e repositórios de jurisprudência. Empregou-se o método dedutivo, com a utilização de conceitos da Teoria do Direito e da Teoria do Direito Constitucional, bem como o método indutivo, com a consideração de situações particulares em que o assunto foi tratado.

2 A distinção entre regras e princípios

Há basicamente três teorias sobre a distinção entre regras e princípios como espécies normativas². Cuida-se da tese da distinção fraca, da tese da distinção forte e da tese da correspondência ou conformidade.

A tese da distinção fraca afirma que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau. Os princípios seriam normas mais gerais, abstratas e importantes que as regras (RAZ, 2010, p. 49). Além disso, os princípios distinguir-se-iam das regras por desempenharem apenas a função de fundamento normativo para a tomada de decisão; os princípios não seriam normas suscetíveis de aplicação direta, indi-

2 Parcela considerável da doutrina espanhola considera como espécies normativas, além das regras e dos princípios, os valores. Os valores distinguir-se-iam dos princípios basicamente por serem normas com maior grau de abstração (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 292-301). Na verdade, os valores fazem parte do conteúdo das normas, sejam estas regras (hipóteses de fato *valorado*) ou princípios (enunciações prescritivas de *valores*). Nessa perspectiva, Glauco Barreira Magalhães Filho (2006, p. 61-71) faz considerações elucidativas sobre a estrutura da norma, procurando conciliar a distinção entre regras e princípios como espécies normativas com a teoria que atribui à norma jurídica a natureza de um juízo disjuntivo.

cando somente a direção em que está situada a regra a ser aplicada (LARENZ, 2001, p. 35).

A tese da distinção forte entre regras e princípios foi formulada por Ronald Dworkin e por Robert Alexy. Dworkin estabelece uma diferença lógica ou qualitativa entre as espécies normativas. Para ele, as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”; se a hipótese de incidência de uma regra for preenchida, a consequência normativa deve ser aceita. No caso de conflito entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Já os princípios não determinam absolutamente uma consequência normativa, somente contendo fundamentos que devem ser conjugados com os fundamentos de outros princípios na aplicação ao caso concreto. Os princípios, ao contrário das regras, têm uma dimensão de peso, de modo que, em caso de colisão, o princípio de peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que nenhum perca a validade (DWORKIN, 2000, p. 35-46). Alexy elaborou uma teoria dos princípios mais precisa. Para ele, os princípios são uma espécie de norma jurídica por meio da qual se estabelecem mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios preveem obrigações *prima facie*. Em caso de colisão entre princípios, deve ser efetuada uma ponderação que resulte no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Já as regras são determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, estabelecendo consequências normativas de forma direta, as quais devem ser aplicadas caso se configure sua hipótese de incidência. As regras preveem obrigações definitivas. Em situação de conflito entre regras, a antinomia é solucionada mediante a introdução de uma exceção a uma das normas ou por meio da decretação da invalidade de uma delas (ALEXY, 2008, p. 85-120).

Sintetizando as posições de Dworkin e Alexy, pode-se estabelecer uma diferença forte entre regras e princípios com base na estrutura normativa (enfoque estrutural), bem como no modo final

de aplicação e no relacionamento normativo (enfoque funcional). As regras são hipóteses de fato valorado, caracterizando-se como normas que têm como estrutura uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, prevendo um direito ou uma obrigação definitiva. Os princípios constituem a enunciação prescritiva de um valor, prevendo direitos ou obrigações *prima facie*. As regras são aplicadas por subsunção, ao modo “tudo ou nada”: ocorrida a hipótese de incidência, tem-se obrigatoriamente a consequência jurídica; caso contrário, não. Os princípios caracterizam-se como mandamentos de otimização, aplicáveis, mediante ponderação, em vários graus, ao modo “mais ou menos”, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os conflitos entre regras são considerados como antinomias e solucionados mediante a declaração de invalidade de uma das normas ou a criação de uma exceção a uma delas; para resolvê-los, são aplicados o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade. Quanto aos princípios, não se fala em antinomia; a colisão entre eles é resolvida mediante harmonização dos preceitos em cotejo, não havendo invalidade, ocorrendo apenas um sopesamento, por meio do estabelecimento de relações de precedência condicionada³.

A tese da correspondência ou conformidade surgiu a partir de críticas dirigidas às teorias relacionadas à distinção forte entre regras e princípios, propondo-se a eliminar ou pelo menos relativizar a

3 Embora haja pontos em comum entre as concepções de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, existem relevantes aspectos que as diferenciam. Dworkin, por exemplo, aponta como espécie normativa, além das regras (formadas por condições às quais se imputam consequências) e dos princípios (exigências de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade), as diretrizes (*policies*), padrões normativos que estabeleceriam objetivos políticos, econômicos ou sociais, os quais não poderiam ser invocados como fundamento para restrição a direitos individuais, considerados como trunfos contra a maioria (DWORKIN, 2000, p. 36). Já Alexy indica como tipos de normas apenas as regras e os princípios, considerando que estes podem prever fins coletivos, de cunho político, econômico ou social, sendo admissível que, com base neles, haja restrições a direitos individuais (ALEXY, 2008, p. 114-116).

diferença entre essas espécies normativas. Aulis Aarnio (1997) afirma que, do ponto de vista linguístico, não há diferença entre regras e princípios. A precisão não é encontrada apenas nas regras; a indeterminação não é característica exclusiva dos princípios. Poderia ser feita uma escala normativa formada por quatro partes, demarcadas por limites fluidos, a saber: a) regras propriamente ditas; b) regras que são ou que atuam como princípios; c) princípios que são ou que atuam como regras; d) princípios propriamente ditos. Ademais, o caráter deontológico das regras e dos princípios seria similar. Em situações de conflito, tanto regras como princípios podem ceder diante de regras ou princípios opostos, sem que tenham de ser declarados inválidos. Além disso, tanto regras como princípios podem ser considerados razões para justificar uma decisão; as regras, embora forneçam razões definitivas, também podem fornecer razões *prima facie*; os princípios, do mesmo modo, não fornecem apenas razões *prima facie*, mas também definitivas (AARNIO, 1997, p. 17-35). Klaus Günther (2004) procura refutar a divisão entre regras e princípios em categorias definidas e inconciliáveis afirmando que o modo de aplicação de uma norma não está vinculado à sua estrutura; depende, ao contrário, das circunstâncias especiais de uma determinada situação concreta, na qual todos os envolvidos comunicam-se a respeito das razões para a ação fornecidas pelas normas. Para ele, não há uma diferença estrutural entre regras e princípios; a distinção depende das “condições da conversação”, consistindo mais em tratar uma norma como regra, se for aplicada sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, se for aplicada mediante o exame de todas as circunstâncias, fáticas ou jurídicas, em determinada situação (GÜNTHER, 2004, p. 305-322).

Os questionamentos feitos em relação à tese da distinção forte entre regras e princípios conduziram a uma tendência de relativização

da diferença entre as espécies normativas em questão⁴. A distinção forte baseia-se no pressuposto de que todas as exceções a uma regra podem ser conhecidas de antemão, o que faria com que sua hipótese de incidência fosse certa e determinada previamente, levando à aplicação da norma por simples subsunção. Nisso, a regra diferenciar-se-ia do princípio, norma aberta e indeterminada, aplicável por ponderação. No entanto, tal concepção não corresponde à realidade. As regras devem ser interpretadas mediante a consideração das demais normas do ordenamento jurídico. Regras e princípios estão em permanente relacionamento recíproco. Os princípios podem constituir exceções às regras. Como os princípios são formulados, em geral, de forma aberta e indeterminada, não há como enumerar possíveis exceções à sua aplicação e, do mesmo modo, prever exaustivamente as exceções que os princípios possam trazer às regras. A construção de uma norma completa é praticamente inconcebível. Regras e princípios devem ser considerados em sua contínua interação. As regras do ordenamento jurídico possuem infinitas possibilidades de exceção, justamente com base nos princípios. Por isso, parece insustentável uma separação rígida entre regras e princípios⁵.

4 Diversos autores relativizam a distinção entre regras e princípios, como Luis Prieto Sanchís (1992, p. 45-46). Para fundamentar sua posição, o autor refere-se à possibilidade de conflito entre princípios em que, tal como ocorre com as regras, um exclua totalmente o outro, bem como à admissibilidade de aplicação de regras mediante ponderação, que não seria técnica exclusiva da concretização dos princípios.

5 O problema da interação entre regras e princípios torna-se mais complexo no atual contexto da sociedade mundial, no qual se relacionam ordens jurídicas locais extra-estatais, estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, como afirma a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2009, p. 275): “Da desconexão inicial entre ordens presas em suas respectivas identidades, o transconstitucionalismo viabiliza a articulação recíproca de regras e princípios em face do caso. Nessa perspectiva, o desenvolvimento de um método do transconstitucionalismo abre a possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas. Isso implica que se considerem três níveis de relações entre princípios e regras de ordens jurídicas diversas, cada um desses níveis entrelaçado circularmente com os outros: princípio-princípio, regra-regra, princípio-regra (havendo mais de duas ordens envolvidas, a situação torna-

De resto, sabe-se que a norma não se confunde com o texto normativo; ela é o resultado da interpretação do texto normativo⁶. Um mesmo dispositivo, portanto, pode ser interpretado como regra ou como princípio, dependendo do caso e da argumentação desenvolvida. Humberto Ávila (2006) aduz que, por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado de determinada maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores correlatos, ele pode interpretar como regra ou princípio qualquer disposição normativa. A propósito, o autor explica: “Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da

-se ainda mais rica em possibilidades de entrelaçamentos). A compreensão dessas múltiplas interfaces pode oferecer novas luzes inclusive sobre a teoria da relação entre princípios e regras”.

A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso concreto, já integrada pela exceção. A metódica estruturante de Friedrich Müller (2000, p. 51-70) é elucidativa acerca da distinção entre texto e norma, especificando e aprofundando diferenças entre programa normativo (texto), âmbito normativo (parcela da realidade a que se refere o texto), norma jurídica, de caráter geral (resultante da interação entre programa e âmbito normativo), e norma de decisão, de caráter específico (aplicada ao caso concreto).

- 6 A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso concreto, já integrada pela exceção. A metódica estruturante de Friedrich Müller (2000, p. 51-70) é elucidativa acerca da distinção entre texto e norma, especificando e aprofundando diferenças entre programa normativo (texto), âmbito normativo (parcela da realidade a que se refere o texto), norma jurídica, de caráter geral (resultante da interação entre programa e âmbito normativo), e norma de decisão, de caráter específico (aplicada ao caso concreto).

finalidade que entende deva ser alcançada” (ÁVILA, 2006, p. 41-42). Tal particularidade evidencia o caráter relativo da distinção entre as duas espécies normativas.

Baseado nessas considerações, André Rufino do Vale (2009) formula uma “distinção dúctil”, maleável ou flexível, entre regras e princípios, identificando uma zona de certeza e uma zona de penumbra na diferença entre tais espécies normativas. A esse respeito, ele afirma:

As normas que desde o aspecto estrutural padecem de um alto grau de generalidade ou vaguidade, ou seja, os princípios que se situam no extremo da escala, tenderão a entrar em colisão numa dimensão de peso e exigirão, ainda que não necessariamente, uma aplicação por meio de ponderação, na qual a ideia de mandato de otimização poderá ser muito útil. A zona de certeza, portanto, pode proporcionar a antecipação do tipo de colisão e do modo de aplicação de uma norma. Na zona de penumbra, no entanto, a indeterminação quanto ao grau de especificidade ou generalidade, precisão ou vaguidade da norma fará com que o tipo de colisão e o modo de aplicação, isto é, se como regra ou como princípio, apenas sejam revelados após o confronto com outras normas e/ou com os fatos determinantes do caso concreto (VALE, 2009, p. 115).

Em seguida, o mesmo autor aduz que definir se uma norma constitui uma regra ou um princípio é questão de interpretação, muitas vezes “manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto”. E conclui: “Dessa forma, estabelece-se um vínculo dúctil entre a estrutura da norma e sua função na interpretação e na argumentação jurídica. Esse vínculo torna-se possível por meio da ideia de derrotabilidade (*defeasibility*) das normas” (VALE, 2009, p. 115).

3 A derrotabilidade das normas jurídicas

Diversos autores que tratam do tema apontam a origem da ideia de derrotabilidade das normas jurídicas em artigo de Herbert Hart publicado em 1948⁷ (PRAKKEN; SARTOR, 2004, p. 118-139; BAYÓN, 2003, p. 157-208). Na concepção hartiana, a derrotabilidade deriva da impossibilidade do estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do Direito. Somente seria viável relacionar as exigências normais ou típicas para a incidência das normas jurídicas considerando-se sempre presente uma cláusula que conteria exceções insuscetíveis de serem antecipadas, as quais, caso ocorressem, derrotariam o padrão normativo geral. Os pressupostos para aplicação do Direito seriam apenas ordinariamente necessários e presumidamente suficientes.

Mais recentemente, a noção de derrotabilidade de normas jurídicas encontrou, na distinção entre lógica monotônica e lógica não monotônica, uma justificação teórica consistente. Fora da área jurídica, no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Colúmbia Britânica, em Vancouver, Canadá, e na Universidade de Stanford, na Califórnia, Estados Unidos da América, os professores Raymond Reiter e John McCarthy, em 1980, realizaram pesquisas com o objetivo de, no âmbito da inteligência artificial, desenvolver sistemas lógicos que possibilitassem a formação de linguagens de programação computacional com características próximas da forma de raciocínio humano⁸. Eles criaram, de forma inovadora, os

7 O artigo em questão é o seguinte: HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, Harrison & Sons, v. 49, p. 171-194, 1948.

8 Raymond Reiter formulou a chamada lógica das exceções (*default logic*), na qual o problema da não monotonicidade é tratado por meio da introdução de novas regras de inferência designadas como exceções. Para obter a não monotonicidade, a lógica de exceções estende a lógica clássica por meio de novas regras de inferência. A lógica de exceções trata a não monotonicidade como a capacidade de inferir con-

chamados sistemas não monotônicos. A lógica clássica, silogística, é considerada monotônica porque deduz de um conjunto de premissas um conjunto de conclusões e, quando se adicionam novas premissas ao conjunto inicial, o mesmo conjunto de conclusões já deduzido continua valendo. A lógica não monotônica se distingue da lógica clássica, silogística, porque nela se deduz uma conclusão de um conjunto inicial de premissas, mas, caso seja adicionada uma nova premissa ao conjunto inicial, a conclusão já deduzida não continua valendo necessariamente, podendo-se deduzir uma nova conclusão; a premissa adicional pode derrotar a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. O raciocínio jurídico, por se tratar de um raciocínio humano, é exemplo típico de utilização da lógica não monotônica, uma vez que constantemente lida com regras gerais sujeitas a exceções, de acordo com o conjunto de premissas trabalhado. Assim, nos anos 1990, passou-se a mencionar com maior frequência a ideia de derrotabilidade na Teoria do Direito.

Como já ressaltado, as normas que integram o ordenamento jurídico, seja regras, seja princípios, formam um sistema único no qual se apresentam em constante interação. Dependendo do caso concreto e da argumentação desenvolvida, princípios podem excepcionar princípios, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Para que isso ocorra, basta que, em uma situação concreta, seja possível a aplicação de mais de uma norma. Vale dizer: é suficiente que não exista

clusões provisórias na ausência de informações contrárias. No entanto, em aplicações que utilizam a hipótese de mundo fechado, a não monotonicidade é utilizada no sentido de minimizar a extensão de um determinado predicado, caso não se saiba o valor de verdade de um predicado para determinados argumentos. Para tais situações John McCarthy concebeu a ideia de *circunscrição*, considerada como expressão de alguma noção probabilística ou de um caso padrão. As circunscrições são conjecturas que podem ser usadas umas para gerar exceções a outras (GRUPO DE SISTEMAS INTELIGENTES. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>>).

apenas uma premissa (princípio ou regra), a ela adicionando-se outra (princípio ou regra), ensejando a aplicação da lógica não monotônica e a superação de normas jurídicas.

Quando se cuida da derrotabilidade de normas jurídicas, cumpre distinguir os chamados casos fáceis dos designados casos difíceis. Nos casos fáceis, caracterizados por sua simplicidade, geralmente existe apenas uma norma clara para disciplinar uma situação bem definida. O intérprete e aplicador do Direito utiliza, então, uma argumentação baseada em uma justificação interna ou justificação de primeira ordem para, a partir de uma premissa normativa e de uma premissa fática, chegar dedutivamente a uma conclusão jurídica. Nos casos difíceis, caracterizados por sua complexidade, normalmente não existe norma clara ou há mais de uma norma para disciplinar uma situação de contornos imprecisos. O intérprete e aplicador do Direito tem de utilizar, então, uma argumentação baseada em uma justificação externa ou justificação de segunda ordem, vendo-se na contingência de analisar a própria escolha das premissas normativas e fáticas a serem usadas para chegar, mediante ponderação ou sopesamento de bens, valores ou interesses, a uma conclusão jurídica. As normas jurídicas são derrotadas, nos chamados casos difíceis, por meio de argumentação baseada em justificação externa ou de segunda ordem⁹.

Fernando Andreoni Vasconcelos (2010) salienta que “as normas jurídicas não serão sempre derrotadas, mas podem ser, ao menos em tese, consideradas derrotáveis. Em outros termos, a norma jurídica é necessariamente derrotável, porém, contingentemente derrotada”. Adiante, destaca que essa compreensão “afigura-se mais realista e razoável, porque reconhece a falibilidade de todas as normas jurí-

9 As expressões “justificação interna” e “justificação externa” são de Jerzy Wróblewski (apud ATIENZA, 2002, p. 51-55). As expressões “justificação de primeira ordem” e “justificação de segunda ordem” são de Neil MacCormick (2006, p. 47).

dicas, fugindo da utopia que seria propor a inderrotabilidade de todas as normas”, além de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis. Em seguida, na linha das considerações feitas no presente trabalho, o autor afirma:

Situação muito discutida no estudo da derrotabilidade consiste naquilo que se pode chamar de paradoxo da exceção principiológica implícita. Segundo este paradoxo, se não é possível definir *a priori* os casos gerais em que um princípio se sobrepõe a outro, e considerando que os princípios podem excepcionar as normas jurídicas, logo, não se pode antecipar quais as exceções implícitas (principiológicas) podem afetar o campo de aplicação de qualquer norma (VASCONCELLOS, 2010, p. 77).

Essa perspectiva leva à inexorável conclusão no sentido da derrotabilidade de todas as normas, tanto regras como princípios. A questão da possibilidade de superação das normas jurídicas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

4 A derrotabilidade das normas de direitos fundamentais

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 47), “a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal”, o que significa que um direito é fundamental se, e somente se, for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. Normas de direitos fundamentais, portanto, são as normas constitucionais que preveem tais direitos, verdadeiras emanações da dignidade da pessoa humana.

A partir da distinção entre regras e princípios, os catálogos de direitos fundamentais podem ser considerados de três formas distintas. De acordo com o chamado modelo puro de regras, todos os direitos fundamentais são tutelados por meio de normas que apresentam a natureza de regras, aplicáveis de modo absoluto e incondi-

cional, sem recurso a ponderação ou sopesamento. De acordo com o chamado modelo puro de princípios, todos os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam a natureza de princípios, aplicáveis por ponderação ou sopesamento, em detrimento da vinculação e da normatividade do texto constitucional. De acordo com o chamado modelo de regras e princípios ou modelo da teoria dos princípios, os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam natureza de regras e por normas que apresentam natureza de princípios, conciliando-se a taxatividade das regras e a flexibilidade dos princípios (ALEXY, 2008, p. 135-143).

A Constituição brasileira de 1988 prevê um conjunto de direitos fundamentais tutelados tanto por regras como por princípios¹⁰. Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira (2006), o modelo de regras e princípios ou o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição de 1988. A esse respeito, a autora afirma: “Em nosso ordenamento, observa-se que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas” (PEREIRA, 2006, p. 126).

No entanto, seja tutelados por meio de regras, seja tutelados por meio de princípios, tem-se como ideia assente que os direitos fundamentais não são absolutos¹¹. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 246)

10 A relativização da distinção entre regras e princípios, de acordo com a tese da correspondência ou conformidade exposta, torna pouco relevante a identificação do sistema de direitos fundamentais de uma constituição como um modelo puro de regras, um modelo puro de princípios ou um modelo de regras e princípios.

11 Alguns direitos têm sido reputados como absolutos: “O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada” (BOBBIO, 2004, p. 61). Todavia, quanto à tortura, principalmente depois de alguns atentados terroristas,

ressalta que “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”. Eles podem ser relativizados em atenção a outros direitos fundamentais ou a interesses públicos constitucionalmente protegidos. A propósito, o Supremo Tribunal Federal já proclamou:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros¹².

Exatamente a relatividade dos direitos fundamentais faz com que as normas que os tutelem possam ser derrotadas. O caráter não absoluto dos direitos fundamentais evidencia, em especial, que as normas que os protegem são informadas pela ideia de derrotabilidade. Diante de um caso concreto, em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental

surgiram discussões sobre sua admissibilidade ou não em certas hipóteses (PEREIRA, 2006, p. 132). Com relação ao trabalho forçado, algumas normas internacionais admitem a imposição de serviços a indivíduos, particularmente em relações especiais de sujeição, como nos casos dos condenados criminalmente e das pessoas que prestam serviço militar (art. 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 4º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; art. 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; art. 2º da Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho).

12 STF, Pleno, MS n. 23.452/RJ, rel. min. Celso de Mello, j. em 16.9.1999, *DJU* de 12 maio 2000, p. 20.

pode ser superada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou de uma norma constitucional que consagra um interesse público.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podem ser colhidos vários casos em que uma norma de direito fundamental foi excepcionada, tendo sido alvo de superação ou derrota. Em determinada situação, afastou-se a aplicação da norma do inciso XII do art. 5º da Constituição, que protege a inviolabilidade das correspondências:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas¹³.

Em outra hipótese, deixou-se de aplicar a norma do inciso IV do art. 5º do Texto Constitucional, que veda o anonimato, proclamando-se o seguinte: “Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de ‘denúncia anônima’ dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente”¹⁴. Em diversos casos, tem-se superado a norma do inciso X do art. 5º da Constituição, a qual tutela a privacidade, para decretar o afastamento do segredo de dados pessoais: “O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade

13 STF, Primeira Turma, HC n. 70.814, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.3.1994, RTJ 176/1136.

14 STF, Segunda Turma, RHC n. 86.082, rel. min. Ellen Gracie, j. em 5.8.2008, DJE de 21 ago. 2008.

protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça”¹⁵.

Mostra-se importante ressaltar, ainda, que, em razão da força expansiva dos direitos fundamentais, as normas que os protegem são também invocadas como fundamento para excepcionar, superar ou derrotar outras normas constitucionais. Com efeito, em certo caso, não se aplicou a norma que disciplina o pagamento sequencial de obrigações pecuniárias pelo Poder Público mediante precatórios, prevista no art. 100 da Constituição, em consideração à necessidade de proteção do direito fundamental à saúde de determinada pessoa, ressaltando-se que a “ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, não viola a autoridade do acórdão prolatado na ADI n. 1.662”¹⁶. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.662, o Supremo Tribunal Federal havia decidido, em conformidade com o art. 100 da Constituição, que o sequestro de verbas públicas somente poderia ocorrer em caso de quebra na ordem cronológica de pagamento de precatórios¹⁷.

15 STF, Segunda Turma, AI n. 655.298, rel. min. Eros Grau, j. em 4.9.2007, *DJE* de 27 set. 2007.

16 STF, Pleno, Rcl n. 3.982, rel. min. Joaquim Barbosa, j. em 19.11.2007, RTJ 204/238.

17 Não se pode afirmar, contudo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota a tese da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais ou das normas constitucionais em geral. Realmente, existem casos em que se rejeitou a possibilidade de relativização de determinado direito fundamental e consequentemente de superação da norma respectiva. Isso ocorreu, por exemplo, em relação à regra ou ao princípio da vedação das provas ilícitas, previsto no inciso LVI do art. 5º da Constituição: “Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinção quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF, Primeira Turma, HC n. 80.949, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.10.2001, RTJ 180/1001). Até

A admissão da ideia da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada ou excepcionada, conforme já ressaltado, mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação externa ou de segunda ordem. A propósito, Luís Roberto Barroso (2007, p. 203-249) salienta que, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável, faz-se necessária uma maior exigência de fundamentação:

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador –; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

A derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos. Por isso, a superação de normas de direitos fundamentais deve ser racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

mesmo certas normas infraconstitucionais têm sido consideradas absolutas, portanto não derrotáveis ou excepcionáveis, pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorre em relação à regra de presunção de violência no crime de estupro contra menor: “Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, alínea *a*, do Código Penal é absoluta” (STF, Segunda Turma, HC n. 101.456, rel. min. Eros Grau, j. em 9.3.2010, *DJE* de 29 abr. 2010).

Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa¹⁸.

5 Conclusões

Não há uma distinção precisa e claramente definida entre regras e princípios como espécies normativas. Regras e princípios estão em permanente relacionamento recíproco. Princípios podem excepcionar princípios, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Ademais, não se pode confundir texto normativo com norma; a segunda é o resultado da interpretação do primeiro. A caracterização de uma norma como regra ou princípio, portanto, somente pode ocorrer depois da atividade interpretativa. Por isso, a diferença entre as espécies normativas se dilui.

Toda norma, seja ela qualificada como regra ou princípio, está sujeita a exceções que não podem ser enumeradas previamente de forma exaustiva, podendo, pois, ser superada ou derrotada de acordo com o caso concreto e a argumentação desenvolvida. A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso con-

18 STF, Segunda Turma, HC n. 93.250, rel. min. Ellen Gracie, j. em 10.6.2008, *DJE* de 26 jun. 2008.

creto, já integrada pela exceção. No entanto, a expressão derrotabilidade de normas tem sido empregada de forma mais difundida.

Os direitos fundamentais, previstos em normas constitucionais que têm a natureza de regras ou de princípios, não são absolutos, podendo ser relativizados em face da necessidade de consideração de outros direitos fundamentais ou de interesses públicos constitucionalmente protegidos. Isso revela que as normas que tutelam direitos fundamentais, seja regras, seja princípios, estão em permanente interação entre si e com as demais normas constitucionais.

As regras e os princípios de direitos fundamentais, portanto, estão sujeitos a ser excepcionados por outras regras e outros princípios de direitos fundamentais ou por outras regras e outros princípios constitucionais, bem como a excepcionar outras regras e outros princípios de direitos fundamentais ou outras regras e outros princípios constitucionais. As normas de direitos fundamentais podem ser excepcionadas ou constituir fundamento para excepcionar outras normas constitucionais, sendo em relação a elas mais nítida a aplicação da ideia de derrotabilidade de normas jurídicas.

A admissão da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada mediante argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

A derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos. Assim, a superação de normas de direitos fundamentais deve ser racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Referências

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 19-31.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação judicial*. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales; el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 157-208.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRUPO DE SISTEMAS INTELIGENTES. Desenvolvido pelo Departamento de Informática da Universidade Estadual de Maringá. Apresenta informações sobre inteligência artificial. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificacão e aplicacão*. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, Harrison & Sons, v. 49, p. 171-194, 1948.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *A essência do direito*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henríque. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, v. 17, p. 118-139, 2004.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre princípios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.



O foro privilegiado na França

Paulo Gustavo Guedes Fontes

Desembargador federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região; ex-procurador da República; mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França.

Resumo: O artigo aborda os aspectos gerais do sistema jurisdicional francês e do processo penal na França, com o fim de expor as hipóteses que, no Direito francês, guardam relação com o conceito brasileiro de “foro privilegiado ou por prerrogativa de função”. Analisa em especial as disposições constitucionais e legais pertinentes ao processo penal e à competência jurisdicional, quando forem acusados o presidente da República Francesa, os membros do governo, deputados e senadores e outras autoridades. Conclui no sentido de que, embora presentes no Direito francês, as hipóteses de foro privilegiado mostram-se mais restritas do que no Direito pátrio.

Palavras-chave: Processo penal. Foro privilegiado. Imunidade material. Imunidade formal.

Abstract: The article describes general aspects of french judicial system and procedural rules on criminal matter, in order to identify privileges of jurisdiction accorded to politicians and other authorities. Constitutional and legal rules are examined when defendants are authorities as the president of french Republic, members of the government, representatives and senators and other authorities. He concludes that privileges of jurisdiction exist in french Law but are less frequently found than in brazilian Law.

Keywords: Criminal procedure. Privileges of jurisdiction. Immunities.

Sumário: 1 Capítulo introdutório. 1.1 O sistema jurisdicional francês. 1.2 O processo penal na França. 2 O foro privilegiado na França.

2.1 Responsabilidade penal do presidente da República. 2.2 Os membros do governo (primeiro-ministro e ministros). 2.3 Deputados e senadores. 2.4 Outras autoridades. 3 Conclusões.

1 Capítulo introdutório

1.1 O sistema jurisdicional francês

A França é uma República unitária. Desde a entrada em vigor da atual Constituição, em 1958, fala-se da 5ª República¹. O sistema francês é formalmente parlamentarista, pois, de acordo com o art. 20 da Constituição, o governo, dirigido pelo primeiro-ministro, “determina e conduz a política da Nação”. O primeiro-ministro, por sua vez, é nomeado pelo presidente da República, mas pode ser afastado pelo Parlamento (moção de censura, art. 49). Na prática, ocorrem duas situações distintas. Quando o presidente da República dispõe de maioria no Parlamento, não obstante a existência do primeiro-ministro, ele governa de fato e, sem dúvida, é a figura-chave da vida política. Quando, porém, a maioria parlamentar opõe-se ao presidente, ela escolhe o primeiro-ministro e este exerce o governo, ficando aquele limitado às funções de chefe de Estado; é o que os franceses denominam de *cohabitation*.

Apesar de unitário, o país é subdividido em 100 departamentos que, por sua vez, estão agrupados em 26 regiões. Os departamentos e as regiões são governados por conselhos eleitos, e todos contam

1 A 1ª República foi proclamada na Revolução Francesa e vai até 1804, quando Napoleão torna-se imperador; a 2ª começa na Revolução de 1848 e vai até o golpe de Napoleão III em 1851; a 3ª República vai de 1870 até a Segunda Guerra Mundial; a 4ª é instaurada após a *Libération* e vai até 1958, quando Charles De Gaulle, concentrando o poder em suas mãos, outorga a atual Constituição e funda a 5ª República.

com um *préfet*² como representante do governo central. As comunas correspondem aos nossos municípios e são governadas pelo *maire*.

Verifica-se na França a dualidade de jurisdições. Coexistem a jurisdição administrativa e a “jurisdição judiciária”. A primeira é competente para as ações em que se questiona a legalidade dos atos administrativos ou se pedem indenizações ou reparações diversas ao Estado; a jurisdição administrativa não tem competência em matéria penal. A ordem judiciária comporta notadamente a jurisdição cível e penal.

A jurisdição administrativa é formada, em primeiro grau, pelos tribunais administrativos, que existem em cada departamento; em segundo grau, pelas *Cours Administratives d'Appel*, atualmente em número de oito. Por fim, como instância especial, pelo *Conseil d'État*, sediado em Paris, que só conhece em geral dos chamados recursos de direito, além de exercer funções consultivas junto ao governo central. Os membros da jurisdição administrativa são recrutados entre egressos da *École Nationale d'Administration* (ENA), por meio de concurso para acesso direto e, em alguns casos, mediante livre nomeação do governo central. Os juízes administrativos são inamovíveis e a independência da jurisdição administrativa é reconhecida pelo *Conseil Constitutionnel* como um princípio integrante do bloco de constitucionalidade³.

A jurisdição ou ordem judiciária é formada, em primeiro grau, pelos tribunais *d'instance*, com competência limitada em termos de matéria e de valor da causa e pelos *tribunaux de grande instance* (TGI), que existem em cada departamento. Na esfera penal, o *tribunal de police* é competente para julgar as contravenções, o *tribunal correctionnel* julga os delitos e a *Cour d'Assises*, correspondente ao nosso tribunal

2 Não confundir com o nosso prefeito, que corresponde ao *maire*.

3 Décision n. 80-119 DC du 22 juillet 1980, “validation d'actes administratifs”.

do júri, é competente para os crimes. Suas funções serão mais bem debatidas no item seguinte.

Em geral, já em primeiro grau, as decisões são tomadas por colegiados de três juízes. A seguir, existem, em segundo grau, com competência recursal em matéria penal e cível, as *Cours d'Appel*. A instância máxima da ordem judiciária é a *Cour de Cassation*, com sede em Paris: conhece em princípio de recursos de direito e uniformiza a jurisprudência nacional.

Por fim, o *Conseil Constitutionnel* exerce as funções de corte constitucional. Seus membros exercem mandatos de nove anos. O controle de constitucionalidade é abstrato e prévio à promulgação das leis⁴. O conselho pode ser provocado pelos presidentes dos Poderes, bem como, a partir de 1974, por 60 deputados ou 60 senadores. O controle de constitucionalidade na França ganhou amplitude sobretudo a partir de 1971, com a decisão “*liberté d’association*”⁵.

O Ministério Público é uma instituição forte⁶. Seus membros, considerados magistrados, ingressam na carreira mediante concurso, da mesma forma que os juízes, na *Ecole Nationale de la Magistrature*, sediada em Bordeaux. São chamados procuradores substitutos, procuradores da República, advogados-gerais e, perante a *Cour d'Appel* e a *Cour de Cassation*, procuradores-gerais. Não existe a figura do procurador-geral da República, sendo que as funções mais relevantes

4 A reforma constitucional de 2008 introduziu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei já em vigor, no curso de um processo individual (controle difuso). Mas a competência continua sendo exclusiva do *Conseil Constitutionnel* e a decisão possui efeito *erga omnes*.

5 Nessa decisão, o *Conseil* reconheceu o valor jurídico do preâmbulo da Constituição de 1958 e, por tabela, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ali mencionada, trazendo os direitos e garantias individuais para o bloco de constitucionalidade.

6 Credita-se à França, no século XIII, no reinado de Philippe IV, o Belo, o surgimento, com os procuradores do rei, da instituição do Ministério Público como a conhecemos hoje.

do *Parquet*, como a de mover processos criminais contra os membros do governo central, são incumbidas ao procurador-geral junto à *Cour de Cassation*.

O Ministério Público resseente-se de maior independência diante do Executivo, pois é chefiado pelo ministro da Justiça, o chamado *Garde des Sceaux*, que pode dar aos procuradores instruções gerais e particulares, estas últimas capazes de intervir em processos específicos⁷.

1.2 O processo penal na França

No processo penal francês, por demais relevante é a distinção entre crime, delito e contravenção. A contravenção é uma infração punida com pena de multa de até 3.000 euros. O delito é punido com multa superior a 3.750 euros ou com prisão. O crime é a infração mais grave, punida com pelo menos dez anos de reclusão, podendo prever a prisão perpétua⁸.

A *summa divisio* das infrações tem consequência direta sobre a competência do órgão jurisdicional. As contravenções são julgadas pelo Tribunal de Polícia. Os delitos são de competência do *tribunal correctionnel*. Os crimes são de competência da *Cour d'Assises*, o tri-

7 O papel do ministro da Justiça como chefe do Ministério Público acentuou-se no governo de Nicolas Sarkozy, a quem foi frequente a crítica de intervir em questões judiciais e penais, valendo-se da autoridade perante o *Parquet*. O tema tem dado margem a vigoroso debate depois da proposta de Sarkozy de supressão do juiz de instrução; alguns juristas, como o ex-membro do Conselho Constitucional Robert Badinter, consideram negativo concentrar as investigações nas mãos do *Parquet*, em razão de sua dependência do Poder Executivo.

8 A pena de morte foi abolida na França em 1981, no governo socialista de François Mitterrand.

bunal do júri, composto por nove juízes leigos, sorteados entre os cidadãos, e três juízes de carreira⁹.

As infrações penais são geralmente constatadas pela Polícia Judiciária, que é diretamente subordinada ao procurador da República do departamento. O procurador da República tem amplos poderes na fase pré-processual, exercendo controle sobre todos os atos da Polícia Judiciária (art. 41 do CPP). Ele pode, outrossim, proceder diretamente aos atos de investigação¹⁰.

O Ministério Público tem à sua disposição um amplo leque de medidas alternativas à deflagração da *action publique*, como é conhecida a ação penal pública. Elas vão da advertência ao autor do fato às medidas previstas na *composition pénale*, espécie de transação penal sujeita à homologação pelo presidente do tribunal, quando a pena máxima for de cinco anos de prisão; a composição pode incluir medidas diversas, como pagamento de multa, prestação de serviços à comunidade, frequência a estágios e cursos, recolhimento da carteira de habilitação e do passaporte por determinado período etc.¹¹.

O procurador da República pode, segundo o princípio da oportunidade da ação penal, arquivar a *notitia criminis* ou o inquérito preliminar. A vítima ou seu representante legal tem à disposição um recurso ao procurador-geral, que pode determinar a persecução penal.

9 A competência da *Cour d'Assises*, pois, abrange, além do homicídio, outros crimes graves como roubo e estupro. A condenação exige uma maioria qualificada de pelo menos oito votos, entre os doze.

10 “Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale” (art. 41-1 do CPP).

11 Existe ainda um procedimento de *plea bargain* para os delitos punidos com até cinco anos de prisão. Consiste em acordo entre o procurador da República e o autor dos fatos, em que este reconhece a sua culpabilidade. Pode ser-lhe imposta inclusive uma pena de prisão que não exceda metade da pena prevista em lei. O acordo deve ser homologado pela autoridade judiciária (art. 495-7 do CPP).

O *juge d'instruction* não se inclui entre as jurisdições de julgamento, segundo o princípio da separação das funções de acusação, instrução e julgamento¹². Ele não pode agir de ofício, devendo ser provocado pelo Ministério Público ou pela vítima para a “abertura da informação”. Durante a instrução, pode realizar oitivas, formalizar a condição de indiciado (*mettre en examen*), determinar escutas telefônicas etc. No que diz respeito à prisão preventiva (*détention provisoire*), o juiz de instrução divide hoje os seus poderes com o “*juge des libertés et de la détention*”; quando o juiz de instrução pretende decretar a *détention provisoire*, de ofício ou a requerimento do procurador, expede uma *ordonnance* nesse sentido e remete os autos ao *juge des libertés*, que pode decretar ou não a prisão¹³.

A provocação do juiz de instrução pode ser dispensada pelo Ministério Público ou pela vítima no caso de contravenções e delitos, mas é necessária quando se tratar de crimes. Ao final da instrução, o juiz pode decidir pelo *non lieu*, isto é, entender que não há crime ou elementos que justifiquem o prosseguimento do feito ou, por outro lado, enviar os autos para uma jurisdição de julgamento

12 Tal princípio tem sido às vezes invocado, no Brasil, como argumento contra o chamado “poder investigatório do Ministério Público”. Observe-se, contudo, que a “instrução”, no modelo europeu, é atividade do juiz de instrução e inclui poderes jurisdicionais, como a determinação de escutas, busca e apreensão e até a prisão preventiva, tudo a justificar que não possa ser desenvolvida pelo órgão acusatório. Não tem a natureza da nossa investigação policial que, na França, como vimos, é controlada e dirigida pelo Ministério Público, mediante subordinação direta da Polícia Judiciária. Ver o meu artigo “Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário” (FONTES, 2005).

13 O juiz de instrução já foi considerado “o homem mais poderoso da França”, mas seu futuro é incerto. No início de 2009, o presidente Nicolas Sarkozy anunciou que pretende suprimi-lo, encarregando o *Parquet* do conjunto das investigações; a um juiz “da” instrução, caberia, a partir de então, apreciar e deferir/indeferir medidas mais gravosas requeridas pelo *Parquet*, porém não mais investigar. A proposta enfrentou grande resistência no meio jurídico, que considera que o Ministério Público na França carece de independência perante o Poder Executivo, razão pela qual saiu da pauta prioritária do governo.

(como já visto, *tribunal de police, correctionnel* ou *Cour d'Assises*). Tais jurisdições são encarregadas propriamente do julgamento e o pronunciam em audiência contínua, em que são ouvidos o acusado, a vítima, as testemunhas e as sustentações do Ministério Público, do assistente de acusação (*partie civile*) e da defesa.

2 O foro privilegiado na França

Já familiarizados com o processo penal francês e com a organização do Poder Judiciário naquele país, poderemos apreender com mais profundidade os dispositivos que garantem – ou não – privilégios de jurisdição (foro privilegiado) ou imunidades ao presidente da República, aos membros do governo, a deputados e senadores e demais autoridades.

2.1 Responsabilidade penal do presidente da República

A redação anterior do art. 68 da Constituição francesa deu margem a interpretações divergentes. O *Conseil Constitutionnel* entendia que o presidente dispunha de um *privilège de juridiction*, só podendo ser acusado perante a *Haute Cour de Justice*, instituída pelo art. 67 e formada por deputados e senadores. Já a *Cour de Cassation* fez leitura diversa do artigo, no *arrêt Breisacher* (10.10.2001), entendendo que a *Haute Cour* só tinha competência para a *haute trahison*; para as demais infrações, anteriores ao mandato ou praticadas durante ele, a competência seria do juiz penal ordinário, mas a persecução não poderia ter início ou continuidade durante o mandato, ficando suspensos os prazos prescricionais¹⁴.

14 A polêmica teve início em 1999, durante a presidência de Jacques Chirac, quando uma investigação do juiz Patrick Desmure apontava a responsabilidade do presidente no caso dos “empregos fictícios” criados na prefeitura de Paris quando Chirac fora prefeito. De acordo com a manifestação do *Parquet*, o juiz declarou-se incompetente, considerando que a competência incumbia à *Haute Cour de Justice*.

A reforma constitucional de 23 de fevereiro de 2007, baseada nos trabalhos da *Commission Avril*, instituída ainda em 2002, veio esclarecer a questão, optando pelo caminho aventado pela *Cour de Cassation*. Com efeito, pela nova redação dos arts. 67 e 68, a *Haute Cour de Justice* continua existindo, mas seu julgamento é de natureza política, podendo levar à destituição do presidente. Trata-se do *impeachment*, uma novidade no constitucionalismo francês. Nesse sentido, a própria figura da alta traição foi deixada de lado e substituída pela “falta com os deveres do cargo incompatível com o exercício do mandato”.

Em relação às infrações penais, o presidente beneficia-se de uma imunidade temporária. Durante o mandato, não pode ser acionado nem cível, nem penalmente, nem ser indiciado, ficando suspensos todos os prazos prescricionais. As investigações e ações podem ser retomadas um mês depois da expiração do mandato.

Pode-se considerar que o *statut pénal du président de la République* não comporta um privilégio de jurisdição ou foro privilegiado. As medidas ficam paralisadas durante o mandato, mas quando este se encerra, a competência é das autoridades penais do primeiro grau de jurisdição. O mesmo não acontece com o primeiro-ministro e membros do governo.

2.2 Os membros do governo (primeiro-ministro e ministros)

Os membros do governo, que, no regime parlamentarista francês, não incluem o presidente da República, mas apenas o primeiro-ministro e os demais ministros, até 1993, eram também julgados

pela *Haute Cour de Justice*. Contudo, no contexto do *affaire du sang contaminé*¹⁵, em 27 de julho daquele ano, foi aprovada uma reforma constitucional criando um novo órgão jurisdicional, a *Cour de Justice de la République*. Estima-se que houve uma “desparlamentarização” em relação ao regime anterior, tornando mais factível a responsabilização penal dos membros do governo.

A *Cour de Justice de la République* é composta por quinze juízes, sendo doze parlamentares (seis da Assembleia e seis senadores) e três membros da *Cour de Cassation*. O Ministério Público no órgão é representado pelo procurador-geral da Corte de Cassação.

Existe uma *commission de réquetes* formada por magistrados da *Cour de Cassation*, que pode ser provocada pelas vítimas de um crime ou delito ou pelo procurador-geral. A comissão faz uma primeira análise da *notitia*, promove seu arquivamento ou a transmite ao procurador-geral, que decide se provoca a *Cour de Justice de la République*. Fazendo-o, entra em cena uma outra comissão, igualmente formada por juízes da *Cour de Cassation*, agora encarregada da instrução; após a apuração, a comissão pode decidir pelo arquivamento (*non lieu*) ou pela remessa (*renvoi*) à *Cour*, que promoverá o julgamento do caso, seus juízes decidindo por voto secreto, como no júri.

Trata-se, pois, de um *privilège de juridiction*, autêntico foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado, na dicção do Direito brasileiro. Contudo, deve-se ressaltar que tal hipótese restringe-se aos atos praticados *dans l'exercice des fonctions*, isto é, não abrange as infrações penais dissociadas do exercício das funções e muito menos aquelas praticadas antes do exercício do cargo. Assinala-se uma juris-

15 Imputou-se a algumas autoridades, incluindo o ex-primeiro-ministro socialista Laurent Fabius, a responsabilidade por transfusões de sangue contaminado pelo vírus da Aids na década de oitenta. Os ministros foram absolvidos pela *Cour de Justice de la République*, à exceção de Edmond Hervé, secretário de Estado da Saúde, cuja pena foi dispensada.

prudência ainda mais restritiva da *Cour de Cassation* (*Arrêt Carignon*, de 26 de junho de 1995), considerando que o privilégio restringe-se às infrações *diretamente* ligadas ao exercício do cargo, e não apenas cometidas por ocasião desse exercício.

Assinale-se que, cessado o exercício das funções, o membro do governo continua a gozar do privilégio de jurisdição, nos limites já mencionados.

2.3 Deputados e senadores

Os deputados e senadores franceses não gozam de foro por prerrogativa de função, à exceção, como já visto, daqueles que integram o governo.

Desfrutam, contudo, como os parlamentares brasileiros, das chamadas imunidades material e formal, definidas no art. 26 da Constituição da França. A imunidade material é tida como uma *irresponsabilité* pelas opiniões e votos emitidos na condição de parlamentar.

A imunidade formal, chamada na França de *inviolabilité*, apresenta um modelo que muito se aproxima do brasileiro, sobretudo após o advento da Emenda Constitucional n. 35/2001.

O parlamentar francês somente pode ser preso com licença da mesa da casa legislativa. Essa garantia não vale, contudo, para a prisão em flagrante por crime ou delito, nem para a condenação definitiva. Não se faz necessário submeter a prisão em flagrante à deliberação da casa legislativa, como no Brasil.

As investigações e o processo, porém, podem ter curso normal perante o primeiro grau de jurisdição. O parlamentar pode ser indiciado, processado e julgado. O processo e as medidas privativas de

liberdade podem, contudo, ser suspensos a pedido da casa legislativa a que pertença o parlamentar¹⁶.

2.4 Outras autoridades

Até a reforma do processo penal de 1993, diversas autoridades gozavam de um *privilege de jurisdiction*. Segundo o art. 681 do CPP, então revogado, quando tais autoridades pudessem ser indiciadas ou acusadas de um crime ou delito ligado ao exercício de suas funções, o procurador da República devia dirigir-se de imediato à câmara criminal da *Cour de Cassation*, que, por sua vez, designava uma câmara criminal de uma *Cour d'Appel* para proceder à instrução.

Quando o crime ou delito não estivessem ligados ao exercício das funções, segundo o art. 679, também revogado, a *Cour de Cassation* também designava a jurisdição de instrução.

Beneficiavam-se desses dispositivos, não mais em vigor, as seguintes autoridades: membros do *Conseil d'État*, da *Cour de Cassation*, da *Cour de Comptes*, o *préfet*, o *maire* (prefeito), juízes e membros do Ministério Público, juízes administrativos.

3 Conclusões

Podemos considerar que o tratamento francês da questão do foro privilegiado revela a tensão entre dois princípios, duas ideias sempre presentes na vida política desse país.

De um lado, a força do poder propriamente político, advindo do voto popular, com um laivo de resistência em relação às autoridades judiciárias. Assim, na previsão constitucional original, tanto

16 “La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d’un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l’assemblée dont il fait partie le requiert” (art. 26 da Constituição).

o presidente da República quanto os membros do governo estavam sujeitos ao julgamento da *Haute Cour*, formada exclusivamente no âmbito do Parlamento.

No entanto, os escândalos financeiros da década de 1990 e a escalada internacional da corrupção fortaleceram outro princípio muito caro à democracia francesa, o da igualdade entre os cidadãos, levando a mudanças na legislação e na própria Constituição, no sentido de facilitar a responsabilização dos governantes.

Assim, foi resolvida, mediante reforma constitucional, a questão do estatuto penal do presidente da República, conferindo-se-lhe uma imunidade absoluta, mas temporária, diante da justiça penal. Findo o mandato, o presidente poderá ser alvo de investigações e processos, com curso nas instâncias penais ordinárias, de primeiro grau.

A solução encontrada para o primeiro-ministro e os membros do governo foi outra. Concedeu-se-lhes um foro privilegiado, a *Cour de Justice de la République*, órgão de composição majoritariamente política: doze deputados, doze senadores e três juízes da *Cour de Cassation*. Apesar disso, a provocação da *Cour* está aberta às vítimas e ao procurador-geral junto à Corte de Cassação e a instrução compete a uma comissão composta exclusivamente por juízes.

Outro aspecto a ser destacado é que a competência da *Cour de Justice de la République* é limitada aos crimes e delitos que tenham relação direta com as funções exercidas. Portanto, estão fora do privilégio de jurisdição as infrações penais anteriores ao exercício do cargo e aquelas que não tenham ligação com a função – no que o foro privilegiado ganha uma dimensão mais restrita que no Brasil, onde esta previsão alcança todo e qualquer crime enquanto durar o mandato.

Em relação aos parlamentares, a imunidade material e formal é semelhante àquela existente no Brasil, havendo a possibilidade de a casa legislativa suspender os processos em curso. Contudo, os parlamentares franceses, com exceção dos membros do governo, não dispõem de foro privilegiado e são investigados e julgados pelas instâncias de primeiro grau da justiça penal.

Por fim, atualmente, não desfrutam de foro privilegiado nem prefeitos, nem juízes, mesmo os dos tribunais superiores, nem os membros do Ministério Público.

Quadro comparativo do foro privilegiado entre o Brasil e a França

AUTORIDADE	BRASIL		FRANÇA	
	Foro privilegiado	Imunidade	Foro privilegiado	Imunidade
Presidente da República	Sim (STF)	- não pode durante o mandato ser responsabilizado por atos estranhos às suas funções; - pode ser processado no curso do mandato por crimes associados ao exercício das funções, desde que haja autorização da Câmara dos Deputados.	Não (a <i>Haute Cour</i> tem competência apenas para o <i>impeachment</i>)	- não pode sofrer qualquer processo durante o curso do mandato. A prescrição fica suspensa e os processos podem correr normalmente após cessação das funções, perante o primeiro grau de jurisdição.
Membros do governo (primeiro-ministro e ministros)	Sim (STF) - abrange qualquer infração penal, mesmo anterior ou dissociada do exercício do cargo; - não subsiste após cessação das funções.	Não	Sim (<i>Cour de Justice de la République</i>) - restrita às infrações ligadas ao exercício do cargo; - não abrange infrações anteriores ou dissociadas das funções; - persiste após cessação das funções.	Não
Deputados e senadores	Sim (STF) - abrange qualquer infração penal, mesmo anterior ou dissociada do exercício do cargo; - não subsiste após cessação das funções.	- imunidade material (opiniões, votos). - imunidade formal: não pode ser preso, salvo flagrante delito; o processo penal pode ser suspenso pela casa legislativa.	Não (investigados e processados pelas instâncias ordinárias)	- imunidade material (opiniões, votos). - imunidade formal: não pode ser preso, salvo flagrante delito, autorização da casa legislativa ou condenação definitiva; o processo penal pode ser suspenso pela casa legislativa.
Prefeitos (<i>maires</i>)	Sim (Tribunal de Justiça)	Não	Não	Não
Juízes (de todos os níveis)	Sim (TJ, TRF, TRE, STJ, TSE, STM, STF)	Não	Não	Não
Membros do Ministério Público (de todos os níveis)	Sim (TJ, TRF, TRE, STJ, TSE, STM, STF)	Não	Não	Não

Referências

COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2009. 2 v.

COUR de Justice de la Republique. *Wikipédia*. Disponível em: <[http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_de_justice_de_la_R%C3%A9publique_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_de_justice_de_la_R%C3%A9publique_(France))>. Acesso em: 31 jan. 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 16, p. 143-155, 2005.

IMUNITÉ parlementaire em France. *Wikipédia*. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Immunit%C3%A9_parlementaire_en_France>. Acesso em: 31 jan. 2010.

LARGUIER, Jean. *La procédure pénale*. 13. ed. Paris: PUF, 2007. 126 p.

RASSAT, Michèle Laure. *La justice em France*. Paris: PUF, 1985. 126 p.

ROUSSILLON, Henry. *Le conseil constitutionnel*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001. 173 p.

STATUT penal du president de la republique. *Wikipédia*. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Statut_p%C3%A9nal_du_pr%C3%A9sident_de_la_R%C3%A9publique_fran%C3%A7aise>. Acesso em: 31 jan. 2010.

WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 22. ed. Paris: PUF, 2008. 127 p.

Os direitos fundamentais e o sistema de segurança pública: reflexões com base na teoria dos deveres de proteção do Estado

Betina da Silva Adamo

Advogada; mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma instituição.

Resumo: Diante de novas e crescentes formas de criminalidade e violência, observa-se o alargamento de discursos em prol da imposição de maiores restrições à liberdade e do endurecimento de penas, o que não raro provoca soluções imediatistas pouco comprometidas com a legitimidade das ações estatais. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é refletir acerca das potenciais limitações e deveres que, no campo da segurança pública, podem ser inscritos no quadro de ações definidas e atribuídas aos agentes estatais pela Constituição Federal de 1988, cuja primazia radica com especial força nos direitos fundamentais. A análise toma em consideração, essencialmente, os desdobramentos que decorrem da teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Deveres de proteção do Estado. Segurança pública.

Abstract: Up against new and growing forms of crime and violence, there is an enlargement of speeches in favor of the imposition of higher restrictions on liberty and the tightening of penalties, which may lead to solutions taken irrespective of its commitment to the legitimacy of governmental actions. In this context, the aim of this article is to reflect on the limits and duties that, in the field of public security, may be placed within the framework of the actions defined and assigned by the Constitution of 1988, whose priority lies with particular strength in the fundamental rights. This analyses takes essentially into account the developments that derive from the theory of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Protective duties. Public security.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais e o seu reflexo sobre a segurança pública. 2.1 Direito fundamental à segurança pública? 3 Deveres de proteção no Estado Democrático de Direito e políticas públicas de segurança. 4 Conclusões.

1 Introdução

A conformação do Estado de Direito passa por inúmeros desafios na contemporaneidade, especialmente impulsionados pela globalização, pelos níveis crescentes de pobreza e pelas novas demandas por segurança. A fórmula “Estado de Direito” constitui, em linhas gerais, “la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos” (ZAGREBELSKI, 1992, p. 21). Esse valor, que constitui a essência do Estado de Direito, serve à proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, a crise por que passa o Estado de Direito é também crise da realização dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

O Estado de Direito passa a ter nova configuração especialmente no constitucionalismo do pós-guerra, colocando novas demandas ao Estado. Assim, se uma primeira mudança institucional do Estado exprimiu-se em uma imbricação entre Estado e Direito, partindo de uma afirmação do princípio da legalidade e, portanto, da onipotência do legislador, uma nova realização chegou, neste último meio século, “com a subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária” (FERRAJOLI, 2006, p. 424). Mais do que apenas constituir-se em limites para os atos do Executivo e do Judiciário, as constitui-

ções colocam-se como uma forma de realizar o Estado (os deveres e limites do Estado) pelo Direito, estabelecendo diretivas e metas para a consecução dos seus objetivos.

Na contemporaneidade, vê-se o crescimento de manifestações em favor da pena de morte, de ideologias que pregam a redução de garantias fundamentais (como o devido processo legal), o agravamento de penas corporais e a expansão de modelos como o de “tolerância zero”, o (re)surgimento de teorizações que retomam a diferenciação schmittiana¹ entre “amigo” e “inimigo”, bem como difundem-se os discursos que pugnam pela necessidade de “proteger os interesses da sociedade”. Os propagadores dessas mesmas ideias usualmente vinculam os problemas da violência aos “excessivos direitos de que gozam os criminosos”. O presente artigo tem por finalidade clarificar, do ponto de vista da teoria jurídico-constitucional, as perspectivas que envolvem a temática dos direitos fundamentais e a função estatal protetiva que deriva desses direitos, vinculando-os às implicações que a normatividade deles decorrente tem para o sistema de segurança pública de forma ampla, compreendendo também o Direito Penal.

1 Os escritos do doutrinador alemão Carl Schmitt – que serviram para fundamentar posições do nazismo alemão – passam a ser repensados hodiernamente, como nos mostra Ingo Sarlet (2005): “O fascismo societal do qual fala Boaventura Santos não apenas ressuscita a antiga máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do homem (como condição legitimadora do exercício da autoridade estatal), mas reintroduz (ainda que de modo disfarçado) no discurso teórico de não poucos analistas sociais, políticos e jurídicos a oposição amigo-inimigo cunhada por Carl Schmitt no seu conhecido e controverso ensaio sobre o conceito do político, abrindo as portas para a implementação de sistemas penais diferenciados, ao estilo de um direito penal do inimigo e da política criminal ‘sombria’ da qual nos fala Hassemer, mediante a instauração de medidas criminais eminentemente policiaescas, obedientes à lógica dos fins que justificam os meios, demonstrando o caráter regressivo dos movimentos de lei e ordem”.

2 Considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais e o seu reflexo sobre a segurança pública

A concepção de direitos fundamentais, tal como se concebe hoje, deriva do movimento revolucionário francês de 1789, num momento em que a burguesia ascendia com seu poder econômico e impunha resistência ao poder monárquico. Hoje, o sistema de direitos fundamentais é uma das notas centrais do Estado de Direito, uma vez que justamente a experiência do Estado de Polícia na Alemanha foi formatando uma ideia de contenção do *ius imperii estatal*, que incidiria a partir de um sistema de garantias. Há, portanto, uma ligação indissociável entre direitos fundamentais e Estado de Direito.

Como amplamente conhecido, a primeira dimensão² de direitos é aquela que corresponde a um dever de abstenção do Estado; corresponde a uma concepção de Estado derivada dos primeiros passos do constitucionalismo: o Estado Liberal de Direito. A partir daqui, como elucida Luciano Feldens (2008), foi gestada a teoria dos direitos públicos subjetivos, cujo surgimento ocorreu na Escola Alemã do Direito Público, mais especialmente com Jellinek. A noção da subjetividade do direito é transposta do âmbito do Direito Privado para o Direito Público, incorporando suas premissas individualistas. Sob essa perspectiva, ao Estado não caberia mais do que preservar a ordem pública, devendo manter-se fora da esfera social. Dessa posição ausenteísta resulta a conclusão de que “os direitos individuais se exercerão de acordo com o patrimônio e as disponibilidades econômicas do titular. Em outras palavras: liberdade e propriedade se confundem” (FELDENS, 2008, p. 29).

2 Nesse particular, acolhendo as ponderações de Ingo Sarlet (2007, p. 48), opta-se pelo uso da terminologia dimensões em vez de gerações, já que esta última daria uma falsa visão de substituição de uma geração por outra.

A desigual fruição desses direitos fundamentais passa indiferentemente a esta concepção de direitos fundamentais derivada do Estado Liberal de Direito, que, ademais, se conecta a uma noção estritamente formal de ordem pública.

Novas perspectivas atingiriam tal concepção reducionista do Direito e dos direitos fundamentais. Não apenas o reconhecimento de novos direitos fundamentais, plasticamente decompostos em dimensões, sinaliza para uma construção aberta e dialética, impulsionada pela vulneração de valores extremamente caros à vida humana ao longo da história, como também a doutrina e, especialmente, a construção jurisprudencial operam no sentido de uma ressignificação das posições fundamentais, principalmente no que diz respeito aos tradicionais direitos de liberdade que, até mesmo, passam contemporaneamente por um processo de reafirmação, dado o reaparecimento de novas agressões à liberdade, à vida e à dignidade humanas. Nesse sentido, Ingo Sarlet (2007, p. 167) esclarece:

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direitos objetivos enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.

Ultrapassadas as concepções estritamente individualistas e considerando-se a importância dos direitos fundamentais tanto para o indivíduo como para a comunidade, grande parte da doutrina constitucional alude à existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais. Nesse contexto, pode-se apontar, então, para o entendimento (doutrinário e jurisprudencial) de que as normas de direitos

fundamentais não constituem apenas normas que outorgam posições subjetivas aos seus titulares, mas “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2007, p. 159).

O primeiro caso paradigmático (que abriria as portas para o debate que, mais tarde, geraria as bases para a formulação de uma consistente ideia de deveres de proteção) foi o caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, em 1958. Eis, rapidamente, o seu relato: Veit Harlan, diretor de cinema do período nazista e conhecido por produzir filmes antissemitas, reapareceu no pós-guerra com um filme intitulado *Unsterbliche Geliebte*. Eric Lüth, um ativista pela reconciliação judaico-alemã, conclamou tanto os donos de cinemas a não exibirem o filme de Harlan como os alemães para que não o assistissem. As produtoras de filmes demandaram judicialmente Lüth para que suas manifestações de boicote cessassem. Alinhando-se à doutrina civil e sua jurisprudência da época, as *civil courts* entenderam que a “chamada” para um boicote estava abarcada pela proibição da “Section 826” do Código Civil. Lüth recorreu à Corte Constitucional invocando seu direito à liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º da *Grundgesetz*, enquanto as produtoras de cinema aduziam que os direitos fundamentais eram apenas aplicáveis nas relações entre Estado e indivíduo, e não em relações privadas.

A partir desse ponto, a Corte afirma que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo ante o Estado, mas se colocam como expressões de valor objetivo. Assim, eles são vistos como aplicáveis tanto aos entes públicos como extensíveis a todos os ramos do Direito, incluindo o Direito Civil. Sempre que uma norma de Direito Civil afetasse o exercício de um direito fundamental, este deveria ser levado em consideração ao interpretar a norma de Direito Civil. Tal projeção foi designada de “efeito irradiante” das normas de

direitos fundamentais (GRIMM, 2005). A partir daí, a abordagem do “valor objetivo” serviu como base para significativos efeitos atribuídos aos direitos fundamentais, entre os quais os “deveres de proteção” se tornariam, em breve, dos mais importantes³.

Como observa Ingo Sarlet (2007), a perspectiva que decorre da função axiológica dos direitos fundamentais conecta-se à ideia de que esses direitos são o reflexo de valores objetivos fundamentais da comunidade⁴; daí por que devem ter sua eficácia valorada não apenas sob um ponto de vista individualista (como direito de proteção do indivíduo em face do poder do Estado), como também sob o ponto de vista da comunidade como um todo, “já que se cuida de valores e fins que ela deve respeitar e concretizar” (SARLET⁵, 2007, p. 162). Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam também, em certa medida, direitos transindividuais, a que toda a comunidade está vinculada por um dever de respeito. Outro aspecto que se vincula à perspectiva objetivo-valorativa é a de que os direitos fundamentais, incluindo

- 3 Cabe ressaltar que a decisão proferida no caso L^üth não esteve isenta de críticas, cujos fundamentos e uma “reconstrução crítica” da decisão, para utilizar uma expressão do autor, podem ser identificados em Canaris (2003, p. 42 e ss.). Analisando a decisão especialmente sob o olhar da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, o autor propõe a substituição da “eficácia de irradiação” pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de proibição de intervenção e de imperativo de tutela.
- 4 Tal perspectiva também é objeto das considerações de Konrad Hesse (1998, p. 240): “Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos que, por causa de sua atualização, são garantidos, corresponde seu significado jurídico-objetivo como elementos da ordem jurídica total da coletividade, pela qual o *status* do particular é organizado, delimitado e protegido”.
- 5 O autor faz a ressalva: “a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária, e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular”.

aqueles que exercem uma função de direitos subjetivos, têm o que se denomina de eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais. Assim, ao Estado caberia a obrigação permanente de concretizar e realizar os direitos fundamentais.

Sob o mesmo viés, Daniel Sarmiento (2003, p. 278), em que pese reconhecer a procedência, pelo menos parcialmente – como escreve o próprio autor –, das críticas dirigidas à teoria da ordem de valores, salienta que a dimensão objetiva constitui “corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado liberal, mas na pessoa humana concreta e situada”.

Para além de sua função valorativa, os direitos fundamentais, na sua perspectiva objetiva, ainda podem apresentar uma acepção normativa, cujo primeiro desdobramento pode ser remetido ao que a doutrina alemã denominou de eficácia irradiante, no sentido de que eles fornecem impulsos para a interpretação do sistema infraconstitucional, ideia que dá ensejo à concepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que, contudo, não será aprofundado por escapar aos limites da análise.

Outra perspectiva que se agrega à dimensão objetiva dos direitos fundamentais diz respeito ao reconhecimento de deveres de proteção por parte do Estado:

[...] no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 165).

Ultrapassando as atribuições de proteção do Estado expressamente previstas na Constituição, a doutrina germânica reconhece, como destaca Ingo Sarlet (2007), com base no inciso II do art. 2º, a proteção ao direito à vida e à integridade física⁶.

Por fim, outro efeito atribuído às normas de direitos fundamentais, a partir da concepção objetiva, refere-se à criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Assim, elas demandariam, além de extraírem consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, uma “formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem riscos de uma redução do significado material deles” (SARLET, 2007, p. 166).

Essa última perspectiva alia-se com maior visibilidade à questão que ora se trata, bem como sobre ela tem repercussões importantes. Importa ressaltar, pelo que até aqui se pôde delinear, que às normas de direitos fundamentais pode-se atribuir amplitude mais alargada, que não se conecta a sua tradicional feição de direitos subjetivos individuais cuja oposição ocorria sempre em face do Estado. Há um complexo de situações que compõe as normas de direitos fundamentais e que também demanda deveres em relação aos direitos fundamentais, que, por sua vez, terá reflexos para o desenvolvimento das ações (políticas públicas) estatais no campo da segurança pública.

6 Daniel Sarmiento (2003, p. 294-295) mostra que a ideia de proteção não é nova, constituindo-se numa reinterpretação de “algumas idéias já presentes no jusnaturalismo contratualista dos séculos XVII e XVIII, convenientemente esquecidas pela burguesia durante o Estado Liberal no século XIX e início do século XX. Com efeito, o contratualismo justificava a fundação do Estado e a passagem do estado de natureza para a sociedade civil, a partir da necessidade de proteção do homem da opressão exercida pelo seu semelhante. Em verdade, é essa a idéia que, trajada com vestes mais modernas, volta à ribalta na dogmática contemporânea dos direitos fundamentais”.

2.1 Direito fundamental à segurança pública?

Outra questão que pode ser pensada diz respeito ao reconhecimento de um direito fundamental à segurança pública, sob cujo prisma necessariamente deve ser enfrentada a questão da justiciabilidade do Direito.

A segurança refere-se a um estado de não perturbação da esfera individual que deve ser assegurado, em primeiro plano, pelo Estado, que, então, hipoteticamente, é detentor exclusivo da força. Como atividade tipicamente prestacional, o direito à segurança pública poderia ser concebido como um direito de segunda dimensão, uma vez que, além de depender da intervenção estatal, ainda guarda uma dimensão individual.

A segurança, além de ser uma noção indispensável à própria liberdade, está prevista no texto constitucional, no *caput* do art. 5º da CF, nestes termos: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O aspecto da fundamentalidade material do reconhecimento do direito à segurança pública, que mereceria um capítulo inteiro, não é o objeto de análise, o que, contudo, não impede a referência de que, em linhas gerais, se adota uma compreensão no sentido de acolher com cautela uma tal possibilidade de controle e exame judicial nessa matéria. Isso não implica dizer que ele deve ser inexistente. Pelo contrário, ele pode e deve existir, entretanto, com os cuidados necessários à preservação do princípio democrático. Por todas as interseções que a matéria da segurança mantém com tantos aspectos da vida social, ilumina-se um caminho mais profícuo a partir da discussão democrática (e isso implica fazê-la onde ela deve ser feita, ou seja, no Poder Legislativo).

A questão que se coloca, vale explicitar, não diz respeito a confrontar, num processo judicial criminal, os valores liberdade e segurança, entendendo-se que, ao julgar casos concretos, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo n. 70012527008, de 18 de outubro de 2005, cuja relatoria ficou a cargo do desembargador Amilton Bueno de Carvalho – bem lembrado por Cláudio Pereira de Souza Neto (2007) –, está explícito que o compromisso do Poder Judiciário é com um julgamento ético e justo ao jurisdicionado, e não com políticas públicas de segurança. Nesse contexto, o autor pondera que a restrição da liberdade individual na sua dimensão mais nuclear com o objetivo de garantir a execução de políticas públicas de segurança significa relativizar o valor do ser humano, convertendo-o como meio de promoção para metas coletivas. “Isso corresponderia a adotar pressupostos utilitaristas incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, que não podem predominar em um Estado Democrático de Direito” (SOUZA NETO, 2007).

Entende-se, portanto, que reconhecer a necessidade de formular, implementar e controlar judicialmente políticas públicas de segurança, até mesmo sob o aspecto da omissão, não significa “trocar” a liberdade pela busca de metas coletivas. Novamente parece assentar-se a ideia de que liberdade e segurança não são valores contrapostos, mas complementares.

Em favor do reconhecimento de um direito fundamental, pode-se apresentar a doutrina de Luciano Alfonso Parejo (2008). Para o autor, precisamente porque a segurança jurídica é um bem e um princípio geral de matriz constitucional, a segurança em sentido material (entendida como normalidade mínima necessária para a efetividade da ordem jurídica) é um direito subjetivo, e um direito subjetivo fundamental, que, como a liberdade pessoal a que está intimamente ligada, remete à exigência da correspondente

prestação por parte do Poder Público em forma de ação administrativa policial preventiva e, quando for o caso, repressiva (PAREJO, 2008, p. 31).

Outra forma de conduzir a reflexão é a partir da concepção de deveres de proteção do Estado, que se erigem sobre uma perspectiva de que a fruição das liberdades individuais depende, em certa medida e em certos casos, de alguma mediação e proteção por parte do Estado. A própria liberdade e dignidade humanas dependem de segurança para que se concretizem satisfatoriamente.

Indo além, como aponta Vieira de Andrade (2001), a concepção dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa na relação entre Estado e indivíduo (dimensão estritamente subjetiva) não permitiria conceber o Estado como protetor dos direitos, mesmo que sempre tenha desempenhado uma função protetora das liberdades e dos bens jurídicos pessoais, quer garantindo a segurança pública, quer realizando a persecução criminal. Ocorre, porém, que essas atividades eram consideradas essenciais, imbricadas à própria existência da comunidade política, e cujo desempenho “era predominantemente entendido como o exercício de uma função comunitária, de interesse geral, e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais” (ANDRADE, 2001, p. 142-143). Daí decorre uma alteração na percepção da relação entre indivíduo e Estado, cujos reflexos passam a demandar alterações no campo das ações concretas do Estado. Assim, as normas de Direito Penal e as que regulam a intervenção passam a ser vistas na “perspectiva do cumprimento de um dever de proteção, no contexto de um processo de efetivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda a atuação dos poderes públicos” (ANDRADE, 2001, p. 143).

Conseqüentemente, tal compreensão implica repercussões sobre a liberdade de que dispõe o legislador ordinário para tipificar condutas consideradas por ele como desvalores sociais. Sem se descuidar, evidentemente, do espaço de valoração que cabe ao legislador, torna-se evidente que ele, assim como os demais Poderes públicos, não pode atuar num campo livre da Constituição.

Conclusivamente, para além do reconhecimento de um direito fundamental à segurança pública – que não se mostra rejeitável, embora os limites não permitam aprofundar decisivamente a questão –, parece que a discussão pode ser benfeita a partir da noção de deveres de proteção do Estado, que segue sendo discutida.

Uma repercussão importante que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem sobre o desenvolvimento de políticas públicas de segurança pode ser a própria orientação da noção de ordem pública de acordo com os direitos fundamentais, evitando-se, assim, a manipulação inadequada do conceito.

A ideia até aqui desenvolvida constitui um ponto de partida para a compreensão dos deveres de proteção.

3 Deveres de proteção no Estado Democrático de Direito e políticas públicas de segurança

Como já referido anteriormente, a ideia de proteção de direitos fundamentais e sua forma contemporânea de exteriorização a partir da noção de *deveres de proteção* deitam raízes na doutrina que se foi afirmando no Tribunal Constitucional da Alemanha. O professor Dieter Grimm, ex-juiz do Tribunal Constitucional, aduz que, na Alemanha, embora já houvesse a inscrição de direitos sociais na Constituição de Weimar (1919), sua repercussão acabou sendo muito tímida e seus efeitos práticos bastante reduzidos. Reproduzindo a prática anterior à nova Constituição, entendia-se

que se tratava – os direitos sociais – de uma carta de intenções, que não vinculavam de qualquer modo a produção legislativa. Apenas com a experiência nazista e a total negação de direitos humanos provocou-se o fim da concepção minimalista de direitos fundamentais no país. A nova Constituição que a Alemanha receberia no Segundo Pós-Guerra traria, já no seu art. 1º, a garantia da dignidade humana, a que o Estado não está vinculado apenas por um dever de respeito (abstenção), como também por um dever de proteção. Ainda, firmou-se expressamente que as garantias inscritas na Declaração de Direitos (lei fundamental) vinculariam todos os ramos do governo, incluindo o Legislativo. Essa nova conformação, contudo, se dá mesmo com a função preponderante do sistema de direitos fundamentais erigidos sob uma perspectiva de promoção de bens pelo Estado em favor da liberdade individual e de outorgar, ao indivíduo, meios legais para defender-se da interferência do Estado (GRIMM, 2005)⁷.

A partir disso, várias questões tiveram de ser paulatinamente enfrentadas pela Corte, como: se os direitos fundamentais deveriam funcionar apenas negativamente ou também positivamente; se sua aplicação teria efeitos apenas verticalmente – Estado-indivíduo – ou também horizontalmente – indivíduo(s)-indivíduo –; e, também, se a função de proteção se referiria tão somente à dignidade humana anunciada no art. 1º ou se seria estendida a todos os direitos fundamentais. Essa nova compreensão traria repercussões para o controle de constitucionalidade e, sobretudo, para a colocação de novos limites para a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo e a Constituição.

7 É interessante analisar no artigo de Grimm (2005), ainda, o percurso por ele formulado na tentativa de identificar a origem da diferença entre as concepções de direitos fundamentais que se estabelecem entre a orientação da Corte Constitucional da Alemanha e a da Suprema Corte Americana.

A ideia de que não apenas o Estado interfere na liberdade dos indivíduos é antiga e não precisa ser reconduzida a concepções de *deveres de proteção*. A salvaguarda da segurança (entendida esta como *safety*, ou seja, proteção da vida e da integridade física) constitui o próprio fundamento de legitimidade, desde que Hobbes a utilizou para justificar a força – o poder de polícia e de punir – do Estado. Essa ideia de segurança, que marca essencialmente a passagem do estado de natureza à sociedade civil, contudo, não deve, como enfatiza o professor Grimm (2005), ser confundida com a obrigação derivada das liberdades civis que demanda o legislador no sentido de proteger a liberdade individual contra a ação de outros indivíduos.

A noção de deveres de proteção alcançou essa concepção de segurança (*safety-guaranteeing*), convertendo-se em uma obrigação constitucional específica, quando se tornou claro que as condições de preservação da liberdade individual estavam mudando (GRIMM, 2005)⁸, o que também ocorria com assuntos atinentes ao risco produzido pelas novas tecnologias e/ou pelo seu uso comercial (como, por exemplo, energia atômica, manipulação genética de alimentos, a poluição sonora produzida por aviões e o seu impacto sobre a saúde, bancos de dados eletrônicos e sua ameaça ao livre desenvolvimento humano e a biogenética e outros). Nesses casos, não se tratava de identificar se a legislação, ao regular as atividades privadas, excedeu-se, mas até que ponto estas alcançavam uma proteção suficiente contra os novos riscos.

8 Um caso paradigmático que impulsionou essa transposição foi julgado em 1975 (*First Abortion Decision*) e tratou da constitucionalidade da abolição de uma proteção criminal contra o aborto. O resultado não foi livre de críticas. A crítica, contudo, não foi dirigida a ideia de um dever de proteção inerente ao direito fundamental, mas recaiu sobre a opinião da Corte de que o dever restaria cumprido com a criminalização do aborto, já que os efeitos dessa proteção não podem ser visualizados a partir de tal criminalização. Segundo o autor, contudo, tal conclusão foi necessária já que o texto constitucional não é claro.

Outrossim, o Tribunal Constitucional Espanhol, como aduz Gabriel Doménech Pascual, tem considerado que os direitos fundamentais demandam proteção estatal positiva. Nesse sentido, a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) n. 53/1985 julgou inconstitucional uma lei que previa a descriminalização do aborto, entendendo que o legislador está obrigado a tipificar penalmente determinadas agressões ou ameaças a bens jurídicos protegidos por normas de direito fundamental. Vale ressaltar que, nesse caso, em que se discutia a descriminalização do aborto, o tribunal asseverou que o legislador somente poderia desproteger penalmente o nascituro sob algumas circunstâncias e condições que, no caso, consideraram-se inconstitucionais, uma vez que não se contemplavam certas garantias mínimas de procedimento tendentes a assegurar que efetivamente se davam as situações em que se permitia abortar (PASCUAL, 2006).

Seguindo essa linha de pensamento, Feldens (2008, p. 29-31) propõe a consideração da interação entre Constituição e Direito Penal a partir de três níveis: a) a intervenção penal, sob a perspectiva constitucional, é proibida; b) a intervenção penal é constitucionalmente possível e, por fim, c) a intervenção penal se faz obrigatória. Tudo isso levando em conta que a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não é uma questão de coincidência, ou de recíproca cobertura, e sim de coerência, interação, o que acaba produzindo uma interpretação do Direito Penal conforme a Constituição⁹.

9 Em 23 de setembro de 2009, a Procuradoria-Geral da República (PGR) do Brasil ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de uma lei em face da nova redação do art. 225 do Código Penal, instituído pela Lei n. 12.015/2009. O dispositivo prevê que, nos crimes de estupro que resultem em lesão corporal grave ou morte, o Ministério Público (MP) deve proceder mediante ação penal pública condicionada à representação. Diferentemente do que acontecia anteriormente com os casos de estupro e atentado violento ao pudor que resultassem em morte ou lesões graves, em que a ação pública era incondicionada, agora o Ministério Público só

Também nesse sentido estão as considerações de Konrad Hesse (1998), ao enfatizar que os direitos fundamentais de defesa são dirigidos a uma omissão estatal que, em geral, não demanda uma regulamentação mais pormenorizada, ao passo que um dever de proteção obriga os Poderes públicos “ao tornar-se ativo estatal positivo” (HESSE, 1998, p. 279). Nesse contexto, prossegue o autor, os deveres de proteção regulam o “se” e, conseqüentemente, também o requisito de uma proteção eficaz. O “como”, ou seja, as providências que serão adotadas para atender esse dever de proteção, é tarefa que estará afeta aos órgãos competentes.

Vale ressaltar que os deveres de proteção não alteraram o destinatário dos direitos fundamentais, que continua sendo o Estado. Eles não se confundem, portanto, com a eficácia horizontal. O que se altera é a forma como o Estado está vinculado aos direitos fundamentais.

A primeira forma como pode ser cumprido esse dever de proteção é pela legislação. A Constituição não aponta como esses deveres devem ser cumpridos, havendo assim liberdade de escolha legislativa entre diferentes caminhos. Logo, o *dever* pode ser implementado de várias maneiras, uma vez que a Constituição não determina qual o caminho a ser seguido para realizar o dever de proteção, que não há de assentar-se necessariamente na via criminal¹⁰.

poderá agir se houver representação da vítima ou de seu representante legal. O fundamento levantado pela PGR é de que, para todos os demais crimes do Código Penal que resultarem em morte ou lesão grave, a previsão legal é de que sejam incondicionados à representação. Assim, a nova redação do art. 225 fere o princípio da proporcionalidade. A ADI n. 4.301 ainda está pendente de julgamento.

10 Interessa relatar passagem de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es sus-

Uma tal compreensão também pode ser verificada nos estudos de Gabriel Pascual (2006) quando salienta que a proteção do art. 15 da Constituição espanhola ao nascituro implica, para o Estado, a obrigação de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que se suponha efetiva, o que, como última garantia, inclui as normas penais. Isso, para o autor, não significa que essa proteção deva revestir-se de caráter absoluto, pois, como acontece em relação a todos os bens e direitos constitucionalmente reconhecidos, em determinadas circunstâncias, pode haver limitações em atenção a outros bens constitucionais, que podem entrar em conflito com a vida do nascituro, como a vida, a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade da mulher. O intérprete constitucional se vê obrigado a harmonizá-los, quando isso for possível, ou, caso contrário, discriminar as condições e requisitos em que se pode admitir a prevalência de um deles (PASCUAL, 2006).

A Corte Constitucional da Alemanha aponta, contudo, que a legislação deve escolher meios adequados para alcançar o seu propósito. Nessa perspectiva, um ponto relevante é a importância do direito e a qualidade e intensidade da ofensa a esse direito. Esse critério, segundo Grimm (2005), pode ser entendido como uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais. O limite da aplicação da proporcionalidade encontra-se, por sua vez, na dignidade humana, a qual, no Brasil, também como na Alemanha, remanesce como manancial das demais garantias postas na norma fundamental.

No mesmo sentido, Bernal Pulido (2007, p. 817) – ao levantar a questão do ponto em que se encontra a proteção efetiva dos direitos fundamentais mediante a tipificação penal, no sentido

ceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales” (PASCUAL, 2006).

de perquirir se estes direitos exigem um mínimo de proteção ou um máximo, ou, ainda, se demandam uma medida intermediária que leve em consideração as exigências procedentes dos direitos e bens que atuem em sentido contrário – pondera que o princípio da proporcionalidade, em suas variantes de proibição de excesso e de insuficiência, pode dar uma resposta plausível a essas questões.

A proteção que deve ser outorgada pelo Estado, como se constata, não quer significar expansão do sistema penal. Embora a posição do doutrinador espanhol Gabriel Domenéch Pascual (2006) seja pelo reconhecimento de direitos fundamentais à proteção penal de determinadas condutas, o autor afirma que nem todo ato lesivo é merecedor da tutela penal. Isso porque o exercício do *jus puniendi* estatal traz uma série de perigos a bens constitucionalmente protegidos. Parece que se pode sinalizar, a partir daqui, uma perspectiva de contenção da expansão do sistema penal, mesmo a partir do reconhecimento de uma teoria dos deveres de proteção.

Ademais, há que se referir que, embora a abolição do sistema penal fosse um ideal a ser perseguido, é preciso reconhecer que, pelo menos no Brasil, a Constituição faz uma clara opção pela criminalização de determinadas condutas¹¹, de maneira que a refutação de qualquer penalização (num sentido abolicionista) hoje poderia ser considerada inconstitucional. Daí por que afirma o autor espanhol:

[...] el alcance concreto de los derechos a la protección penal, como el de cualquier derecho fundamental, deberá ser determinado con arreglo al principio de proporcionalidad. Estará justificado desproteger (penalmente) un bien fundamental (sólo) si ello es: útil para satisfacer otro derecho o bien constitucionalmente legítimo; necesario, de modo que se escoja el correspondiente bien fundamental;

11 Faz-se menção, como exemplo, à opção constitucional pela criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e dos crimes hediondos, que, por lei infraconstitucional, vieram a ser definidos.

y ponderado, de modo que los beneficios de la desprotección superen a sus costes (PASCUAL, 2006).

A perspectiva apontada pelo autor remete-nos à verificação da proporcionalidade em seu sentido de proibição de proteção insuficiente. Tal ponto de vista, contudo, deve ser tomado com bastante cuidado, uma vez que a outorga de posição subjetiva continua sendo caracteristicamente uma proteção à posição individual em face do poder estatal, de maneira que se faria difícil o reconhecimento de um direito fundamental de tal tipo (à proteção penal) desvinculado de qualquer ponderação referente à necessidade de intermediação legislativa.

Nessa vertente, pode-se acolher a doutrina de Hesse, para quem o reconhecimento, para além de sua faceta objetiva, de um direito subjetivo à proteção depende de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo, reservando o espaço de decisão ao Estado e acolhendo uma tal pretensão individual somente quando o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero (HESSE, 1998, p. 279)¹².

Poderia, ainda, argumentar-se que o impedimento, pela via judicial, da descriminalização de condutas sob tal perspectiva pode ofender o princípio da separação dos Poderes. A avaliação da criminalização ou não de determinadas condutas, quando não houver expressa manifestação constitucional, deve ser tomada com cautela, apresentando-se, à primeira vista, como matéria que deve ser discutida democraticamente no Poder Legislativo. Como já referido anteriormente, o Poder Judiciário pode apontar no sentido da necessidade de proteção, mas não afirmar por que caminho ocorrerá essa proteção.

12 Nesse sentido parece ser a conclusão de Ingo Sarlet (2007, p. 211) ao acolher as lições de Hesse.

Entende-se, para os efeitos desta análise, que a proteção penal só será exigível constitucionalmente quando assim dispuser o texto constitucional. Ainda, a verificação da proibição de insuficiência a partir da teoria dos deveres de proteção pode ocorrer em determinados casos em que nenhum mecanismo de reprovação à conduta seja apresentado como alternativa à descriminalização, pois há que se reconhecer que situações e perspectivas cambiantes devem permitir que o legislador encontre o caminho adequado para sinalizar a reprovação a determinadas condutas¹³. Não se descuida, ainda, que a ideia nuclear de proteção pelo Direito Penal radica, como salienta Luciano Feldens (2008, p. 33), com inequívoca primazia, nos direitos fundamentais.

Dessa forma, como assevera Gabriel Pascual (2006), “la afirmación en estos términos de los derechos fundamentales a la protección penal no es incompatible con el llamado principio de inter-

13 Carlos Bernal Pulido, ao discorrer acerca dos argumentos que militam em favor da restrição dos tribunais para decidir sobre a matéria, arrola entre eles os direitos de proteção. Nesse sentido, transcreve-se: “Aqui nos referimos a quatro dos mais importantes: o argumento da falta de certeza, o da reserva da lei penal, o dos direitos de proteção e o da liberdade positiva. [...] Em terceiro lugar, aparece o argumento dos direitos de proteção. De acordo com este argumento, a aceitação de que os direitos fundamentais e os demais bens constitucionais (por exemplo, a preservação da ordem econômica ou do meio ambiente) revestem também a faceta de direitos e bens de proteção implica atribuir ao legislador a competência para criar tipos penais e impor sanções com uma amplíssima margem de discricionariedade. Como consequência, *verbi gracia*, o problema de se um direito ou bem deve ser protegido mediante normas penais ou se, pelo contrário, deve ser garantido por meio de outras estratégias menos severas não aparece decidido pela Constituição e nem pode ser resolvido pela jurisdição”. Mesmo reconhecendo a importância dos argumentos e da necessidade de se ter uma visão restrita da judicialização nesse campo, o autor entende que, levada ao limite, a tese estrita da autorrestrição implicaria cingir-se a jurisdição constitucional ao controle de constitucionalidade das leis somente aos aspectos formais e aos limites materiais que expressamente a Constituição traça. Para além, não se pode concluir, a partir dos argumentos levantados, que o legislador esteja subtraído do controle de constitucionalidade (PULIDO, 2007, p. 809-810).

vención mínima”¹⁴. Para o autor, só pontualmente estará justificada a intervenção do Direito Penal, que deve seguir sendo a *ultima ratio*. Ao mesmo tempo em que se outorga aos poderes constituídos uma ampla margem de apreciação, ao Judiciário também é reconhecida certa margem de apreciação. Esta, contudo, tanto para um como para outro, não é infinita.

A teoria dos deveres de proteção e sua compreensão da proporcionalidade sob uma dupla acepção também é endossada por Lenio Streck (2004), para quem a proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo, mas também para uma espécie de garantismo positivo, sendo que a preocupação do sistema jurídico agora se centra na análise de uma proteção suficiente, dispensada pelo Estado, para um direito fundamental, como ocorre quando o Estado dispensa o uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Claus-Whilhelm Canaris (2003, p. 101 e ss.) arrola três critérios que podem orientar o reconhecimento de um dever de proteção: a) a incidência da hipótese normativa (tipicidade) de um direito fundamental, que diz respeito à verificação do âmbito que a norma de direito fundamental visa a proteger, ou seja, é preciso verificar se a ofensa ao direito fundamental afeta de forma efetiva ou potencial o seu âmbito de proteção; b) a ilicitude (em geral,

14 Também nesse sentido podem-se observar as ponderações de Luciano Feldens (2008, p. 53): “Logicamente, e já por dizer o óbvio, da concepção de um sistema penal constitucionalmente necessário não resulta a relativização de garantias materiais e processuais que aproveitam ao acusado. [...] Estamos apenas a enfatizar que também o cidadão que não se veja envolvido como acusado em uma relação processual é titular de direitos fundamentais, a cuja garantia foi instituída, em determinados casos, a proteção jurídico-penal. [...] De um lado, um limite garantista intransponível (intervenção mínima); de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção (intervenção necessária). Esse balanço há de ser o fio condutor da atividade estatal (legislativa e jurisdicional) em matéria penal”.

mas não necessariamente) do ataque e a dependência de proteção, tomando o sentido de necessidade de proteção de violações que ocorrem ao exercício do direito de liberdade, que também deve assentar-se sobre uma condição de assimetria; c) e a necessidade de proteção decorrente da dinâmica equação entre os critérios de hierarquia do bem atingido e a intensidade da ameaça¹⁵.

A partir disso, decorrem: a) para o Poder Legislativo, o dever de regular, por meio de leis, os bens jurídico-constitucionais relevantes, ou manter as leis, quando já existentes; b) para o Poder Executivo, o dever de intervenção em favor dos direitos fundamentais, quando violados; c) para o Poder Judiciário, recai o dever de uma tutela judicial efetiva, que consiste na apreciação da ação penal em tempo hábil e razoável. Sobre este último aspecto, Feldens (2008) registra que, para o Tribunal Constitucional espanhol – na hipótese de se verificar uma perturbação do direito fundamental que seja apenada pela lei –, há um direito do cidadão a essa proteção judicial. Registra-se, entretanto, que aqui parece ser retomada uma dimensão estritamente individual do direito. Não seria o caso de rejeitar tal ideia, já que parece que, por ela, pode-se abrir caminho para o retorno da posição da vítima na discussão acerca do conflito, bem como para a possibilidade de disposição e “negociação” na ação penal – esse entendimento, contudo, não pode aqui ser desenvolvido¹⁶. Para os fins desta análise, o que importa mencionar é que há de se ter cautela com a noção de um direito do cidadão que corresponde à incidência de uma norma penal.

15 Essa síntese pode ser identificada em Feldens (2008, p. 77-79) e em Sarlet (2009, p. 192). Sobre a constatação da necessidade de manutenção de um determinado meio mais gravoso (penal) para a proteção de determinados bens jurídicos, Lenio Streck escreve, ao tratar da inconstitucionalidade do então art. 9º da Lei do Refis, Lei n. 10.684/2003, que a insuficiência pode ser observada a partir de uma comparação com outras formas de proteção. Nesse sentido, ver STRECK, 2004.

16 Essas noções são observadas, com otimismo, no artigo de Winfried Hassemer (2008).

Tais questões, embora merecessem maior aprofundamento, não podem aqui ser estendidas, de maneira que, lançadas as referências e ideias centrais da discussão acerca dos deveres de proteção do Estado, já se pode vislumbrar a importância dos reflexos que tais considerações emanam sobre o dever do Estado de promover a segurança pública, especialmente no que diz respeito às mudanças que se operaram no paradigma individualista estritamente liberal do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

4 Conclusões

A proteção que é extraída da perspectiva objetiva das normas de direitos fundamentais tem sobre a segurança pública o efeito de demandar do Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, a criação de novas instituições e a remodelação das já existentes, sem o que dificilmente poderá cumprir sua missão com efetividade. Partindo-se da consideração, já abordada, de que não apenas os direitos sociais demandam políticas públicas do Estado, parece evidentemente necessário que o Estado implemente também políticas públicas para salvaguardar direitos, o que se expressa, valendo-se do exemplo de Daniel Sarmento (2003, p. 278 e 308), no próprio fato de “dar aos policiais treinamento e capacitação adequados para que não violem os direitos fundamentais dos criminosos e da população, o que já pressupõe uma política pública e não uma simples abstenção dos governantes”.

A segurança pública, para além de estar expressamente prevista em alguns dispositivos constitucionais, também pode ser reconduzida ao princípio do Estado de Direito, na medida em que, como observa Ingo Sarlet (2008, p. 219), “o Estado é o detentor, via de regra, do monopólio, tanto da aplicação da força quanto no âmbito da solução de litígios entre os particulares, que não podem valer-se da força

para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares”.

A segurança pública, entendida como a possibilidade de manutenção da ordem pública e democrática e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, pensa-se, é algo irrenunciável. Esse é o sentido das considerações de Carlos Magno Cerqueira (1996), que, ao examinar as missões da polícia, enfatiza que a manutenção da ordem, a proteção de certos valores aceitos socialmente (como a vida, a integridade física, a propriedade privada etc.), a aplicação das leis, a prevenção e repressão do crime e a defesa das condições necessárias para o exercício das liberdades fundamentais constituem-se nos elementos essenciais para a existência de uma sociedade democrática.

Para cumprir a função de imperativo de tutela, faz-se necessário o auxílio do Direito infraconstitucional, pois é a ele que pertence a tarefa de disponibilizar os meios para a proteção, que, como dito, não são apenas meios exclusivamente penais, mas passam pelo Direito Administrativo, Tributário, Social e até pelo Direito Privado, como salienta Canaris (2003, p. 115-116).

Há que se pensar, assim, em como se desenvolvem as políticas públicas voltadas para a área da segurança, bem como o seu compromisso com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por se tratar, os deveres de proteção, de concepção que se fundamenta em uma noção de que ao Estado não incumbe apenas abster-se, mas proteger os direitos fundamentais – e que, portanto, de um Estado estritamente inimigo, alcança-se um Estado capaz de proteger (na dicção de muitos autores, um Estado amigo dos direitos fundamentais) –, torna-se evidente que esse Estado não pode, em nome da segurança, acabar violando os direitos fundamentais¹⁷. Admitir tal posicionamento seria

17 A ideia de que segurança e liberdade não são valores contrapostos e de que a compreensão do sistema de direitos fundamentais também a partir de uma perspectiva

teratológico. Daí por que se poderia admitir que uma concepção constitucionalmente adequada de segurança pública (frisa-se: um direito evidentemente prestacional e que, portanto, deve conviver com outros direitos, também individuais) somente pode acontecer na medida em que se afasta das concepções belicistas de segurança. Tal ponderação é reforçada, ainda, a partir da ideia de que todas as normas constitucionais (e entre elas o art. 144 da CF) devem ser interpretadas em conformidade com o núcleo axiológico e com os direitos fundamentais da Constituição.

A despeito do fato de as políticas públicas serem muito mais amplas do que a intervenção penal, quando essa intervenção do Estado (penal ou não) nas liberdades individuais tiver de ocorrer, haverá de ser necessária a verificação do princípio da proporcionalidade e suas parciais. Assim, poderiam ser mantidas as conquistas iluministas do

de proteção é capaz de outorgar maior garantia aos direitos fundamentais, e não apenas restringi-los, pode ser sentida a partir de uma importante decisão julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (fundamentada nas disposições do art. 1.1 da Convenção Interamericana, obriga o Estado a respeitar e garantir o livre e pleno exercício dos direitos nela reconhecidos). No caso, tratou-se do desaparecimento do hondurenho Manfredo Velásquez, que foi sequestrado por homens fortemente armados e vestidos de civis, embora depois se conhecesse que tais homens estavam vinculados às Forças Armadas de Honduras, num período em que se tornou generalizada a prática de desaparecimentos executadas ou toleradas pelas autoridades hondurenhas, que se negavam ou eram incapazes de prevenir, investigar e sancionar esses fatos e de auxiliar a quem se interessasse por averiguar o paradeiro e o destino das vítimas ou de seus corpos. Ao final do processo, a justiça criminal do país não logrou identificar os culpados e se tornou razoável pensar que ele estava morto. A Corte Interamericana considerou que, neste caso, Honduras havia vulnerado o direito à vida, à integridade e à liberdade de Manfredo Velásquez, ao descumprir a obrigação de investigar o seu desaparecimento (PASCUAL, 2006). Vale, ainda, transcrever: “También se advierte que el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como ‘las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos’. Y es que la situación de impunidad que estos subterfugios engendran ‘lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata’” (PASCUAL, 2006).

Estado de Direito (hoje Democrático e Social), conciliando-as com a função de proteção do Estado¹⁸.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

AVELINE, Paulo Vieira. *Segurança pública como direito fundamental*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política de segurança pública para um estado de direito democrático chamado Brasil. *Discursos Sediciosos*, ano 1, n. 2, p. 91-211, jun./dez. 1996.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

18 Embora a literatura existente sobre os deveres de proteção e sua vinculação às questões relativas à segurança se refira, em regra, ao Direito Penal, não é apenas a partir dele que devem ter sua normatividade explorada, já que a restrição a um direito fundamental não pode ser considerada uma constante. Nesse sentido, novamente, pode-se acolher a doutrina de Konrad Hesse (1998, p. 280): “Muitas vezes, o cumprimento do dever de proteção tornará necessárias intervenções em posições protegidas jurídico-fundamentalmente, de terceiros, de modo que se formam situações de várias facetas, nas quais a proteção de um pode significar uma carga do outro. Nesse ponto, torna-se, então, necessária uma compensação proporcional que, em geral, cabe ao legislador”.

GRIMM, Dieter. The protective function of the state. In: NOLTE, Georg. *European and US constitutionalism*. Cambridge University Press, 2005. p. 137-153.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista de Estudos Criminais*, ano 8, n. 29, p. 9-20, abr./jun. 2008.

_____. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 abr. 2009.

PAREJO, Luciano Alfonso. *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad – problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del estado administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PASCUAL, Gabriel Doménech. Los derechos a la protección penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 78, p. 333-372, sept./dic. 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

_____. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

———. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 81, p. 325-386, 2005.

———. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

———. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competência federativa e órgãos de execução das políticas. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 8, p. 19-73, out./dez. 2007.

———. SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de

proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, p. 243-284, 2004.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Torino: Giulio Einaudi, 1992.

ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A construção social do conceito de saúde e de direito à saúde¹

Osmir Antônio Globekner

Analista administrativo do Ministério Público da União, assessor jurídico do 2º Ofício de Tutela Coletiva da Procuradoria da República no Estado da Bahia, contudista e tutor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU); mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FD/UFBA); especialista em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade Estadual de São Paulo (FSP/USP) e em Regulação da Saúde Suplementar pela Universidade de Brasília (UnB); bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e engenheiro químico pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

Resumo: Este artigo busca especificar o conteúdo dos conceitos de saúde e de direito à saúde como função de sua construção social. Nesse escopo, aborda alguns aspectos relevantes a eles relacionados, tais como: a natureza das necessidades humanas no campo sanitário, as relações entre a inovação tecnológica em saúde e a desigualdade social no acesso à atenção sanitária e as circunstâncias político-sociais em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil. Concluindo, no que se refere ao direito à saúde, entende-se que seu conteúdo se desdobra entre as distintas dimensões dos direitos humanos, sendo fundamental, à sua apreensão e realização, a compreensão do contexto histórico e cultural em que desenvolvido, bem como das aspirações da sociedade na qual o direito está sendo considerado.

Palavras-chave: Direito fundamental social. Direito à saúde. Atenção à saúde. Cidadania.

Abstract: This paper aims to specify the content of the health and right to health concepts as a function of their social construction. In

1 Trabalho apresentado no 18º Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado de 4 a 7 de novembro de 2009, em São Paulo-SP, sob o Tema: “Estado, Globalização e Soberania: o direito no século XXI”, com alterações.

such intent, it approaches some aspects related to them, such as: the nature of human needs in the health field, the relationships between technological innovation in health and social inequality in health services accessibility and the political-social circumstances around the constitutionalization of the right to health in Brazil. Being concluded, in terms of the right to health, by a content that is unfolded among the different dimensions of the human rights, being fundamental to its apprehension and accomplishment, the understanding of the historical and cultural context in which it is developed, as well as of the aspirations of the society in which such right is considered.

Keywords: Fundamental social rights. Health rights. Health care. Citizenship.

Sumário: 1 Introdução. 2 A saúde como um bem. 2.1 O conceito de saúde. 2.2 A medicina tecnológica e sua relação com as desigualdades. 2.3 A natureza das necessidades no campo sanitário. 3 A saúde como um direito. 3.1 Alguns fatos em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil. 3.2 O conteúdo do direito à saúde. 4 Conclusões.

1 Introdução

A busca, neste artigo, de maior compreensão sobre o conceito de saúde e sua repercussão no conceito de direito à saúde, a par da complexidade ínsita à matéria, deve-se também a uma razão circunstancial.

O atual estágio de avanço tecnológico no campo das ciências da saúde tem colocado nas mãos do homem opções que há pouco não possuía. À medida que as possibilidades de intervenção na saúde humana passam a comportar uma crescente margem de escolha, passam também, por via de consequência, a exigir maior reflexão ética e disciplina jurídica.

O tema das implicações que a evolução das ciências da saúde determina sobre as ciências sociais em geral e sobre as ciências sociais aplicadas em particular é por demais extenso, porém, o que se pretende no restrito escopo deste artigo é a extração de alguns pressupostos mínimos que possam orientar a discussão jurídica dos problemas do acesso aos cuidados em saúde nesse contexto de acelerada evolução da tecnologia da saúde.

É necessário também compreender as razões que tornam a saúde um bem a proteger e um direito a ser garantido, de forma peculiar e distinta de outros bens e direitos juridicamente tutelados.

2 A saúde como um bem

A ideia de saúde associa-se com a ideia de bem. O estado natural do ser humano seria o estado de pleno gozo de suas faculdades físicas e psíquicas, o estado de perfeito bem-estar, denominado saúde. A doença seria uma disfunção desse estado natural. Assim, valora-se a saúde positivamente, atribuindo-lhe a característica de um bem.

A definição desse bem, de sua natureza e características, é, entretanto, profundamente dependente das representações sociais sobre o estado de saúde. Em outras palavras, o conceito de saúde é social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e pré-conceitos sobre o processo saúde-doença.

Evidentemente, alguns consensos não apenas são possíveis, mas, sobretudo, necessários. Aprender o conceito de saúde como um bem e as características desse bem é incontornável para que se possa discutir sua proteção jurídica. Assim, a seguir, serão discutidos alguns conceitos de saúde, tal como normativa e

internacionalmente aceitos, e também alguns temas que gravitam em torno desses conceitos.

2.1 O conceito de saúde

O conceito de saúde sempre foi e provavelmente continuará sendo uma matéria tormentosa. Não obstante, um marco reconhecidamente importante para uma aproximação do conceito é o que foi oferecido pela Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, no contexto do pós-guerra. A Constituição da OMS proclamava que: “A saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”².

Essa definição, por certo, não ficou livre de crítica. Registra Giovanni Berlinguer (1996, p. 21) que um conceito assim abrangente³ estabelece uma verdadeira utopia, já que dificilmente se encontraria qualquer indivíduo que gozasse de um pleno estado de higidez em todas essas dimensões. Parte da crítica dirigiu-se ao que seria o caráter demasiadamente genérico e pouco operacional do conceito oferecido pela OMS.

No entanto, salienta Sueli Gandolfi Dallari (2008, p. 94) que:

[...] curiosamente, os trabalhos de crítica dessa conceituação terminam concluindo que, embora o estado de completo bem-estar não exista, a saúde dever ser entendida como a busca constante de tal

2 “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity” (World Health Organization Constitution. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008).

3 Berlinguer (1996, p. 22) registra mesmo que “[...] no final dos anos oitenta os delegados do Estado do Vaticano e das nações muçulmanas propuseram à Assembléia da OMS acrescentar às palavras ‘físico, mental e social’ uma quarta categoria de saúde: a espiritual”, tendo a proposta sido aprovada por 24 votos a favor, 10 contra e uma centena de abstenções.

estado, uma vez que qualquer redução na definição objeto o deformará irremediavelmente.

O conceito que emerge da Constituição da OMS possuiu, sobretudo, a relevância de tornar definitivo o fato, antes controverso, de que, como fatores determinantes da saúde, devem concorrer não apenas os ligados às características pessoais e individuais, tais como os de ordem genética ou comportamental, mas também os relacionados ao meio ambiente, à cultura e à organização social e política em que esse indivíduo está imerso.

A definição, ademais, superou a definição negativa de saúde, como ausência de doenças, e o biologicismo que marcou o contexto do desenvolvimento da Revolução Industrial durante o século XIX e começo do XX. Esse contexto determinava, no campo sanitário, uma visão cartesiana e mecanicista do ser humano, também favorecida pela descoberta da etiologia das doenças infecciosas, com os trabalhos de Pasteur e Koch (DALLARI, 2008, p. 93).

Uma consequência da definição ampliada de saúde, como afirma Sueli Gandolfi Dallari (2008, p. 94), é que se passa a compreender que “ninguém pode ser individualmente responsável por sua saúde”, pelo menos não pode ser inteira e exclusivamente responsável.

Se os fatores individuais são importantes para a determinação do estado de saúde de uma pessoa, há outros fatores que apenas no meio social podem ser resolvidos. Para oferecer um exemplo bastante primário dessa afirmação, pode-se citar o caso da epidemia de dengue, que há vários anos assola distintas regiões do país. Nessa situação, os esforços individuais de prevenção, isoladamente, pouco significam se não acompanhados de uma adesão social massiva à erradicação dos focos de reprodução do mosquito vetor do agravo. Obviamente, muitos outros exemplos mais complexos poderiam

ser cogitados, fundamentalmente envolvendo estilos e modos de vida, reproduzíveis e alteráveis, dentro de uma sociedade.

Propostas subsequentes à definição da OMS para um conceito de saúde foram enfatizando o seu caráter dinâmico e complexo, envolvendo múltiplas variáveis que se desenvolvem no tempo e no espaço. Hoje, é praticamente uniforme o entendimento de que a saúde é sempre relativa e dependente de uma contextualização. Uma definição apontada por Berlinguer (1996, p. 23) é a da saúde como “uma condição de equilíbrio ativo (que inclui também a capacidade de reagir às inevitáveis doenças) entre o ser humano e seu ambiente natural, familiar e social”.

Um conceito especialmente enfatizado no contexto latino-americano de acentuadas desigualdades sociais é o proposto pela Primeira Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, na cidade do Rio de Janeiro. Trata-se do conceito de *saúde integral*, definida como “a capacidade e o direito individual e coletivo de realização do potencial humano (biológico, psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento” (ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA, 1994, tradução nossa)⁴.

O conceito assim formulado apresenta diversas vantagens do ponto de vista de sua operacionalização. Primeiro, coloca a saúde sob uma perspectiva não apenas estática, mas dinâmica, como uma capacidade e um direito cuja realização deve ser permanentemente buscada nos âmbitos individual e coletivo. Introduce também uma

4 No original “a capacidade y el derecho individual y colectivo de realización el potencial humano (biológico, psicológico, social) que permita a todos participar ampliamente de los beneficios del desarrollo”.

nova categoria, a *capacidade*⁵, mais realista e mais apta a promover a matização em relação às individualidades de cada ser humano e às particularidades socioculturais que o circundam. Também associa o tema saúde à questão distributiva ao considerá-la igualmente um direito, o qual está direcionado ao objetivo de permitir a todos a participação ampla nos benefícios do desenvolvimento.

O reconhecimento da dimensão social no âmbito da saúde, isto é, de que cuidar do indivíduo implica cuidar da sociedade e vice-versa, traz para dentro do próprio conceito de saúde a questão aqui trabalhada, isto é, a da justiça distributiva e da organização da solidariedade social.

É importante verificar como esse conceito aproxima a definição de saúde do conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, pois, por ele, desfrutar de um adequado estado de saúde significa, para o indivíduo, não só viver uma vida longa e saudável, mas também possuir os conhecimentos que o habilitem a tanto, significando igualmente desfrutar de um nível decente de vida; ou seja, ter condições para desenvolver suas capacidades e exercitar suas opções de vida e de desenvolvimento humano.

A despeito da amplitude, complexidade, além de certa abstração nos conceitos de saúde expostos, o fato é que a promoção, preservação e recuperação da saúde demandam sempre ações concretas e específicas. Assim, devido ainda à relatividade daqueles conceitos, tais ações só poderão ser entendidas, de um ponto de vista sanitário, quando referenciadas a uma comunidade concreta e às peculiaridades do contexto social em que imersos os seus destinatários.

5 O enfoque das questões distributivas sob o ponto de vista da promoção das capacidades e funcionalidades, antes que do mero provimento de bens e recursos, deve-se principalmente ao pensamento de Amartya Sen (2001, p. 79-102).

Outro ponto relevante é que a assunção de uma definição de saúde e um correspondente modelo de atenção sanitária é matéria que obviamente comporta escolhas e, portanto, também do ponto de vista do princípio democrático, deve estar o mais diretamente possível alocada aos destinatários dessa ação. Daí a necessidade, tanto sob a perspectiva sanitária quanto sob a perspectiva do funcionamento do Estado Democrático de Direito, de que haja múltiplas instâncias de participação popular e de definição de políticas públicas voltadas à saúde.

É possível supor que existam diferentes esferas de contextualização. Para que se exemplifique um pouco: pode-se fazer referência à saúde do ser humano, mas também à saúde do brasileiro, do mineiro, do paulista ou do baiano; do brasileiro do litoral e do brasileiro do sertão, e assim por diante. Pode-se ainda fazer alusão à saúde do idoso ou da criança, do adolescente, da mulher, do portador de distúrbio mental, e assim sucessivamente. Nesse sentido, de acordo com o grau de abstração ou contextualização, haverá macropolíticas e micropolíticas, macroalocações e microalocações, que deverão ser desenvolvidas sempre coordenadamente, com vistas voltadas à percepção de saúde, e dos anseios em relação a ela, dos respectivos destinatários.

Resulta que o sentido de saúde a ser permanentemente construído e reconstruído só pode ser encontrado pelas próprias comunidades interessadas. Isso traz uma implicação que se afina com o jogo democrático, pois há a inegável necessidade de participação popular em todos os níveis de deliberação, definindo as políticas de saúde em quaisquer dos âmbitos de generalização. O destinatário das ações e dos serviços de saúde deve ser também o participante e corresponsável na sua elaboração.

O conceito de saúde que resulte da contextualização social é que haverá de revestir ou preencher o direito à saúde. É a este conceito, comunitariamente construído, que deverá reportar-se o legislador, o administrador, o juiz, ou, em geral, o aplicador do Direito ao buscar dar consequência à previsão constitucional do direito à saúde.

A necessidade de pensar coletiva ou socialmente as questões de saúde não se impõe, entretanto, apenas pelas características peculiares do processo saúde-doença. Trata-se, ademais, de um imperativo de justiça social. Os esforços direcionados à promoção, proteção e recuperação da saúde, como se verá a seguir, são esforços que, por sua complexidade, sempre demandam um alto grau de cooperação social, fazendo ressaltar a importância da distribuição equitativa dos benefícios e dos ônus dela decorrentes.

2.2 A medicina tecnológica e sua relação com as desigualdades

Boa parte dos provimentos jurisdicionais que versam sobre o direito à saúde refere-se à obtenção de medicamentos ou procedimentos inovadores, muitas vezes altamente específicos e de elevado custo unitário⁶. Uma explicação lógica para o fato, embora

6 Em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, trouxe dados alusivos às demandas judiciais por medicamentos naquela unidade federativa: “[...] apenas 14,31% da demanda é relativa a medicamentos especiais e 9,4% é relativo a medicamentos excepcionais prescritos de acordo com os protocolos do Ministério da Saúde, medicamentos cujo fornecimento compete ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na ANVISA” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2009).

não seja a única que deva ser considerada⁷, é a de que é sobre esses medicamentos e procedimentos que recairá com maior frequência a controvérsia e o conflito entre administrado e administração a demandar a intervenção do Estado-juiz.

Algumas das críticas dirigidas a tais provimentos estão relacionadas à efetividade do tratamento, à existência de alternativas terapêuticas mais custo efetivas e à razoabilidade de sua exigência perante o sistema público ou privado de saúde. À razoabilidade, referindo-se às implicações sobre o custo de oportunidade em relação às demandas por medicamentos e tratamentos tradicionais, de menor custo unitário, dentro do amplo espectro de necessidades em saúde a serem atendidas e que competem entre si pelos recursos escassos.

No setor público, uma distorção no sentido apontado afetaria diretamente as políticas públicas pelo comprometimento do orçamento público. No setor privado, a mesma distorção afetaria o custo do seguro privado de saúde, recaindo, ao final, sob o ponto de vista dos agregados macroeconômicos, sobre todos os usuários do sistema.

Assim, é interessante, para o escopo deste artigo, lançar um olhar sobre a questão do desenvolvimento técnico e científico em ciências da saúde e suas peculiaridades, bem como das relações desse desenvolvimento com os problemas da desigualdade e do desenvolvimento econômico e social.

7 No setor público, por exemplo, ter-se-ia que considerar que prover acriticamente demandas judiciais embasadas na integralidade da atenção pode ter o efeito perverso de favorecer o acesso ao sistema público de saúde, por parte dos já privilegiados no acesso à prestação jurisdicional. E isso ocorreria, provavelmente com maior intensidade, na atenção de alta tecnologia e alto custo, não suportada pelo próprio particular ou pelo seguro privado de saúde.

Thomas S. Kuhn (2006) alerta que os fundamentos dos paradigmas científicos, usualmente, não costumam encontrar-se no domínio da discussão dos pesquisadores que deles se utilizam. Essa abstração teria a função de permitir a necessária concentração de esforços para produção de resultados. Se o paradigma estivesse constantemente sendo questionado e revisto, isso inviabilizaria o progredir da ciência, até mesmo em direção a novos paradigmas⁸.

Algo semelhante ocorre no campo tecnológico e é explicado pelo modelo das “trajetórias tecnológicas” proposto por Giovanni Dosi (1988). Os agentes que usam e transformam as tecnologias seguem certos padrões evolutivos. Estes, denominados “trajetórias tecnológicas”, condicionam o desenvolvimento e as mudanças experimentadas por tecnologias quando se difundem e são utilizados na produção de bens e serviços. Esses padrões são definidos por maneiras “normais” de solucionar problemas dentro do quadro de determinado paradigma tecnológico.

Albuquerque e Cassiolato (2000), analisando as especificidades do sistema de inovação em saúde, apresentam exemplos de trajetórias tecnológicas que implicariam redução de custos, com consequente ampliação do acesso às tecnologias, tais como: técnicas de tratamento e diagnóstico menos invasivas; medicamentos mais eficazes que substituem cirurgias e internação; desenvolvimento de vacinas; educação, resultando em alteração de hábitos e estilos de vida e de trabalho; no campo dos equipamentos médicos, com miniaturização, ampliação de capacidade e barateamento.

8 “Liberada da necessidade de reexaminar constantemente seus fundamentos em vista da aceitação de um paradigma comum, permite a seus membros concentrarem-se exclusivamente nos fenômenos mais esotéricos e sutis que lhes interessam. Inevitavelmente isso aumenta tanto a competência como a eficácia com as quais o grupo como um todo resolve novos problemas” (KUHN, 2006, p. 207).

Por outro lado, a inovação tecnológica em saúde possui características especialíssimas, como salientam os mesmos Albuquerque e Cassiolato, e muitas inovações operam em sentido contrário à redução de custos, na inovação em saúde: novas tecnologias não substituem as antigas, mas somam-se a elas; há descobertas que “abrem” novos horizontes tecnológicos⁹. A assunção de determinadas trajetórias, como mencionado, entretanto, poderia acarretar redução de custos e ampliação do acesso se para esse fim fossem orientadas.

Não é o que ocorre, todavia. Os esforços de pesquisa no setor saúde estão majoritariamente orientados à obtenção de maior lucratividade, um resultado especialmente perverso: a alarmante desconexão entre a carga de doenças e o investimento em pesquisa e a relação inversa entre a inovação tecnológica e o acesso à atenção em saúde.

Uma das principais causas, embora não a única, dessa desconexão é a existência de “doenças de primeiro mundo” e “doenças de terceiro mundo”. Os recursos disponíveis para a pesquisa, mais abundantes nas economias desenvolvidas, são empregados nas pesquisas das enfermidades correspondentes às suas populações, que resultam ser menos prevalentes em termos de população mundial.

Os autores mencionam alguns dados: os recursos investidos em países de baixa e média renda correspondem a 2,25% dos fundos globais. Utilizando-se o índice Ano de Vida Ajustado pela Incapacidade (AVAI) – índice que mede o impacto dos agravos –, resulta, por exemplo, que, a despeito da pneumonia e de doenças diarreicas (as duas maiores causas de morte) corresponderem a 15,4% da carga de doenças, estas recebem apenas 0,2% dos recursos

9 A descoberta de antibióticos, por exemplo, possibilitou a abertura de novos horizontes de intervenção cirúrgica antes não concebíveis.

mundiais em inovação em saúde. De acordo com o *Global Forum for Health Research*, 2002: 10% dos gastos mundiais em pesquisa correspondem a 90% da carga mundial de doenças (ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, 2004, p. 288).

Uma relevante questão levantada é a de saber qual a razão das diferenças regionais e entre países na relação entre crescimento econômico e redução da mortalidade/expansão longevidade. O relatório do Banco Mundial sobre o desenvolvimento, publicado em 1993, indicava a relação entre o aumento de renda *per capita* e a expectativa de vida em diferentes países e crescente em distintos períodos do século passado (compararam-se dados em três décadas, 1930, 1960 e 1990) (WORLD BANK, 1993, p. 34).

Amartya Sen (apud ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, 2004, p. 288) conclui que o crescimento econômico é importante na determinação do estado de saúde de uma população, porém, outros fatores concorrem. O desvio ascendente das curvas no século XX sugere outros fatores operando entre crescimento econômico e saúde. A compreensão requer, segundo o autor, além de análises de crescimento e distribuição da renda, a análise das medidas de saúde pública e de acesso à assistência médica. O próprio estudo do Banco Mundial aponta que o aumento da renda *per capita*, os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da saúde pública, a disseminação de conhecimentos e a abrangência da cobertura eram os fatores determinantes da ascensão verificada ao longo do século (ALBUQUERQUE; SOUZA; BAESSA, 2004, p. 281).

Algumas conclusões que Albuquerque e Cassiolato (2000) extraem do panorama descrito nesse relatório do Banco Mundial é no sentido da existência de uma forte interação entre sistema de inovação em saúde e sistema de bem-estar social, derivando daí a necessidade de medidas de regulação do setor de inovação em vista

dessa interação e visando à proteção do segundo sistema. O sistema de inovação tenderia a buscar a eficiência econômica; e o sistema de bem-estar social, a equidade.

A desconexão entre o investimento em pesquisa e a carga de doenças, embora constitua problema especialmente aflitivo em termos de relação norte e sul entre países centrais e periféricos, marca também a realidade interna de cada país, independentemente de seu estágio de desenvolvimento tecnológico, social e econômico e do modelo de Estado adotado, intervencionista ou liberal. A título de exemplo, vejam-se as críticas feitas por Porter e Teisberg (2006) ao sistema de atenção em saúde norte-americano, modelo paradigmático de assistência médica privada, mas marcado por profundas desigualdades e baixa eficiência, apesar dos montantes de recursos financeiros investidos, sobretudo na pesquisa científica e tecnológica.

As distintas possibilidades abertas pelas trajetórias tecnológicas em saúde colocam o homem e a sociedade diante de escolhas. Há necessidade de compreender as decisões sobre o setor tecnológico sanitário como integrantes das decisões pertinentes à saúde humana. São decisões que competem à comunidade envolvida em suas diferentes etapas de abstração e contextualização.

Como visto, o conteúdo do conceito de saúde só pode ser encontrado pelas pessoas em sua própria comunidade. Assim, o sistema de proteção jurídica à saúde, em amplo senso, abrangendo mecanismos administrativos e judiciais de proteção, deve ter também a função de tutelar, a par de outras, a liberdade nas escolhas relacionadas às trajetórias tecnológicas em saúde. A tutela jurisdicional do direito à saúde, especialmente nas demandas por medicamentos e procedimentos inovadores, há de levar em conta

os fatos descritos neste subtópico em relação às características da inovação tecnológica em saúde.

2.3 A natureza das necessidades no campo sanitário

Norman Daniels (1985) aponta a necessidade de desenvolvimento de uma teoria das necessidades de atenção à saúde, com dois propósitos centrais: o primeiro, de responder por que se entende, ou, pelo menos, por que a maioria das sociedades entende que a atenção à saúde é especial e deve ser tratada diferentemente de outros bens sociais; o segundo, de oferecer uma base para distinguir a mais e a menos importante entre as múltiplas necessidades de atenção à saúde. Assim, uma teoria das necessidades de atenção em saúde deveria enfrentar dois julgamentos: 1) se há algo especialmente importante sobre cuidados em saúde; e 2) se algumas espécies de cuidados em saúde são mais importantes que outras (DANIELS, 1985, p. 19).

Susana Vidal (2009) introduz o tema das necessidades no campo sanitário e jurídico como um determinante do desenvolvimento das capacidades humanas, tema já mencionado quando se tratou da definição do conceito de saúde. Ressalta a autora que a forma de definir a necessidade revela o marco conceitual e ideológico que lhe dá fundamento:

Nisto há uma polarização entre aqueles que entendem as necessidades humanas como valor relativo que depende das opções individuais e das possibilidades que cada pessoa e sua família tenham para adquiri-las no mercado (corrente liberal) e que relacionam necessidade com capacidade de consumo e aqueles que entendem as necessidades como um processo determinante da vida e cuja realização (como capacidade) se constitui em um direito humano inalienável, a que se deve ter acesso sob uma distribuição equitativa e segura para todos os membros de uma sociedade que deve ser construída

solidariamente (corrente solidaria) (VIDAL, 2009, p. 20-21, tradução nossa)¹⁰.

Há uma inquestionável relatividade no conceito de necessidade que se manifesta no fato de não haver uma linha divisória clara entre o que seja necessidade e o que seja desejo no campo sanitário, uma vez que os aspectos social e psicológico integram o conceito de bem-estar, e, sob esta perspectiva, a subjetividade na classificação das necessidades e aspirações torna-se inevitável.

Para exemplificar: a fertilidade possui valores distintos em diferentes culturas, é valorada de maneira diversa em cada sociedade. Devido a essa valoração, as técnicas de reprodução assistida podem configurar-se em uma necessidade de saúde, pois sem elas o indivíduo ou o casal infértil não poderia desenvolver-se em suas capacidades para integrar-se plenamente àquela sociedade. Eventualmente, em outra sociedade, que valore a fertilidade de forma diferente, a necessidade de superar a infertilidade poderia ser de todo ignorada ou significar apenas uma preferência que poderia ser exercitada ou não.

Angél Puyol González (1999) alerta para as dificuldades em extrair, de uma teoria das necessidades, critérios para decisões alocativas concretas. O critério de necessidade é condicionado à variação e interpretação do que seja uma necessidade, pois, na sua definição, intervêm valores morais diferentes e não mensuráveis. O autor reconhece, entretanto, a possibilidade de mínimos éticos

10 No original: “Y en esto hay una polarización entre quienes entienden las necesidades humanas como valor relativo que dependen de opciones individuales y de las posibilidades que cada persona y su familia tienen para adquirirlo en el mercado (corriente liberal) y que relaciona necesidad con capacidad de consumo y, las necesidades como un proceso determinante de la vida cuya realización (como capacidad) se constituye en un derecho humano inalienable, al que debe accederse bajo una distribución equitativa y segura por parte de todos los miembros de una sociedad que debe construirse solidariamente (corriente solidaria)”.

universalizadores para a conformação do conceito de necessidade, algo entre a pretensa neutralidade ética absoluta e o também pretense relativismo ético absoluto e indiferente.

Norman Daniels (1985, p. 26) considera a possibilidade de caracterização de categorias relevantes e objetivamente atribuíveis a qualquer pessoa ou sociedade. Recorre aos conceitos formulados por David Braybrooke de “necessidades curso-de-vida” (*course-of-life needs*) e “necessidades casuais” (*adventitious needs*). Necessidades curso-de-vida são aquelas que as pessoas “[...] têm, todas, através de suas vidas ou em certos estágios da vida através dos quais todos devemos passar” (BRAYBROOKE apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)¹¹. Necessidades casuais ocorrem em face de projetos particulares contingentes, mesmo que duradouros, nos quais nos envolvemos. Necessidades curso-de-vida humanas incluiriam comida, abrigo, vestuário, exercícios, descansos, companhia, um(a) parceiro(a) e assim por diante. Tais necessidades não são elas mesmas deficiências, mas a deficiência com relação a elas “[...] coloca em risco o normal funcionamento do sujeito da necessidade considerado como um membro da espécie natural” (BRAYBROOKE apud DANIELS, 1985, p. 26, tradução nossa)¹².

O conceito ajuda a pensar as necessidades em saúde, mas não resolve de modo completo o problema de sua definição. Bastaria remeter-se ao problema de definir o que seria o “normal funcionamento da espécie” para reaparecerem dois extremos: um conceito demasiado conservador, restritivo, biomédico dessas necessidades ou um conceito demasiado livre que passaria a integrar elementos atados ao relativismo cultural e social. A solução, como sempre, há

11 No original, “[...] have all through their lives or at certain stages of life through which all must pass”.

12 No original: “[...] endangers the normal functioning of the subject of need considered as a member of a natural species”.

de ser buscada em uma posição de equilíbrio intermediário entre um e outro desses extremos, quer se reconheça um mínimo de necessidades objetivamente delimitado, quer se reconheça um conjunto mais ou menos aberto de necessidades universalizáveis¹³.

A questão da hierarquização das necessidades em saúde é bastante complexa. A demanda por atenção em saúde e a gama de serviços voltados a atendê-la são muito amplas. Algumas necessidades relacionam-se com a recuperação ou compensação de uma diminuição de capacidades ou funções; outras, com o incremento qualidade de vida por outros meios.

Por fim, a hierarquização de necessidades em saúde pode ser feita não apenas por sua importância ou natureza intrínseca, mas também por critérios outros, como o da urgência, da repercussão em termos de saúde pública, da proteção de grupos especialmente vulneráveis, para citar apenas alguns exemplos.

O modelo anteriormente descrito das necessidades em saúde é tributário do conceito de capacidades e desempenhos (*functionings*). O caráter distintivo das necessidades de saúde estaria ligado precisamente à essencialidade desta para o normal funcionamento da espécie.

Voltando ao tema do caráter especial da saúde, em relação a outros bens e interesses, não se trata de conferir um valor absoluto à saúde e, por consequência, uma prioridade absoluta ao atendi-

13 Norman Daniels indica um elenco: “1) adequada nutrição, abrigo; 2) condições de vida e trabalho limpo, seguro e não-poluído; 3) exercício, descanso e outras características de estilos de vida saudáveis; 4) serviços médicos pessoais preventivos, curativos e de reabilitação; 5) serviços de suporte pessoal (e social) não-médico” (DANIELS, 1985, p. 32, tradução nossa). No original: “1) adequate nutrition, shelter; 2) sanitary, safe, unpolluted living and working conditions; 3) Exercise, rest, and some other features of life-style; 4) Preventive, curative, and rehabilitative personal medical services; 5) Non-medical personal and social support services”.

mento das necessidades à saúde. Basta reconhecer que, sob perspectiva individual, para muitas pessoas, alguns de seus objetivos, talvez os mais importantes, não são necessariamente comprometidos pela falta de saúde ou pela incapacidade. Outras pessoas, por outro lado, acederiam à diminuição de capacidades em razão de determinados bens ou perspectivas de vida. Trata-se, entretanto, de reconhecer o caráter normalmente preponderante das necessidades de saúde, comparado com os de outra índole.

Ronald Dworkin (1993), em palestra que se tornou célebre no contexto da discussão em torno das limitações materiais à efetivação do direito à saúde, descreve, em três fundamentos, o que denomina “modelo clássico ou do isolamento” (*insulation model of health care distribution*) da justiça sanitária: 1) a saúde seria o bem mais importante do indivíduo; 2) o critério de sua distribuição seria do acesso pela necessidade, independentemente do custo; 3) isso implica para a sociedade a “regra do resgate” (*principle of rescue*), pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer quando se pode aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

Em oposição, apresenta um modelo em que: 1) há outros bens que competem com a saúde, como educação, segurança, previdência e assistência social; 2) o critério da necessidade torna-se complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último, 3) o critério do resgate choca-se com muitas das intuições sobre prioridades sanitárias (manutenção de enfermos terminais em estado vegetativo, chances de sobrevivência etc.). Dworkin conclui que seria ingênuo, e mesmo imoral, em um contexto inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais das decisões.

O caráter relativo das necessidades de saúde não enfraquece a importância do reconhecimento do direito à saúde. Pelo contrário,

essa relatividade, ao acrescer à ponderação desse direito fundamental fatores como a responsabilidade pessoal e social pelas escolhas e decisões alocativas, o fortalece e o reconduz à necessidade de tutela jurídica e jurisdicional a conferir-lhe maior precisão e eficácia.

3 A saúde como um direito

Enquanto a saúde humana esteve envolvida em práticas mágicas ou entendida como estado revelador da graça divina e muito pouco relacionada com atos de vontade ou de decisão humana; ou, ainda, enquanto os cuidados a ela referentes estavam associados com a prática de virtudes pessoais como a caridade e a compaixão, não havia que se falar da saúde ou dos cuidados para com esta como uma virtude secular e racional ou como um objeto de preocupações da justiça¹⁴.

Obviamente, tudo muda com o desenvolvimento científico no campo da saúde, a profissionalização da Medicina, o aumento da extensão da cobertura da atenção sanitária sobre a população, as conquistas tecnológicas que permitiram um razoável domínio sobre as condições individuais e coletivas da saúde e da qualidade de vida humana. Adquirir e manter um razoável estado de saúde e bem-estar passam a ser objetos de vontade e de escolha. A atenção à saúde humana torna-se, por um lado, um bem disponível no mercado e, por outro, um objeto de proteção jurídica, já que está inserida no campo dos bens de escassez moderada, demandando critérios de justiça para sua alocação.

14 “A medicina ocidental [...] substituiu a ignorância e superstição por conhecimentos científicos. Mas sobretudo demonstrou que a boa ou má saúde não são fatos imutáveis, mas condição passível de modificação; e substituiu as idéias sacras de destino e culpa sempre associadas às doenças, por idéia laica, fundamentada na experiência: a idéia de que é possível enfrentar e vencer muitas doenças. Apoiados nessas colocações adquiriram consistência: um princípio moral [...] e uma esperança, associada a objetivo jurídico-político: o direito à saúde” (BERLINGUER, 1996, p. 34).

Importa, no próximo subtópico, percorrer alguns dos antecedentes da constitucionalização do direito à saúde entre os brasileiros, o conceito de direito à saúde resultante e a forma como se procurou garantir tal direito por meio da jurisdição.

3.1 Alguns fatos em torno da constitucionalização do direito à saúde no Brasil

Com relação às condições do desenvolvimento do “direito” à saúde, Ana Paula Oriola de Raeffray (2005) faz um apanhado histórico, que é reproduzido aqui em apertadíssima síntese.

Ao longo da história, a saúde, a doença possuía o significado de um sinal dos deuses, em regra, no sentido de que estariam em desacordo com a conduta do indivíduo doente. Assim ocorreu na Antiguidade Oriental. Na Era Clássica, a valorização do bem-estar conectava-se ao entendimento do homem como integrante da *polis*; a saúde do cidadão refletindo na saúde da sociedade. Na Idade Média, novamente apareceu o caráter místico, com a religião vinculando saúde à fé. No Renascimento e no Iluminismo, a despeito da revalorização da pessoa humana, os cuidados e a proteção à saúde foram relegados a um segundo plano em face do princípio de maior valor na época, a liberdade, em especial a de crença.

A partir da Revolução Industrial, o valor da saúde foi atrelado à capacidade laboral, importante para movimentar a indústria, o que não impediu, entretanto, inicialmente, a propagação da miséria e insalubridade nos centros urbanos. Contudo, o industrialismo fomentou a ideia do seguro social, que seguiu, entretanto, atrelado à ideia de proteção exclusiva do trabalhador.

Apenas após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, a ideia do seguro social foi sendo estendida progressivamente como um meio

político de minorar os sofrimentos gerados pela guerra. O fundamento do seguro social passou a incorporar o reconhecimento do valor do homem em si mesmo; o seu objetivo principal voltou-se ao seu bem-estar, convergindo, nos países capitalistas, para a concepção do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

No Brasil, como demonstrado por Raeffray (2005, p. 306), por meio da análise das sucessivas Constituições, desde 1824: “os modelos jurídicos engendrados para a proteção da saúde seguiram quase o mesmo processo de formação que os modelos adotados pela Europa, sempre, com algum período de atraso”. A autora cita, como exemplo, o fato de que a seguridade social baseada no bem-estar social nasceu na Europa durante os anos 50 do século XX e somente foi instituída no Brasil no final da década de 80, com a promulgação da atual Constituição Federal.

O direito à saúde, ao tornar-se, entre os brasileiros, direito fundamental com a Constituição de 1988 (art. 196), vinha, conforme visto, ganhando veemência no contexto global desde o pós-guerra. O direito à saúde já se encontrava, em gérmen, proclamado no item 1 do art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (COMPARATO, 2005, p. 236).

A criação da Organização Mundial de Saúde, que entrou em funcionamento no dia 7 de abril de 1948, é testemunho do propósito de proteger a saúde, expressando que seu papel é o de possibilitar para todos os povos o melhor nível de saúde possível.

Sugestiva, para compreender a apreensão dos direitos sociais pelas nações, é a adoção de dois distintos pactos voltados a dar eficácia jurídica vinculante à Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, ambos concluídos em 1996. É que:

As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas [...]. Já os países do bloco comunista e os países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos [...]. Decidiu-se por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, “até o máximo dos recursos disponíveis” de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1) (COMPARATO, 2005, p. 276).

Portanto, especificamente para o direito fundamental social à saúde, foi de grande relevância a realização, em setembro de 1978, na antiga capital do Cazaquistão, a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela OMS e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Dessa conferência resultou a Declaração de Alma-Ata¹⁵, documento que, a par de reafirmar a saúde como um direito do homem¹⁶, asseverou a necessidade da sua promoção, proteção e recuperação para o desenvolvimento econômico e social dos povos e estatuiu ainda a responsabilidade dos governos, perante seus cidadãos, por tais ações, genericamente denominada atenção à saúde.

15 DECLARATION OF ALMA-ATA, 1978. Disponível em: <http://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

16 Também no preâmbulo do ato de Constituição da OMS, há uma afirmação de princípios atinentes à saúde humana. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

Responsabilidade, ademais, somente realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

No referido documento, afirmou-se, portanto, o direito do indivíduo não meramente à saúde, mas também ao acesso aos cuidados em saúde, em correspondência com um dever imposto aos governos do mundo, o de prover os referidos cuidados. Começou-se a vislumbrar aí não apenas um direito abstrato à saúde, como também um direito concreto à atenção sanitária¹⁷.

Lamentavelmente, a declaração formal não foi seguida, em termos internacionais, por ações adequadamente orientadas à obtenção do objetivo declarado. E isso ocorreu, em grande parte, pela conjuntura histórica que se seguiu à declaração.

Giovanni Berlinguer (2008) aponta que os propósitos estabelecidos em Alma-Ata em 1978 voltavam-se, primordialmente, à garantia da atenção primária em saúde. A ênfase nesse nível de atenção sendo importante, quer por sua natureza estratégica em relação aos demais agravos à saúde, quer pela sua universalidade, passível de disseminação uniforme em praticamente todas as populações, independe das suas condições socioeconômicas¹⁸.

17 Para uma distinção entre direito à saúde e direito à atenção em saúde, conferir: GONZÁLEZ, 1999.

18 A atenção primária normalmente se caracteriza pelo baixo custo por unidade de atenção. É definida na Declaração de Alma-Ata como: “Atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como o país possa arcar em cada estágio de seu desenvolvimento, um espírito de autoconfiança e autodeterminação. É parte integral do sistema de saúde do país, do qual é função central, sendo o enfoque principal do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. É o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível do local onde as pessoas vivem e trabalham, constituindo o primeiro elemento de um processo de atenção continuada à saúde” (DECLARATION OF ALMA-ATA, 1978, tradução nossa).

Não obstante, ainda de acordo com o sanitaria italiano, no período que se seguiu àquela conferência, subverteram-se os propósitos ali assumidos, em razão do que o autor denomina “a globalização enviesada”, a qual significou, em termos de saúde pública, que:

Ao mesmo tempo que o mundo se transformava, começava a era do neoliberalismo: uma corrente de pensamento e de ação propensa a considerar a saúde como uma mercadoria, a criticar os sistemas públicos de saúde como obstáculos à iniciativa privada [...]. A partir dos anos 80, o objetivo da saúde para todos os seres humanos afastou-se do horizonte político. À idéia de que pode ser uma finalidade do desenvolvimento, um multiplicador dos recursos humanos e uma prioridade do compromisso público, opôs-se a tese de que os sistemas universais de cuidados de saúde são um peso para as finanças dos Estados e um obstáculo para o crescimento da riqueza (BERLINGUER, 2008).

Mencionam-se aqui essas considerações de um sanitaria não apenas pela relação que possuem com os argumentos opostos à efetivação de uma atenção em saúde universalista, mas também para introduzir uma questão de ordem fática, com imensas repercussões na tutela jurisdicional do direito à saúde, que é a assunção da saúde como mercadoria.

No mesmo sentido, Dallari e Ventura (2003, p. 35) indicam que o final do século XX viu surgir uma nova concepção de saúde pública. Nela, alguns fatores, como o relativo fracasso das políticas estatais de prevenção e inclusão, o reconhecimento da importância dos comportamentos individuais na determinação do estado de saúde e o predomínio da ideologia neoliberal, fizeram com que os Estados buscassem diminuir seu próprio papel nas políticas de saúde em favor da participação da sociedade por meio de grupos e associações e da própria responsabilidade individual. Ainda segundo as autoras, as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades

não mais em razão dos dados epidemiológicos, mas principalmente em decorrência da análise econômica de custo/benefício.

Essa mercantilização é causa e efeito da já mencionada tecnologia da Medicina. Como causa, influi na eleição das trajetórias tecnológicas que serão trilhadas. Ao entregar ao mercado esta seleção, serão negligenciadas as atenções menos rentáveis a curto prazo, embora, muitas vezes, mais impactantes em termos de saúde pública e possivelmente mais resolutivas, até mesmo economicamente, a longo prazo.

A proteção jurisdicional do direito à saúde não está imune à pressão exercida pelo mercado, fazendo com que se torne extremamente relevante a discussão sobre “qual atenção” se pretende tutelar quando se trata da efetivação do direito à saúde: da atenção primária ou da atenção tecnológica que emerge nesse contexto de mercantilização.

Ainda que no âmbito das declarações formais, se a afirmação internacional do direito à saúde tem imposto aos governos a obrigação de prover cuidados em saúde; por outro lado, a forma de implementação desses cuidados pode diferir grandemente de país para país. Há fundamentalmente dois modelos de prestação da atenção à saúde: o de natureza pública e o de natureza privada. Em tese, em ambos os sistemas, presume-se que haverá condições de acesso garantidas a toda a população pelo Estado. É esta a obrigação que emerge da Conferência de Alma-Ata.

A par do contexto internacional acima descrito, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil resultou, também, imediata e fortemente, de um movimento popular bastante significativo que se formou na sociedade civil brasileira a partir da década de 70 do século XX e que passou a ser designado Movimento da Reforma Sanitária. Deve-se, praticamente, a esse movimento o sistema de saúde delineado

na Constituição, o qual emergiu como proposta na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986 em Brasília¹⁹.

A atenção em saúde até então era vista no Brasil em três contextos distintos: o empresarial, florescente a partir das décadas de 1960 e 1970, com a “privatização da assistência médica promovida pelo Estado” (CASTRO, 2003) e advento das empresas de medicina de grupo; o da previdência social; e o da caridade. Com a Constituição de 1988, o país aderiu ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde passou a ser responsabilidade do Estado, o qual deve prover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, mediante ações e serviços públicos de acesso universal.

O desafio que se pôs de imediato quando da promulgação da “Constituição Cidadã” foi o da efetivação dos dispositivos voltados à garantia dos direitos fundamentais sociais. Isso, no campo da saúde, implicava a estruturação e efetivação do Sistema Único de Saúde, o SUS, constitucionalmente delineado no art. 198 da Constituição Federal (COHN; ELIAS, 2001) e também em uma regulação do setor privado de serviços de assistência à saúde.

Assim, a busca da efetivação do direito fundamental social à saúde passou pela necessidade de sua tutela jurisdicional no controle das omissões do Poder Público, por um lado, e, por outro, na disciplina das relações privadas no setor econômico-privado da saúde.

No campo da atenção à saúde, as esferas pública e privada sempre compartilharam algumas de suas problemáticas. Por exemplo, a incorporação tecnológica em saúde, comum aos sistemas público e privado, ou a da repartição de encargos sociais, que, em um caso, na

19 Para um histórico do Movimento Sanitário Brasileiro e dos antecedentes à Constituição na matéria saúde, conferir: RODRIGUEZ NETO, 2003.

vertente pública, ocorre por meio dos instrumentos fiscais de tributação e realização de despesa pública e, em outro, na vertente privada, por meio dos custos do seguro.

Ademais, observa-se uma convergência de temas, uma vez que, por exemplo, aspectos assistenciais preventivos, que até há pouco só ocupavam as reflexões no espaço público, passaram a ocupar a pauta do seguro privado de saúde. Por outro lado, a racionalização de custos, que sempre foi matéria ligada ao seguro privado, tendo em vista a competitividade do mercado, passou a ocupar a pauta do sistema público de saúde, em razão da necessidade crescente da eficiência administrativa.

Entende-se que, em termos de seus fundamentos, a discussão sobre a realização do acesso à atenção em saúde, bem como a efetivação do direito à saúde, deve prescindir da prévia consideração sobre a natureza do modelo de atenção adotado, público ou privado, permitindo que seja encetada tanto em países de tradição liberal quanto naqueles de tradição social, dicotomia que há de ser ultrapassada.

3.2 O conteúdo do direito à saúde

A saúde humana é objeto de proteção em todos os âmbitos do Direito e também de disciplina em praticamente todos os seus ramos²⁰. O direito à saúde, como direito humano e direito fundamental, compartilha da trajetória destes. Sua apreensão se dá mediante suas diferentes dimensões.

Como direito de primeira dimensão, liga-se à proteção da vida e da integridade humana. A obrigação correspondente é de natureza negativa; trata-se da abstenção de causar dano. Berlinguer (1996, p. 34) refere-se aos “direitos inerentes e inalienáveis” à “preservação da

20 Conferir: ΑΙΓΗ, 2007, p. 127-140.

vida”, inserida na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, para afirmar: “Reivindicar o direito à vida, naquela época, objetivava sobretudo protegê-la do abuso pessoal e do arbítrio legal”. A saúde só vai inspirar direitos de natureza positiva característicos dos direitos de segunda dimensão quando as condições históricas assim o permitirem. O autor ainda afirma que “uma necessidade pode transformar-se em direito apenas quando existem condições históricas (compreendidos também os conhecimentos científicos) para dar-lhes resposta em escala ampla ou universal” (BERLINGUER, 1996, p. 35).

Conforme visto no subtópico anterior, as condições históricas propícias ao reconhecimento do direito à saúde como um direito de segunda dimensão ocorrem, principalmente, com o segundo pós-guerra. A partir daí, o conteúdo do direito à saúde passou a integrar distintos âmbitos de proteção, desde as garantias típicas da primeira geração, contra a indevida agressão – e neste âmbito se teria desde a tutela penal dos delitos contra a pessoa e contra a saúde pública até a polícia administrativa dos produtos e serviços de saúde, cristalizada na atividade da vigilância sanitária –, passando pelas garantias liberais de acesso aos produtos e serviços de saúde, até as garantias típicas da segunda geração de direitos fundamentais, com todas as ações que se voltam a assegurar, ao indivíduo e às sociedades, condições favoráveis de saúde.

Neste campo dos direitos a prestações, o direito à saúde segue sendo um direito bastante vago, como observa a autora argentina Suzana Graciela Cayuso:

A distinção entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos, e apesar de serem consideradas categorias interdependentes, tem conduzido na prática a dar-se menor importância à primeira. Esta tendência se alimenta da falta de clareza conceitual com relação aos direitos que integram essa categoria, questão que impede sua implementação. Dentre esses direitos se encontra

o direito à saúde, o qual se caracteriza por sua particular vagueza, resultante da falta de identificação das obrigações que impõem aos Estados (CAYUSO, 2001, p. 40, tradução nossa)²¹.

A autora aponta a necessidade de que o direito à saúde seja compreendido não meramente como direito de proteção, mas também como direito de prestação. Analisa o tema sob o ponto de vista da Constituição argentina para concluir que:

O objetivo das garantias tradicionais era proteger o indivíduo das ingerências arbitrárias. Os direitos sociais têm por finalidade criar o que deverá proteger. [...] A liberdade exige a possibilidade de optar, portanto, ela não está suficientemente protegida ao assegurar-se a não ingerência estatal, pelo contrário, exige também a criação das condições para a opção. A não criação dessas condições impacta sobre o gozo e a garantia dos direitos fundamentais (CAYUSO, 2001, p. 43-44, tradução nossa)²².

Cayuso, no contexto de seu país, afirma que os direitos tradicionais, isto é, os de primeira geração ou de natureza negativa, habilitam ações do indivíduo perante o Judiciário, ao passo que os direitos à prestação, isto é, os de segunda geração ou de natureza positiva, requerem, em princípio, concreção legislativa. Admite, contudo, que, ante a omissão legislativa, deva-se reconhecer haver um direito *prima facie* a

21 No original: “La distinción entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, y a pesar de ser consideradas categorías interdependientes, ha conducido en la práctica a brindarle a la primera de ellas menor importancia. Esta tendencia se alimenta de la falta de claridad conceptual respecto de los derechos que integran esta categoría, cuestión que impide su implementación. Dentro de ellos se encuentra el derecho de la salud, el cual se caracteriza por su particular vaguedad, resultante de la falta de identificación de las obligaciones que impone a los Estados”.

22 No original: “El objetivo de las garantías tradicionales es proteger al individuo de injerencias arbitrarias. Los derechos sociales tienen por finalidad crear lo que se deberá proteger. [...] La libertad conlleva la posibilidad de optar, por lo tanto ya no resulta suficientemente protegida asegurando la no injerencia estatal sino que exige crear las condiciones para la opción. La no creación de las condiciones impacta sobre el goce y garantía de los derechos fundamentales”.

um mínimo, que habilite o controle da omissão mediante a ponderação dos princípios contrapostos (CAYUSO, 2001, p. 44).

O tema da tutela e do controle judicial será abordado no próximo subtópico, porém, o que se quer ressaltar, com base nas palavras da autora, é que a questão do conteúdo do direito à saúde se conecta diretamente com o conteúdo da contrapartida em obrigações a serem impostas ao Estado, à sociedade e ao próprio indivíduo.

Em benefício da efetividade desse direito, faz-se necessário especificar um pouco mais o seu conteúdo. A tarefa não é fácil, pois as dificuldades começam pela própria largueza do conceito de saúde, conforme visto, definido como um campo aberto, uma meta direcionada ao completo bem-estar físico, mental e social, nunca plenamente atingível, porém sempre passível de incremento. Há, evidentemente, limites fático-temporais, como os expressos por Guilherme Cintra (2008, p. 440):

A saúde trabalha com a idéia do contínuo aumento do bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Esse objetivo constitui uma espécie de ideal regulador, utilizado para nortear o complexo de ações, decisões e procedimentos adotados na área da saúde. Trata-se de um objetivo que possui um sentido ou valor próprio específico para as questões sanitárias, mas que é constantemente submetido a outros condicionantes de natureza política, jurídica e econômica. O aumento do “bem-estar físico, mental e social” das pessoas também depende inevitavelmente da formulação e implementação de políticas públicas, da garantia e defesa de direitos e da administração e aplicação de recursos financeiros em um contexto de escassez.

Na extensão original do conceito de saúde, o direito correspondente confina com os demais direitos de cidadania e com o âmbito da qualidade de vida do cidadão.

[...] é importante reconhecer a amplitude que possui este direito e não defini-lo somente como um direito de acesso à assistência sanitária, mas também às precondições da saúde [...] em determinados

aspectos o direito à saúde se superpõe aos direitos civis e políticos e em outros, aos direitos econômicos, sociais e culturais [...] O conteúdo essencial do direito à saúde é o acesso a certos serviços sanitários básicos que os Estados devem garantir imediatamente, com independência de recursos de que disponha, e se diferencia de outros conteúdos sujeitos a serem garantidos em uma forma progressiva (TOEBES apud CAYUSO, 2001, p. 44, tradução nossa)²³.

Na doutrina nacional, a questão do conteúdo do direito à saúde deveria ser mais pacífica, em face até mesmo do ordenamento constitucional brasileiro, que o reconhece como direito de segunda dimensão. Nessa extensão, o direito à saúde está identificado como o direito à atenção sanitária, esta entendida como o conjunto de ações e serviços que visem a promover, proteger e recuperar a saúde²⁴.

Germano Schwartz (2001, p. 98-99), ao tratar do direito à saúde na legislação brasileira, preocupa-se em extremar, nos termos utilizados pelo constituinte, as ideias que possam ser associadas a uma saúde “curativa”, típica do individualismo liberal, a uma visão mais atualizada de saúde, com seu aspecto social e preventivo e com uma abordagem mais holística do ser humano. Assim, identifica a expressão “risco de doença” do texto constitucional com a ideia de saúde preventiva e “outros agravos” com a impossibilidade de tudo se prevenir em relação à saúde. Enfatiza a expressão “promoção” como o vínculo entre a qualidade de vida e saúde e “proteção” como a necessidade

23 No original: “[...] es importante reconocer la amplitud que tiene este derecho y no definirlo solamente como un derecho de acceso a la asistencia sanitaria sino también a las precondiciones de la salud... en ciertos aspectos el derecho a la salud se superpone con los derechos civiles y políticos y con otros derechos económicos sociales y culturales [...]. El contenido esencial del derecho a la salud es el acceso a ciertos servicios sanitarios básicos que los Estados deben garantizar inmediatamente, con independencia de los recursos de los que dispongan, y se diferencia de otros contenidos que deben garantizar en forma progresiva”.

24 A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, estatui que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

de atuação sanitária em momento anterior à manifestação da doença. Concede ao termo “recuperação” apenas o reconhecimento de que, na ocorrência de certos infortúnios, a saúde deve ser restabelecida mediante um processo “curativo”.

José Luiz Bolzan de Moraes (2003) extrapola o entendimento de saúde meramente como direito de segunda dimensão para inseri-lo também no âmbito dos direitos humanos de terceira dimensão, ou geração, na expressão do autor, referindo-se aos direitos de solidariedade. Assim, poder-se-ia pensar o direito à saúde já não apenas em termos do individualismo liberal ou do igualitarismo social, não somente do ponto de vista de uma saúde “curativa” ou “preventiva”, mas também do ponto de vista dos direitos de solidariedade.

Nessa perspectiva, teríamos como núcleo central a idéia de qualidade de vida, [...] que se expande para além de uma possível percepção holística, apropriando-se dos conteúdos próprios à teoria política e jurídica contemporânea. Talvez possamos vê-la como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver saudável (MORAES, 2003, p. 24).

Ocorre que a reintrodução do componente social e solidário no próprio conteúdo do direito à saúde faz reintroduzir nele, de uma forma mais profunda, a questão da limitação dos recursos sociais e da necessidade da razoabilidade na sua utilização. Quer dizer, pensar o conteúdo do direito à saúde como integrador do caráter social e solidário do ser humano converte em parte essencial do referido direito a consideração do problema do uso racional dos recursos escassos.

Para contemplar um tema, menos frequente nas discussões doutrinárias, das limitações impostas pela escassez no campo privado, deve-se considerar que a escassez referida não é privilégio do sistema

público de saúde ou das finanças públicas. Considere-se ainda que, por vezes, o “bem” pode estar fora do comércio, como ocorre no caso de transplante de órgãos e tecidos humanos, e, de toda forma, o fato de recursos, bens, produtos e serviços de atenção à saúde estarem disponíveis à apropriação e exploração privada não elide a necessidade de responsabilidade na sua utilização.

Uma forma de introduzir o tema no campo do consumo privado de produtos e serviços de saúde é oferecida pela ética do consumo proposta por Adela Cortina, com o conceito de consumo justo, o qual é entendido como o consumo passível de ser universalizável:

Será justo [o consumo] se as pessoas estão dispostas a aceitar uma norma mínima, segundo a qual só se consumirão os produtos que todos os seres humanos possam consumir e que não prejudiquem nem ao resto da sociedade, nem ao meio ambiente. O primeiro critério para discernir se uma forma de consumo é justa consiste, pois, em considerar se ela pode ser universalizada. [...] é consumo ético o que proporciona às pessoas uma vida boa. E aqui conviria trocar esse estúpido *chip*, determinado em identificar a felicidade com o consumo indefinido de produtos do mercado, quando os mais inteligentes já estão de volta e optam pela qualidade de vida em vez da quantidade dos produtos, por uma cultura das relações humanas, do desfrute da natureza, do sossego e paz, totalmente relutante com a aspiração a um consumo ilimitado (CORTINA, tradução nossa)²⁵.

25 Disponível em: <<http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>>. No original: “Será justo [...] si las personas están dispuestas a aceptar una norma mínima, según la cual, sólo se consumirán los productos que todos los seres humanos puedan consumir y que no dañen ni al resto de la sociedad ni al medio ambiente. El primer criterio para discernir si una forma de consumo es justa consiste, pues, en considerar si puede universalizarse. [...] es consumo ético el que proporciona a las personas una vida buena. Y aquí convendría cambiar ese estúpido chip, empeñado en identificar la felicidad con el consumo indefinido de productos del mercado, cuando los más inteligentes ya están de vuelta y optan por la calidad de vida frente a la cantidad de los productos, por una cultura de las relaciones humanas, del disfrute de la naturaleza, del sosiego y la paz, totalmente reñida con la aspiración a un consumo ilimitado”.

Presentemente, parece tratar-se de um limite, sobretudo, moral, mas que certamente evoluirá para uma disciplina jurídica. No campo da saúde, os produtos e serviços de atenção à saúde podem ser objeto da atividade econômica privada lucrativa. No caso brasileiro, com a expressa permissão constitucional do art. 197. A saúde humana, todavia, não é, e não pode ser considerada, uma mercadoria qualquer, devendo recair sobre sua exploração comercial um especial controle e supervisão pelo Estado.

Definir ou delimitar o conteúdo do direito à saúde é, em grande parte, firmar um compromisso e um equilíbrio entre o objetivo ideal expresso no conceito de saúde como completo estado de bem-estar físico, mental e social e as possibilidades de sua realização, em termos igualitários, em face das condicionantes econômicas, sociais e políticas que governam a vida em sociedade.

Assim, à semelhança do que ocorre com o próprio conceito de saúde, o conteúdo do direito à saúde, vedado o retrocesso na proteção social, deve ser permanentemente construído e reconstruído, com base na realidade fática e orientado pela ideia da busca do máximo bem-estar e qualidade de vida individual e social possível, assegurado o acesso equitativo.

O equilíbrio entre o bem-estar e a qualidade de vida individual e social há de ser mediado por princípios que tenham em conta a promoção da equidade no acesso aos bens sociais correspondentes, quer pelo sistema público, quer pelo sistema privado de atenção à saúde.

4 Conclusões

Resulta que a participação popular e cidadã na construção do direito à saúde, mais do que uma exigência do direito fundamental à

participação popular, é também uma necessidade imposta pelo próprio conceito de saúde.

A análise desse conceito, de fato, revela a necessidade de considerar não apenas as necessidades, mas também os desejos, anseios e ambições humanas e as capacidades necessárias para a realização de seus projetos de vida. Revela ainda que a permeabilidade do meio social aos agravos e o fato de que a saúde humana não se resume às funcionalidades físico-biológicas, mas também às funcionalidades mentais e sociais relacionadas com aqueles anseios e capacidades e com os modos e estilos de vida, determinam que as condicionantes da saúde só possam ser entendidas no espaço social e que a assunção de responsabilidades individuais e sociais por parte dos destinatários da atenção à saúde integrem a própria concepção de direito à saúde.

A tutela da saúde pelo Direito perpassa por todas as dimensões dos direitos fundamentais. Como direito de primeira dimensão, impõe o dever de respeito à vida e à integridade biopsíquica de toda pessoa humana, protegendo-a de toda indevida agressão. Como direito de segunda dimensão, impõe o dever de promoção das condições mínimas que permitam a cada indivíduo o desenvolvimento pleno de suas capacidades para realização de seus projetos de vida. Por fim, como direito de terceira dimensão, projeta-se para além da perspectiva da liberdade e igualdade individual, alcançando, como direito difuso e coletivo, proteger a vida humana digna em sociedade, conectando o tema da saúde à pauta ambiental, ecológica, da preservação da paz e da identidade cultural, entre outras, no campo dos direitos de solidariedade.

A construção de um sistema justo de acesso aos bens sanitários é tarefa que incumbe a toda a sociedade na permanente construção e reconstrução do conceito de saúde e de direito à saúde e está umbilicalmente atada à questão da cidadania ativa, em que usuários/con-

sumidores se convertem em agentes de transformação da sociedade, pela percepção de que os produtos e serviços de atenção à saúde não constituem meramente uma mercadoria, senão que integram aquela soma de recursos sociais que, por sua escassez, exigem responsabilidade em sua utilização, adotando-se medidas e comportamentos de racionalização de custos da assistência, em benefício de todos.

Referências

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta; CASSIOLATO, José Eduardo. *As especificidades do sistema de inovação do setor saúde: uma resenha da literatura como introdução a uma discussão sobre o caso brasileiro*. São Paulo: USP, 2000. (Estudos FESBE I).

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde uma discussão a partir da literatura sobre economia e tecnologia. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 277-294, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n2/20385.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2009.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE EDUCACIÓN EN SALUD PÚBLICA. I Conferencia Panamericana de Educación en Salud Pública. XVI Conferencia de ALAESP. *Informe final*, Rio de Janeiro, ago. 1994.

BERLINGUER, Giovanni. *Ética da saúde*. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.

BERLINGUER, Giovanni. *Globalização, equidade e saúde*. Conferência proferida no 2º Fórum Regional de Saúde do Algarve sob o tema “Globalização e Saúde”, maio 2008. Disponível em:

<http://www.arsalgarve.minsaude.pt/site/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=258&Itemid=113>. Acesso em: 14 jun. 2009.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde/ Faculdade de Direito da Universidade de Brasília/ Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. p. 379-390.

CAYUSO, Suzana Graciela. *El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación*. In: FARINATI, Alícia (Coord.). *Salud, derecho y equidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 29-45.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 435-445.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. *Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços*. 4. ed. São Paulo: Cortez/ CEDEC, 2001.

CORTINA, Adela. *Ética del consumo*. Disponível em: <<http://webs.uvigo.es/consumoetico/eticadelconsumo.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 91-100.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

DANIELS, Norman. *Just health care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DECLARATION OF ALMA-ATA, 1978. Disponível em: <http://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2008.

DOSI, Giovanni. Sources, procedures and microeconomics effects of innovation. *Journal of economic literature*, v. 26, p. 1120-1171, sept. 1988.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. *McGill Law Journal*, v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993.

GONÇALVES, Janaína Barbier. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2009.

GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. *Doxa*, n. 22, 1999. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MORAES, José Luis Bolzan de. O direito da saúde. In: SCHWARZT, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 11-25.

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth O. *Redefining health care*. Harvard Business School Press, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. *A desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIDAL, Susana. *Introducción general y antecedentes*. In: Curso de Bioética Clínica y Social del Programa de Educación Permanente de Bioética de UNESCO. Redbioética-UNESCO, 2009.

WORLD BANK. *World Development Report 1993: investing in health*. Oxford: Oxford University. 1993. Disponível em: <<http://files.dcp2.org/pdf/WorldDevelopmentReport1993.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION CONSTITUTION, 1946. Disponível em: <<http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008).

A ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas

Antonio Januário do Rêgo Filho

Assessor no Ministério Público da União, lotado na Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte; bacharel em Direito.

Resumo: O presente artigo, cujo objeto de estudo é a ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas, visa a analisar a possibilidade de utilização da mencionada ação cível como instrumento para coibir os administradores públicos a darem cumprimento às normas constitucionais programáticas e aos princípios constitucionais. Buscou-se demonstrar que a intervenção judicial na formulação de políticas públicas, embora possa parecer – para aqueles contrários à ideia – uma violação ao princípio da separação dos Poderes, expresso no art. 2º da Carta Magna, é, em verdade, uma manifestação de um ativismo judicial inovador que tem por objetivo maior a materialização dos direitos fundamentais, a partir da concepção do caráter normativo da Constituição e do poder vinculante dos princípios constitucionais. O estudo tem por base o método dedutivo, haja vista que se principiou a partir de conceitos jurídicos e pesquisa bibliográfica. Analisou-se a teoria da reserva do financeiramente possível e suas implicações na implementação de políticas públicas, com enfoque no problema das dotações orçamentárias. Por fim, abordou-se o papel do Ministério Público (MP) na implementação de políticas públicas, fundamentando sua legitimidade para provocar o Judiciário para tal finalidade. Concluiu-se que, diante da supremacia da Constituição sobre os três Poderes da República, é de se admitir que o Estado tem o dever de cumprir os mandamentos constitucionais, materializando os direitos fundamentais e que, em caso de ação ou omissão que se afigurem inconstitucionais, deve o Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas que os tornem efetivos.

Palavras-chave: Ação civil pública. Políticas públicas. Controle judicial.

Abstract: This article whose subject matter is the public civil action and judicial review of public policies, aimed at examining the

possible use of the above civil action as a tool to curb public officials to comply with constitutional rules and program of constitutional principles. We tried to demonstrate that judicial intervention in public policy formulation, though it may seem – to those hostile to the idea – a violation of the principle of separation of powers as expressed in art. 2º of the Constitution, is in fact a manifestation of an innovative judicial activism which aims at the materialization of the most fundamental rights from the normative conception of the Constitution and the power of binding constitutional principles. The study is based on the deductive method, considering that it began from legal concepts and literature. We analyzed the theory of financial reserves and possible implications for public policy implementation, focusing on the problem of budget allocations. Finally, we dealt with the role of prosecutors in the implementation of public policies, basing its legitimacy to lead the judiciary for this purpose. It was concluded that, given the supremacy of the Constitution on the three branches of government, is to admit that the state has a duty to comply with the constitutional provisions giving effect to the fundamental rights and, if the action or omission that is likely to be unconstitutional, the Judiciary must intervene in the formulation of public policies that make them effective.

Keywords: Class actions. Policies. Judicial review. Rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre a ação civil pública. 3 O conceito de política pública. 4 O controle judicial de políticas públicas. 4.1 O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais. 4.2 Controvérsias sobre o dogma da separação dos Poderes. 4.3 Teoria da reserva do financeiramente possível. 4.3.1 O problema das dotações orçamentárias. 4.4 Legitimação da intervenção judicial. 5 O Ministério Público e o controle judicial de políticas públicas. 5.1 Autonomia institucional do Ministério Público. 5.2 Legitimação do Ministério Público para intervir em políticas públicas. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente trabalho, cujo objeto de estudo é a ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas, visa a analisar a

possibilidade de utilização da mencionada ação cível como instrumento processual para coibir os administradores públicos a darem cumprimento às normas constitucionais programáticas e aos princípios constitucionais.

A questão que ora se coloca vem gerando nos últimos anos intensos debates travados por defensores e opositores do intervencionismo judicial nas questões envolvendo a formulação de políticas públicas. A intervenção judicial na formulação de políticas públicas, embora possa parecer – para aqueles contrários à ideia – uma violação ao princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal de 1988, é, em verdade, uma manifestação de um ativismo judicial inovador que tem por objetivo maior a materialização dos direitos fundamentais, a partir da concepção do caráter normativo da Constituição e do poder vinculante dos princípios constitucionais, os quais permitirão ao magistrado intervir diante de um quadro de ação ou omissão estatal que se afigure inconstitucional.

Destarte, tornam-se pertinentes as seguintes indagações: quais os limites da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas? A intervenção judicial na formulação de políticas públicas viola o princípio da separação dos Poderes? E, por fim, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais e de sua força vinculante é suficiente para legitimar a atuação do juiz na formulação de políticas públicas?

E daí advém a problemática central que é a importância do controle judicial de políticas públicas, no que se refere à concretização dos direitos fundamentais e ao respeito aos princípios constitucionais e sua efetiva aplicação na materialização de tais direitos.

O presente trabalho tem relevante importância na prática processual porque aborda um mecanismo de tutela coletiva que

prima pela economia processual, na medida em que possibilita a defesa dos interesses de toda uma coletividade de indivíduos em um único processo. Desta feita, a relevância social do estudo está no fato de que a ação civil pública é um instrumento de defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tais como meio ambiente, direitos dos consumidores e direitos das pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais, sendo, portanto, um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais. Do ponto de vista acadêmico, este estudo pretende apontar algumas controvérsias acerca do assunto em tela a fim de servir como fonte para futuras pesquisas científicas e acadêmicas, contribuindo de forma singela para o ordenamento jurídico brasileiro em sua busca incessante de materialização dos direitos fundamentais.

Espera-se demonstrar a importância da utilização da ação civil pública para a provocação do Poder Judiciário para que este interfira na formulação de políticas públicas, com o escopo de assegurar a supremacia da Constituição Federal, tendo por base o reconhecimento da força vinculante dos princípios constitucionais e a concretização material dos direitos fundamentais. Serão expostos, de modo sucinto, os princípios que dão suporte à intervenção judicial em políticas públicas, bem como será apresentada a concepção de políticas públicas no Direito brasileiro, além de serem identificadas as controvérsias existentes acerca da intervenção judicial em políticas públicas e suas implicações jurídicas. Demonstrar-se-á o cabimento da ação civil pública como meio processual de controle judicial de políticas públicas.

O assunto em comento vem levando doutrinadores e tribunais a se manifestarem de forma controversa, tendo por base não só a legislação, mas também a adequação do Direito à realidade ora existente.

A pesquisa é feita à luz da Constituição Federal, sendo esta o principal referencial teórico, uma vez que a Carta Magna instituiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no Título I – Dos Princípios Fundamentais –, em seu art. 3º, incisos I a IV, bem como reconheceu a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, em seu art. 5º, § 1º.

Há, também, diversos princípios e artigos presentes na Lei Fundamental que dão embasamento à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e o da supremacia da Constituição.

Portanto, há um vasto campo de pesquisa no que se refere ao fundamento constitucional que assiste ao problema em comento, haja vista ser necessário que o Estado Democrático de Direito consagre o princípio que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à doutrina, o assunto é recente e bastante polêmico, o que leva a um amplo debate e à formação de diversos posicionamentos acerca do assunto. Por um lado, há doutrinadores que entendem que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas teria como consequência a violação do princípio da separação dos Poderes, gerando uma situação de indevida ingerência do Judiciário nos assuntos de competência exclusiva do Poder Executivo. A harmonia entre os Poderes seria rompida, provocando um caos político e jurídico. De tal entendimento, participa Frontini (2002, p. 742-743 e 745-746):

[...] O atributo de independência do Poder significa que, em seu âmbito de atuação, cabe-lhe tomar as deliberações que entende adequadas, segundo critério próprio, cuja apreciação é vedada aos

demais Poderes. [...] Ao Poder Executivo compete exercer a direção superior da administração federal, destacando-se, nesse ponto, a competência para remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional (art. 84, XI), exercer o comando supremo das Forças Armadas (art. 84, XIII) e enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento. Por evidente que os critérios que vão inspirar e nortear essas, entre outras providências, situam-se no âmbito interno do Poder Executivo, segundo critérios de conveniência e oportunidade que lhe são próprios e que são insuscetíveis de apreciação pelos outros Poderes. Eis aí no que se notabiliza a independência do Poder Executivo. Esses critérios constituem a matriz das políticas públicas que o Poder Executivo vai adotar e que, na democracia, hão de corresponder ao que foi apresentado ao eleitorado como plataforma (proposta) de governo. [...] Bem se percebe, por aí, que sérias responsabilidades vêm à tona quando se coloca a hipótese de ação civil pública em face de agentes políticos, especialmente se está em causa a prática de atos que se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa. [...] A gravidade do problema fica destacada pela circunstância de que a intromissão, por via judicial, em questões internas de alçada do Poder Executivo – o que sempre é admissível se há fraude ou desrespeito à lei – é questão altamente sensível, já que interfere diretamente numa das *cláusulas pétreas* da Constituição, como se lê no art. 60, § 4º, III.

Corroborando essa assertiva, observa-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca de um caso em que o Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou ação civil pública em face do Estado de Goiás, na qual formulou pedido de obrigação de fazer, consistente na construção de um centro de recuperação e triagem de menores:

[...] o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas. [...] haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para execução da obra reclamada (STJ, Recurso Especial n. 63.128-9/GO, Sexta Turma, rel. min. Adhemar Maciel).

Contudo, apesar de tais posicionamentos, a inércia do Poder Executivo, que deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos constitucionais – e aí se incluem os direitos sociais como educação, saúde e moradia –, de modo a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, configura inconstitucionalidade por omissão, uma vez que houve o descumprimento do dever de prestação que a Constituição lhe impôs, o que legitima a intervenção do Poder Judiciário, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva

fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário (STF, ADI n. 1458 MC/DF, T. Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. em 23.5.1996, *DJ* de 20 set. 1996).

Nesse diapasão, o reconhecimento do caráter normativo da Constituição implica a existência de deveres a serem cumpridos pelo Estado na forma de prestações positivas e negativas. Por exemplo, ao preceituar que a saúde é dever do Estado, o constituinte originário impôs aos gestores públicos a obrigação de executarem políticas públicas que materializem o direito à saúde para a população.

Por vezes, ocorrem limitações de ordem material que impossibilitam o cumprimento imediato desse dever. É o que ocorre, v.g., na situação das pessoas que sofrem de doenças que não encontram, atualmente, nenhum tratamento médico que viabilize a cura efetiva. O Estado não pode, nesses casos, ser compelido a cumprir algo que está além do próprio conhecimento científico contemporâneo.

Por outro lado, dispondo o Estado de recursos materiais (métodos de tratamento médico eficazes, tecnologia, profissionais habilitados etc.), não pode ele se negar a dar cumprimento aos ditames constitucionais garantidores do direito à saúde.

Assim, há vários doutrinadores que defendem o controle judicial de políticas públicas como instrumento para a materialização dos direitos fundamentais, bem como para se obter a prevalência da Constituição Federal. Oportuno ressaltar as conclusões de Freire Júnior (2005, p. 128-129):

As políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm acompanhados

de instrumentos para efetivá-los. [...] Verifica-se, a partir da força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição. [...] A Constituição prevê peremptoriamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente a lei, mas sim atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle, do que se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. [...] A reserva do possível vem sendo um dos principais óbices à efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. [...] Há vários modos de se analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula supralegal de descumprimento da Constituição e há o modo de enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais. [...] A reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissária com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Destarte, a leitura que vem surgindo sobre o tema é de extrema importância, uma vez que questiona o dogma da separação dos Poderes, colocando muitas vezes em debate o seu caráter rígido em afronta à prevalência da lei fundamental que é a Constituição Federal. Corroborando o entendimento de Freire Júnior, Dias (2007, p. 160) expressa que

o controle judicial tem sua importância maximizada pelo primado da submissão do Estado à ordem jurídica e, mais precisamente, ao conteúdo dos Textos Constitucionais, notadamente no que diz respeito à consagração dos direitos fundamentais em seu bojo. [...] A produção das políticas pelo Estado parte do exercício livre da visão teleológica a respeito dos interesses e objetivos de uma sociedade e, por isso, estão referendados pelo sistema democrático e, é claro, por seu sistema de referência eleitoral de base majoritária. Essa

liberdade, contudo, não é absoluta, pois expressamente no nosso problema encontra limites na garantia da proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a linha de ação política encontra um entorno bem definido que é exatamente o respeito àqueles direitos.

Por fim, diante dos posicionamentos supra, convém ressaltar que os tribunais já vêm mudando a concepção de políticas públicas como matéria afeta ao exclusivo âmbito do Poder Executivo, sobrepondo a supremacia constitucional em detrimento dos argumentos que pretendem excluir da apreciação do Poder Judiciário a forma de sua implementação.

2 Considerações sobre a ação civil pública

Prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a ação civil pública, espécie de ação representativa, surgiu como um instrumento processual de proteção a interesses difusos da sociedade, impedindo ou reprimindo danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como infrações da ordem econômica, conforme dispõe o art. 1º da referida lei. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), houve uma extensão da atuação desta ação, que passou a ser cabível também para proteger interesses coletivos e individuais homogêneos.

A ação civil pública encontra suas raízes históricas nas *class actions* e nas *representative actions* do Direito inglês, as quais foram criadas pelo *Bill of Peace* do século XVII, em juízos de equidade. Trata-se de ações de classe que foram criadas para proteger interesses metaindividuais, que transcendem à esfera de interesses de um único indivíduo. Segundo Dinamarco (2001, p. 25),

As *representative actions*, do direito inglês, eram admissíveis quando a) o número de pessoas envolvidas fosse tão grande que o litisconsórcio seria impraticável; b) todos os membros do grupo tivessem

interesse comum na questão sendo julgada; e c) as partes presentes estivessem representando adequadamente as ausentes.

O objeto da ação civil pública são os interesses ou direitos metaindividuais, que se dividem em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tais interesses foram conceituados pelo legislador no art. 81, parágrafo único e incisos, do CDC, da seguinte forma: a) *interesses ou direitos difusos* são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (ex.: direito a um meio ambiente sadio); b) *interesses ou direitos coletivos* são entendidos como os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (ex.: direito de um grupo de funcionários de uma determinada empresa a um meio ambiente do trabalho sadio); c) *interesses ou direitos individuais homogêneos* são entendidos como os decorrentes de origem comum (ex.: direitos dos consumidores lesados pelo produto defeituoso de uma empresa).

3 O conceito de política pública

As políticas públicas são o conjunto de medidas planejadas e executadas pelo Estado-administração com a finalidade de materializar os direitos fundamentais. Para Mânica (2007, p. 2), “Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos”. Mancuso (2002, p. 776-777) assim define política pública:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

4 O controle judicial de políticas públicas

4.1 O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais

Durante o período liberal, as constituições eram documentos de organização política que disciplinavam a separação dos Poderes, organizavam a estrutura de um Estado e declaravam direitos fundamentais. Porém, nessa fase da evolução constitucional, as normas que definiam os direitos fundamentais nas constituições eram tidas como meras diretrizes, conforme assevera Jeveaux (2005, p. 15), “[...] que dependiam de lei infraconstitucional para sua concretização [...]”. O Estado Liberal de Direito, pautado no princípio da legalidade, era caracterizado pela imposição de autolimitações e de prestações negativas, que tinham por fim resguardar as liberdades individuais.

Esse absentéismo do Estado contribuiu para a criação de um sistema capitalista baseado puramente na lei da oferta e da procura e da livre contratação, o que implicou a redução de homens, mulheres e crianças a meros instrumentos de produção, que enfrentavam longas jornadas de trabalho em troca de míseros salários. Segundo pontificou Zippelius (1997, apud FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 24):

[...] fracassou a idéia otimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis. A benção de uma economia que se desenvolvesse sem restrições por parte do Estado revelou-se, para milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana. Os empresários e operários eram, sem dúvida, juridicamente livres de celebrar e rescindir contratos de trabalho, mas em termos econômicos esta liberdade consistia para o operário na escolha entre

trabalhar sob condições muitas vezes mais que indignas ou morrer de fome.

Em vista de sua insustentabilidade, o Estado Liberal de Direito deu lugar ao Estado Social de Direito (*Welfare State*). Conforme leciona Freire Júnior (2005, p. 25), “Verificou-se, então, a necessidade de uma efetiva intervenção estatal com o desiderato de materializar os sonhos de garantia de direitos como vida, saúde, alimentação e quejandos”. Nesse modelo, é responsabilidade do Estado assegurar a materialização dos direitos fundamentais por meio de sua intervenção direta na sociedade. Porém, como assevera o mencionado autor,

[...] a teoria das normas de eficácia programática contribuiu decisivamente para esvaziar a efetivação de muitos direitos de segunda geração, visto que, apesar de reconhecida a necessidade de intervenção estatal, a eventual omissão estatal na implementação desses direitos não era sancionada satisfatoriamente (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 26).

Ante a ausência de mecanismos que tornassem efetivos os direitos sociais, que ainda se encontravam no campo de programas de governo, o Estado do Bem-Estar Social entrou em crise. Em face disso, houve uma reformulação do papel do Estado, o que resultou na construção do Estado Democrático de Direito, o qual, segundo Freire Júnior (2005, p. 26-27), objetivava “[...] oferecer soluções qualitativamente superiores aos demais estádios do constitucionalismo. [...] A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de se fazer normativa e não meramente simbólica”.

Feita esta breve digressão histórica, impende agora abordar o tema relativo ao caráter normativo da Constituição e perquirir como essa concepção interfere nos deveres do Estado.

O reconhecimento do caráter normativo da Constituição implica a existência de uma vinculação direta dos três Poderes da República no que concerne ao dever de materialização dos direitos fundamentais declarados na Carta Magna. Como bem assevera Freire Júnior (2005, p. 38), “a principal característica do movimento constitucionalista foi, sem dúvida alguma, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico”. Nesse diapasão, ao reconhecer formalmente os direitos fundamentais, a Constituição não pode ser tida como uma mera carta de intenções, desprovida de cogência.

Deve, sim, ser tida como a expressão máxima do poder delegado pelo povo ao Estado. Na medida em que confere poderes, a Constituição também impõe deveres ao Estado, que devem ser cumpridos na forma de prestações positivas. Ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), a Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado o dever de efetivá-las. Nesse aspecto, pontifica Konrad Hesse (1991, p. 19):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Assim, coube ao Poder Executivo a tarefa de implementar as políticas públicas que materializassem tais direitos. Porém, diante

da omissão inconstitucional do Executivo, bem como da falta de resposta do Poder Legislativo, cada vez mais distante dos anseios sociais, sempre menosprezados após o término do sufrágio universal, torna-se necessária, conforme preceitua Freire Júnior (2005, p. 39), “[...] uma releitura da separação dos Poderes como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito”. E acrescenta que esta releitura “[...] busca, especialmente, redimensionar a função judicial na materialização da Constituição, pois a Carta Magna escrita não pode, na verdade, ser mera folha de papel tão acidamente criticada por Lassale” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 39).

Conforme proposta do autor, o Poder Judiciário, na medida da necessidade de tornar efetivas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, poderia intervir na formulação de políticas públicas, até então restritas ao campo do mérito administrativo. A atuação do Judiciário estaria pautada nos princípios constitucionais, que também são vinculantes. Assim, fugindo ao dogma do velho positivismo, que considerava o juiz apenas a boca da lei, os princípios constitucionais – como o princípio da dignidade da pessoa humana – revelam-se como vetores que legitimam o Judiciário a intervir na formulação de políticas públicas necessárias para a materialização de direitos fundamentais. Destrinchando o tema, Freire Júnior (2005, p. 43) arremata que “os princípios provocam irrefutavelmente uma postura distinta do juiz, uma vez que a ‘densificação’ da norma pode (deve) ocorrer diretamente por meio do juiz”.

4.2 Controvérsias sobre o dogma da separação dos Poderes

A teoria da separação dos Poderes foi exposta na obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, que teorizou um modelo de

Estado caracterizado por uma descentralização do poder em três órgãos estatais, independentes e harmônicos.

O princípio da separação dos Poderes¹ encontra sua razão de existir na necessidade de impor limites aos detentores do poder. A concentração do poder em um único órgão representativo do Estado implicaria notável fragilidade das liberdades individuais. Isso porque o excesso de poder conduz ao abuso por parte de quem o detém. Nesse sentido, leciona Bonavides (2007, p. 555-556) que o princípio da separação dos Poderes tem como virtude

limitar e controlar poderes, refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade é tão-somente a Nação política organizada, sob a égide de um Estado de Direito.

Nos países que adotaram o regime de governo republicano, a Constituição divide os Poderes da República em Executivo, Legislativo e Judiciário. A finalidade precípua dessa tripartição é instalar um sistema de freios e contrapesos, inspirado na teoria do *Checks and Balances*, originada no Direito norte-americano. Essa estruturação permite a descentralização do poder e a fiscalização de um Poder estatal sobre outro, no tocante ao cumprimento da Constituição.

A doutrina e a jurisprudência têm apresentado grandes controvérsias quando se coloca em discussão o controle judicial de políticas públicas e o princípio da separação dos Poderes.

1 Ao discorrer sobre o tema, Freire Júnior (2005, p. 37) aduz que, no modelo de Estado brasileiro, “a nomenclatura separação de poderes não deve prosperar, uma vez que, efetivamente, o poder estatal é uno. [...] Há, portanto, em nosso país uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os ‘poderes’ estão abaixo da Constituição”.

Parte da doutrina considera uma violação ao disposto no art. 2º da Carta Magna a intervenção judicial em políticas públicas, uma vez que estas se encontram entre as matérias afetas ao âmbito do mérito administrativo, de modo que cabe ao gestor público decidir, com base em juízos de conveniência e oportunidade, quais as políticas a serem implementadas e qual o momento mais apropriado. É o caso de Frontini (2002, p. 744), o qual argumenta que

[...] cabe ao Poder Executivo formular e executar as políticas públicas a serem desenvolvidas nos vários e amplos setores em que o Estado age. E a adoção de políticas públicas é matéria que se insere na competência interna e exclusiva do Poder Executivo. Assim, as deliberações do governo, enquanto age ele dentro do cumprimento normal e de boa-fé de sua independência constitucional, adotando decisões de conveniência e oportunidade que lhe são próprias e exclusivas, ficam resguardadas da ingerência dos demais Poderes. As decisões do Poder Executivo, assim assumidas, ficam subtraídas à apreciação ou interferência dos demais Poderes.

E prossegue, mais à frente, o mencionado autor: “[...] o desrespeito à prerrogativa de independência de um Poder envolve questão constitucional, por atentar contra o art. 2º da Constituição” (FRONTINI, 2002, p. 746). Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão:

Administrativo. Processo civil. Ação civil pública. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força

de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido (REsp n. 169.876/SP, Primeira Turma, rel. min. José Delgado, j. em 16.6.1998, *DJ* de 21 set. 1998, p. 70)².

Não obstante os entendimentos em contrário, consideramos inexistir inconstitucionalidade na intervenção judicial em políticas, quando esta tiver por fim garantir a concretização de direitos fundamentais. Como bem observa Freire Júnior (2005, p. 38), “[...] a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”. Como destacado em momento anterior, existe em nosso país, em verdade, uma separação de funções, uma vez que o poder é uno. De qualquer modo, todo poder está abaixo da Constituição e, portanto, lhe deve obediência.

A jurisprudência vem-se abrindo à tese da judicialidade das políticas públicas, conforme se observa em trecho da decisão pro-

2 No mesmo sentido: “Constitucional – Administrativo – Ação civil pública – Poder discricionário da administração – Exercício pelo juiz – Impossibilidade – Princípio da harmonia entre os poderes. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento” (REsp n. 252.083, Segunda Turma, rel. min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 31.5.2000, *DJ* de 26 mar. 2001).

ferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF n. 45 – MC/DF, da qual foi relator o ministro Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “*não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*” (RTJ n. 175/1212-1213, rel. min. Celso de Mello). [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a via-

bilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado³ [g.n.].

Esse novo posicionamento jurisprudencial revela a necessidade de se conferir maior efetividade às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Passados mais de 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que tais direitos, especialmente os direitos sociais arrolados no art. 6º, ainda estão longe de apresentar o grau de concretude que se espera em um Estado Democrático de Direito.

4.3 Teoria da reserva do financeiramente possível

Tem-se observado que, nas demandas judiciais cujo objeto é a imposição ao Estado de uma obrigação de fazer específica em matéria de política pública, um dos argumentos comumente utilizados pelos entes federativos que ocupam o polo passivo da ação é o da reserva do financeiramente possível. Segundo o magistério de Mânica (2007, p. 13),

A teoria da reserva do possível [...] não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

Sobre a reserva do financeiramente possível, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em sede da ADPF n. 45/DF, da qual foi relator o ministro Celso de Mello:

3 Noticiado no Informativo n. 345 do STF, de 26 a 30 de abril de 2004.

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substanciador do “*mínimo existencial*”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (STF, ADPF n. 45 – MC/DF, rel. min. Celso de Mello, j. em 29.4.2004, DJ de 4 maio 2004, p-00012)⁴.

Inferre-se dos argumentos expostos no julgado transcrito que a cláusula da reserva do possível não pode ser tida como uma defesa

- 4 Na fundamentação, aduziu o relator, ministro Celso de Mello: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘*reserva do possível*’ [...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘*reserva do possível*’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” [g.n.].

absoluta do Estado, devendo este demonstrar efetivamente a impossibilidade material de adimplir a prestação que lhe foi imposta⁵.

4.3.1 O problema das dotações orçamentárias

Para implementar políticas públicas que tornem efetivos os direitos fundamentais, o Estado precisa dispor de recursos financeiros para investir. Esse tem sido o grande problema quando se fala na consecução dos direitos sociais, uma vez que, para garantir o direito de moradia, v.g., é necessário haver dinheiro para construir casas. Ocorre que a Administração precisa lidar com as crescentes necessidades da sociedade valendo-se de recursos limitados, o que acaba por comprometer a efetividade de tais direitos. Conforme Bonavides (2007, p. 564), os direitos de segunda geração (entre eles os direitos sociais)

passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de recursos.

Considerando que os recursos dos quais o Estado dispõe para a aplicação em políticas públicas são limitados, devem-se eleger

5 O ministro Celso de Mello resumiu bem as condições para que o Estado possa valer-se da cláusula da *reserva do possível*: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. [...] Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos*” [g.n.].

prioridades nos gastos públicos. E as prioridades de um Estado de Direito devem ser exatamente a implementação de medidas que materializem os direitos fundamentais, principalmente os direitos econômicos e sociais, tidos pela doutrina como o *mínimo existencial*. Para Marcos Maselli Gouvêa (2003, p. 257),

Consiste o *mínimo existencial* de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.

É inegável que, embora existam situações de colisão entre opções legítimas de investimentos, amparados em preceitos constitucionais definidores de direitos fundamentais – como, por exemplo, construir uma escola (direito fundamental à educação) ou construir um hospital (direito fundamental à saúde) –, há casos, porém, em que é gritante o desvirtuamento na aplicação de recursos públicos, como se observa na aplicação de somas consideráveis em propaganda governamental. Infelizmente, o velho jargão empresarial, segundo o qual “a propaganda é a alma do negócio”, vem sendo sistematicamente utilizado pelos gestores públicos que, volta e meia, utilizam-se da propaganda institucional, que deveria ter caráter meramente informativo, educativo ou de orientação social⁶, para fins de promoção pessoal, objetivando garantir uma futura reeleição⁷. Conforme aduz Choukr (2008, p. 437),

6 A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, § 1º).

7 Nesse aspecto, assevera Freire Júnior (2005, p. 74): “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os

[...] na complexa relação entre governança e política quando das escolhas concretas extraídas da pauta genérica da plêiade de opções que o governante pode atuar, está o reduto não apenas jurídico, mas ético, dos Direitos Fundamentais que, como fruto de uma igualmente complexa tessitura que se projetará, num determinado momento, também no jurídico como fruto do político, impõem uma ordem na escala de opções na governabilidade, não se podendo compreender, assim, que o governante momentâneo seja, como no velho figurino o era, absolutamente desapegado a quaisquer amarras na realização concreta da gestão da coisa pública, a dizer, na alocação dos recursos supramencionados de modo a constituir as “políticas públicas”.

Não podemos deixar de atentar, neste ponto, para o impacto que a Emenda Constitucional n. 58/2009, publicada no *Diário Oficial da União*, Seção 1, n. 183, do dia 24 de setembro de 2009, irá acarretar sobre os orçamentos dos municípios. A referida emenda promoveu alteração na redação do inciso IV do *caput* do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal, tratando, assim, das disposições relativas à recomposição das câmaras municipais. Ocorre que as alterações resultaram em um considerável aumento no número de vereadores que irão compor as câmaras municipais. Consequentemente, haverá um expressivo aumento nos gastos públicos com a remuneração dos novos vereadores e dos assessores que irão compor os respectivos gabinetes⁸. Apesar da aparente

direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder”.

- 8 Cabível mencionar as constatações feitas por Kiyoshi Harada (2007, p. 279): “O Legislativo municipal, ainda, deve sujeitar-se aos seguintes limites constitucionais: a) o total das despesas com vereadores não pode ultrapassar o montante de 5% da receita municipal (art. 29, VII, da CF); b) o total das despesas do Poder Legislativo, incluídos os subsídios dos vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os percentuais que variam de 8% a 5% conforme o número de habitantes do Município, relativos ao total da receita municipal, efetivamente realizada no exercício anterior (art. 29-A da CF); c) finalmente, a Câmara Municipal não poderá gastar mais que 70% de sua receita (dotação consignada na LOA) com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus vereadores (§ 1º do art. 29-A

disponibilidade de caixa existente para cobrir tais despesas, causa espanto saber que nos hospitais da rede pública de saúde faltam médicos para a realização de procedimentos cirúrgicos indispensáveis; que nas escolas faltam professores para atender ao grande número de alunos que, não raramente, voltam da escola sem terem assistido a uma única aula; que existem postos de policiamento desativados, devido à falta de policiais, em áreas urbanas com problemas críticos segurança.

Tendo em vista a considerável arrecadação do Estado, fruto de uma pesada carga tributária, é de concluir-se que recursos existem, mas são mal direcionados. Oportuno transcrever decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se enfrenta o problema das dotações orçamentárias:

Decisão: Creche e pré-escola – Obrigação do estado – Imposição – Inconstitucionalidade não verificada – Agravo desprovido. [...] Atendem os dirigentes brasileiros para a advertência inserta no acórdão impugnado mediante o extraordinário: O estado caótico por que passam a educação, a saúde e a segurança é exemplo marcante do desvio da atenção do Poder Executivo para com as necessidades básicas dos cidadãos e sua visão míope no que se refere às verdadeiras prioridades do povo brasileiro bem retratadas na declaração de princípios contida no artigo 3º da Constituição Federal: Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Essas

da CF). Esses limites foram introduzidos pela EC n. 1/1992 e EC n. 25/2000, ante os abusos verificados. *Só para citar, cada vereador de São Paulo podia gastar, discricionariamente, até R\$ 93.000,00 por mês para remunerar 21 assessores de confiança, o que dá em média R\$ 4.428,00 por assessor, pouco menos que a própria remuneração do vereador* [g.n.]. Acrescente-se que, no ano de 2000, quando foi promulgada a EC n. 25, o valor do salário-mínimo nacional era de R\$ 151,00, conforme o art. 5º da Lei n. 9.971, de 18 de maio de 2000, revogada pela Lei n. 11.321/2006.

palavras, do redator designado para o acórdão junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – desembargador Gentil Leite – vêm a calhar, considerada a quadra vivida, bem como o fato de que muitos anos são passados sem que se atente para a indispensável tomada de providências pelo Poder Público. Preocupa a exploração da paciência do povo brasileiro e as circunstâncias reinantes, no que conflitam com noções comezinhas de dignidade humana. Pois bem, conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. *O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga.* O recurso extraordinário não merecia mesmo prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana (STF, AI n. 455.802/SP, rel. min. Marco Aurélio, j. em 7.2.2004, DJ de 5 mar. 2004, pp-00044) [g.n.].

A priorização na aplicação dos recursos públicos, principalmente em áreas essenciais para o desenvolvimento socioeconômico, como é o caso da educação, deve ser obrigação de todos os gestores públicos. Exatamente por esse motivo foi promulgada a Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009, que, entre outras providências, deu nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica⁹. A mesma EC n.

9 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...] VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

59/2009 deu nova redação ao § 3º do art. 212 da CF/1988, o qual passou a dispor:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

[...]

§ 3º *A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.* [g.n].

Em face disso, mostra-se descabida a oposição do argumento da insuficiência de recursos, correntemente utilizada para tentar desobrigar o Estado de seus deveres impostos pela Constituição, no tocante à materialização dos direitos fundamentais.

4.4 Legitimação da intervenção judicial

Na visão da teoria do garantismo jurídico, o Estado Constitucional de Direito é tido como uma estrutura de poder que deve ser direcionada em proveito da sociedade, uma vez que é produto desta, designando um modelo de Estado nascido com as modernas constituições, e não apenas um “estado legal” ou “regulado pela lei”.

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pela primazia do princípio da legalidade, no plano formal, e pela atuação de todos os Poderes estatais em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, no plano substancial. Assim, quando o Poder Executivo deixa de dar cumprimento a preceitos constitucionais que lhe impõem prestações positivas, incide em inconstitucional-

lidade por omissão¹⁰, estando, desse modo, sujeito ao controle de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário, o qual foi erigido à condição de guardião da Constituição. Nesse sentido, leciona Dias (2007, p. 129):

[...] não há espaço no Estado dos Direitos Fundamentais para atos insindicáveis, pois o fundamento essencial da ordem jurídica contemporânea, que é essencialmente plural, é a manutenção de ambientes institucionais capazes de incorporar a complexidade das relações sociais, o que somente é possível por meio de relações discursivas equilibradas.

E prossegue o mesmo autor, aduzindo que, “[...] no que diz respeito às políticas, os tribunais devem e estão autorizados a examiná-las e mesmo revê-las, quando efetivamente capazes de comprometer os direitos fundamentais” (DIAS, 2007, p. 129). Por fim, esclarece que “[...] o limite do controle judicial é exatamente o necessário à proteção aos direitos fundamentais, tal como concebido numa sociedade democrática constitucional dualista” (DIAS, 2007, p. 104).

5 O Ministério Público e o controle judicial de políticas públicas

5.1 Autonomia institucional do Ministério Público

O Ministério Público, apesar de reger-se pelo princípio da unidade, comporta divisões. Assim, temos o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. O Ministério Público da União, por sua vez, subdivide-se em Ministério Público Federal,

10 A inconstitucionalidade por ação é a conduta comissiva de um dos poderes da República, consistente da prática de um ato que viola normas constitucionais cogentes de conteúdo proibitivo. A inconstitucionalidade por omissão, inversamente, consiste na inércia de um dos órgãos estatais diante de um mandamento constitucional, de uma norma preceptiva.

Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Na ordem constitucional anterior, vigorava o entendimento segundo o qual o Ministério Público era órgão integrante do Poder Executivo, atuando na representação e defesa dos interesses do Estado-administração. A nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 conferiu ao MP uma autonomia jamais apresentada em nenhum dos ordenamentos jurídicos anteriores. Ao mesmo tempo em que lhe delegou a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis, também lhe vedou exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Desse modo, o MP não mais pode ser considerado como órgão do Poder Executivo nem de qualquer outro Poder, passando a constituir-se em uma instituição autônoma. Nesse sentido, é o magistério de Leite (2009, p. 143-144), *in verbis*:

Com a novel ordem constitucional, o Ministério Público deixou de ser mero apêndice do Poder Executivo como previsto na EC n. 1/1969, para se transformar em instituição permanente, independente e essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). [...] Nesse concerto, não há mais como admitir o Ministério Público constituído de agentes do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Não significa dizer que seria ele um quarto poder, mas tão somente uma instituição permanente, independente e autônoma, reconhecida pelo ordenamento constitucional. É, pois, um órgão do Estado, de natureza constitucional, a serviço da defesa da sociedade e do interesse público.

A CF/1988, em seu art. 127, § 2º, assegurou a autonomia funcional e administrativa ao MP, numa clara demonstração da intenção do legislador constituinte originário de desvinculá-lo do Poder

Executivo. A autonomia institucional do MP já foi reconhecida até mesmo em manifestação do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode observar na ementa do seguinte julgado:

Ementa: ADIN – Leis Complementares 2, 3 e 4, do Estado do Piauí – Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia-Geral do Estado – Prerrogativas institucionais – Disciplina remuneratória e aposentadoria dos seus membros – Necessária observância do modelo federal – Natureza estrita das normas derogatórias de princípios gerais – Medida cautelar deferida em parte. – *O reconhecimento da autonomia financeira em favor do Ministério Público, estabelecido em sede de legislação infra-constitucional, não parece traduzir situação configuradora de ilegitimidade constitucional, na medida em que se revela uma das dimensões da própria autonomia institucional do Parquet.* – *Não obstante a autonomia institucional que foi conferida ao Ministério Público pela Carta Política, permanece na esfera exclusiva do Poder Executivo a competência para instaurar o processo de formação das leis orçamentárias em geral. A Constituição autoriza, apenas, a elaboração, na fase pré-legislativa, de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes.* – *Os Estados-membros encontram-se sujeitos, em face de explícita previsão constitucional (art. 37, caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta a vedação de qualquer vinculação e equiparação em matéria de vencimentos.* – *As exceções derogatórias dos princípios gerais concernentes a aposentadoria dos agentes públicos só se legitimam nas estritas hipóteses previstas no texto da Constituição. O Estado-membro não dispõe de competência para estender aos membros integrantes da Advocacia-Geral do Estado o regime jurídico especial que, em matéria de aposentadoria, a Constituição Federal conferiu aos Magistrados (STF, Pleno, ADI-MC n. 514/DF, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.7.1991, DJ de 18 mar. 1994, p. 05164) [g.n.].*

O princípio da separação dos Poderes deve ser sob um enfoque mitigado, a ponto de admitir a existência de um órgão aos três Poderes, que atua como um contrapoder. Conforme ensina Diniz (2004, p. 162),

em respeito à natureza jurídica do Ministério Público, é preciso desterrar velhas idéias governamentais que o adscrevem ao Poder Executivo, bem como os esforços judicialistas ocorridos no seio da própria Instituição. Ambas são idéias totalizadoras e excludentes, desnudas de algum efeito benéfico de respeito ao Estado Democrático de Direito, por acreditarem na rigidez da distribuição dos poderes estatais, o que, sem dúvida, pode proporcionar desmandos e abusos na utilização do Poder, emanado do Povo.

Com a criação da Advocacia-Geral da União e seus congêneres estaduais, não mais cabe ao MP o papel de representante e assessor jurídico do Estado. Em razão do princípio da independência funcional, não há nenhum vínculo de subordinação do MP para com o Poder Executivo ou qualquer outro Poder, de maneira que o membro do *Parquet* está sujeito apenas à lei e às suas próprias convicções, podendo, até mesmo, atuar de forma contrária aos interesses do Executivo. Conforme assevera Diniz (2004, p. 168),

o Ministério Público não é órgão do Executivo, pois, se tem independência funcional, não se submete à hierarquia indispensável às atividades desse Poder. Além do mais, a própria Constituição estabelece, no art. 85, inciso II, que o Chefe do Executivo não pode atentar contra o livre exercício do Ministério Público, sob pena de incidir em crime de responsabilidade.

Quando atua no âmbito do Direito do Trabalho, o Ministério Público não defende interesses do Estado, mas sim interesses sociais, como o faz, v.g., quando propõe a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, conforme permissivo legal expresso no art. 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Sua natureza constitucional, conforme ensina o citado autor, é de Órgão do Estado a serviço da sociedade, é órgão de controle que, atuando em conjunto com os Poderes do Estado, depositários da legitimidade social, de forma autônoma e independente, tem como mister a defesa do ordenamento jurídico, da democracia, dos interesses da sociedade e dos direitos transindividuais ou metaindividuais (DINIZ, 2004, p. 172).

5.2 Legitimação do Ministério Público para intervir em políticas públicas

O reconhecimento da autonomia institucional do Ministério Público tem implicação fundamental em seu papel no controle de políticas públicas. Isso porque, na condição de órgão independente, estará ele em melhores condições de contrapor o Poder Executivo quando este, por ação ou omissão na formulação de políticas públicas, violar normas constitucionais ou legais. Como bem observou Choukr (2008, p. 441), “a *independência institucional* do Ministério Público é um dos pontos-chave para a atuação eficaz e concreta de suas atividades”.

A evolução dos direitos sociais passou a exigir a atuação de um órgão alheio aos três Poderes da República, comprometido com a defesa dos interesses transindividuais, a exemplo dos direitos dos consumidores e dos deficientes físicos, de modo a não se deixar controlar por interesses políticos e econômicos escusos de setores influentes da sociedade. O Ministério Público ocupa a posição de principal legitimado à propositura da ação civil pública para a defesa desses direitos, uma vez que sua atuação nesse campo se mostra de longe a mais efetiva. Discorrendo a respeito, Mancuso (2002, p. 785-786) observa que

É significativo notar que os entes políticos – União, Estados e Municípios – conquanto igualmente co-legitimados para a ação

civil pública (CF, art. 129, § 1º, art. 5º da Lei 7.347/1985), de ordinário não se têm notabilizado em exercitá-la, possivelmente porque, não raro, alguns mentores, agentes públicos e administradores acabam por se revelar de algum modo relacionados, por ação ou omissão, aos históricos dos prejuízos inflingidos a valores e interesses metaindividuais, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, o consumidor, o erário público, e, portanto, igualmente sujeitam-se a questionamentos em face do deficiente manejo de políticas públicas.

Acrescenta o mencionado autor que “os entes políticos, como é curial, estão comumente presos a injunções de toda sorte, pressões, compromissos partidários, o que lhes retira ou de algum modo compromete o empenho e a isenção desejáveis [...]” (MANCUSO, 2002, p. 786). Vê-se, portanto, que os entes federativos não apresentam a independência necessária para o controle de políticas públicas por intermédio da ação civil pública, uma vez que seus representantes, no mais das vezes, encontram-se vinculados aos interesses político-econômicos dos setores sociais que financiaram suas campanhas eleitorais. Desse modo, assevera Mancuso (2002, p. 792-793):

Com isso, a preponderância das iniciativas judiciais no campo dos interesses metaindividuais, inclusive o relativo ao controle das políticas públicas, foi apontado claramente para o Ministério Público, e isso se deve a um conjunto de circunstâncias: a indisponibilidade material da atuação do *Parquet* (v.g., CF, art. 129, V, c/c o art. 232), temperada, em certos casos, com uma (relativa) disponibilidade na conduta processual (v.g., ações fundadas em atos de improbidade administrativa – Lei n. 8.429/1992, art. 17, § 1º, c/c a Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º); a incumbência genérica para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127); a função institucional de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, II); a autonomia funcional, administrativa e financeira (Lei Complementar federal n. 75/1993, art. 22); a existência de

cláusulas de extensão, tanto na Constituição Federal (art. 129, III e IX) como na Lei n. 7.347/1985 (art. 1º, IV) e na Lei Orgânica Nacional do MP (75/1993, art. 6º, VII, *d*), estendendo a atuação ministerial para outras funções compatíveis, concernentes a outros interesses metaindividuais ligados a valores, segmentos sociais porventura ainda não tipificados ou normatizados, mas (por isso mesmo) carecedoras de proteção.

Constata-se que pouco valeria a possibilidade de controle judicial de políticas públicas se não houvesse um órgão independente e imparcial que provocasse o Poder Judiciário. Daí a grande importância da atuação do MP em matéria de políticas públicas, na qualidade de órgão independente e desvinculado dos três Poderes. Nesse ponto, trazemos à baila o posicionamento de Choukr (2008, p. 443-444):

[...] tratando-se do papel de conformação das políticas públicas o Ministério Público, necessariamente independente para atuação dessa tarefa político-jurídica, é chamado a intervir no plano jurídico-judicial de forma eficaz diante da sua ampla gama de atribuições constitucionalmente outorgadas, seja no *plano legislativo* desses “novos direitos” como o “direito ao meio ambiente” ou à saúde e mesmo o direito concorrencial, seja no *plano das instituições* que asseguram o processo político democrático, bem como da concretização das políticas públicas, alcançando searas realmente inéditas na história Institucional, com a aproximação de movimentos sociais e a exigibilidade judicial de mecanismos de inclusão social, ao lado da tutela jurisdicional dos “novos direitos”. A atuação institucional é, portanto, vinculada à hierarquia advinda dos Direitos Fundamentais para a formação das políticas públicas, a partir da qual jurídica e judicialmente o Ministério Público está autorizado a agir no papel de construtor da ordem jurídica democrática.

Reconhecendo a legitimidade do *Parquet* para intervir em políticas públicas, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão, em caso em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública objetivando compelir a Prefeitura

Municipal de Santos a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos:

Administrativo e Processo Civil – Ação civil pública – Ato administrativo discricionário: nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. *Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.* 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido (STJ, REsp n. 493.811/SP, Segunda Turma, rel. min. Eliana Calmon, j. em 11.11.2003, DJ de 15 mar. 2004)¹¹ [g.n].

6 Considerações finais

Em face do exposto, e tendo em consideração o papel da Constituição na sociedade, qual seja, o de norma suprema que não só declara, mas impõe a efetivação dos direitos fundamentais, conclui-se que, diante da supremacia da Constituição sobre os três Poderes da República, é de se admitir que o Estado tem o dever de cumprir os mandamentos constitucionais, materializando os direitos funda-

11 Oportuno citar trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, proferido no mencionado julgado: “[...] não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa. [...] Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do Ministério Público e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa n. 4/1997, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA”.

mentais – principalmente os direitos sociais – e, em caso de ação ou omissão que se afigurem inconstitucionais, deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a guarda da Constituição, intervir na formulação de políticas públicas que os tornem efetivos. Necessário se faz que o órgão jurisdicional competente para tal proceda com a retidão exigida para assegurar o respeito e o cumprimento da Constituição, enquanto expressão da vontade e soberania popular.

Diante disso, a garantia da supremacia da Constituição depende da observância por parte de cada magistrado de seu dever irrenunciável de zelar pela Carta Magna quando do julgamento das demandas judiciais.

Nesse mesmo contexto, a ação civil pública se mostra como um instrumento indispensável para a garantia da efetividade dos direitos da coletividade, ao mesmo tempo em que prima pela economia processual, contribuindo para desafogar a máquina jurisdicional.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Ministério Público e políticas públicas. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. Brasília: Consulex, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção Temas Fundamentais de Direito. v. 1).

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

JEVEANAUX. Prefácio. In: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção Temas Fundamentais de Direito. v. 1).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.).

Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. Disponível em: <www.advcom.com.br/.../artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 22 out. 2009.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júlia Barroso. *Ação civil pública*: o direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Procedimentos especiais*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 3 v.

Direitos Humanos



Os direitos humanos na construção de uma cultura da paz: meios de construção ou de demolição?

Clésio Ibiapina Tapety

Servidor do Ministério Público da União; especialista em Direitos Humanos, em Direito Civil e em Direito Ambiental; bacharel em Direito.

Resumo: O presente artigo relata pesquisa teórica que buscou resposta para polêmico tema referente ao papel dos direitos humanos na construção de uma cultura da paz. O objetivo foi identificar se tais direitos têm ou não contribuído efetivamente para a construção da paz, bem como buscar desmistificar os possíveis preconceitos que ainda estão presentes no senso comum da representação social dos direitos humanos no Brasil. Por meio dos métodos indutivo e comparativo, bem como da técnica de pesquisa bibliográfica, fez-se criteriosa análise das duas hipóteses que se contrapõem sobre a questão, representadas pela visão fragmentária e pela visão holística. A visão fragmentária é a que predomina na representação social dos direitos humanos no Brasil, identificando-os como direitos de bandidos, inimigos da ordem e da paz, em que a noção de paz é incompleta e confundida com a mera ausência de guerra ou conflitos. A visão holística é a que traz uma visão integral sobre paz, esclarecendo que esta é a plenitude criada por relações corretas consigo mesmo (paz interior), com os outros (paz social) e com o ambiente (paz ambiental). A holística revela, dessa forma, que os direitos humanos têm um papel fundamental na construção de uma cultura da paz. Sendo tais direitos costumeiramente classificáveis em três gerações ou dimensões (correspondendo, simplificada, a direitos individuais, direitos sociais e direitos ambientais), conclui-se que estes servem como tijolos de construção para a paz interior, social e ambiental, respectivamente.

Palavras-chave: Direitos humanos. Representação social. Cultura da paz. Holística.

Abstract: This paper reports theoretical research that sought the answer to the controversial issue concerning the role of human rights in building a culture of peace. The objective was to identify whether or not such rights have effectively contributed to building peace and seek to demystify the possible biases that are still present in the common sense of the social representation of human rights in Brazil. Through comparative and inductive methods, as well as the technical literature, made an insightful analysis of the two hypotheses that are opposed on the issue, represented by the fragmentary vision and holistic vision. The fragmentary vision is the predominant in the social representation of human rights in Brazil, identifying them as rights of criminals, enemies of order and peace, where the notion of peace is incomplete and confused with the mere absence of war or conflict. The holistic view is what brings an entire vision of peace, stating that this is the wholeness created by right relationships with oneself (inner peace), with others (social harmony) and environment (environmental peace). The holistic reveals thus that human rights play a key role in building a culture of peace. Since those rights customarily classified into three generations or dimensions (corresponding, simplified, individual rights, social rights and environmental rights), it appears that they serve as building blocks to inner peace, social and environmental, respectively.

Keywords: Human rights. Social representation. Culture of peace. Holistic.

Sumário: 1 Introdução. 2 A visão fragmentária: os direitos humanos como meios de demolição da cultura da paz. 3 A visão holística: os direitos humanos como meios de construção da cultura da paz. 4 Conclusões.

1 Introdução

A Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) n. 53/243, de setembro de 1999, trouxe a Declaração e o Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. O ano de 2000 foi proclamado o Ano Internacional da Cultura da Paz pela Secretaria-Geral das Nações Unidas, e a Assembleia Geral da ONU proclamou os anos compreendidos entre 2001 e 2010

(primeiro decênio do século XXI e do terceiro milênio) como a Década Internacional pela Promoção de uma Cultura de Paz e Não Violência para as Crianças do Mundo.

Tais iniciativas foram fundamentais para celebrar e encorajar a cultura da paz por todo o mundo. Sobre o tema, ensina Maldonado (2004, p. 7): “A cultura da paz é definida pelas Nações Unidas como um conjunto de valores, atitudes, condutas e estilos de vida que rejeitam a violência e previnem conflitos indo às suas raízes para resolver os problemas pelo diálogo e a negociação entre indivíduos, grupos e nações”.

A expressão ganhou impacto a partir disso e diversos ativistas e entidades defensoras dos direitos humanos passaram a aderir à declaração da ONU sobre cultura da paz.

Entretanto, os direitos humanos, bem como os ativistas e entidades que os defendem, continuam a sofrer profundo desprezo pela maioria da população brasileira, que não os vê como promotores da paz, mas sim como defensores de bandidos, coniventes com a violência e incentivadores do crime. A representação social dos direitos humanos, na realidade brasileira, é marcada, pois, por uma visão extremamente negativa.

Conceito emprestado da Psicologia Social, lapidado por Serge Moscovici (2009), representações sociais são o conjunto de explicações, crenças, valores, tradições, ideias e imagens que evocam um dado acontecimento, pessoa ou objeto. Moscovici (2009, p. 209-210) ensina:

Podemos nos perguntar o que define uma representação social. Se estiver presente ali algum sentido, isso se deve ao fato de ele corresponder a certo modelo recorrente e compreensivo de imagens, crenças e comportamentos simbólicos. Vistas desse modo, estaticamente, as representações se mostram semelhantes a *teorias* que

ordenam ao redor de um tema (as doenças mentais são contagiosas, as pessoas são o que elas comem etc.) uma série de proposições que possibilita que coisas ou pessoas sejam classificadas, que seus caracteres sejam descritos, seus sentimentos e ações sejam explicados e assim por diante. [...] do ponto de vista dinâmico, as representações sociais se apresentam como uma “rede” de idéias, metáforas e imagens, mais ou menos interligadas livremente e, por isso, mais móveis e fluidas que teorias.

Resta saber se esse senso comum popular a respeito dos direitos humanos representa a realidade ou se reflete um grande preconceito. Tal é a questão central sobre a qual a pesquisa ora realizada se debruçou: para que servem os direitos humanos, afinal? Para construir a paz ou para apoiar a violência (como pessoas indignadas em todo o mundo não cansam de repetir)?

Caso essa representação social dos direitos humanos seja fruto de mero preconceito, é preciso que se quebre esse paradigma negativo. Eis aí a justificativa principal do presente trabalho, que poderá contribuir para uma análise e uma revisão do senso comum da representação social dos direitos humanos. Moscovici (2009, p. 49) defende que as representações sociais “são fenômenos que necessitam ser descritos e explicados”. Defende ainda que: “Todos os nossos ‘preconceitos’, seja nacionais, raciais, geracionais ou quaisquer que alguém tenha, somente podem ser superados pela mudança de nossas representações sociais da cultura, da ‘natureza humana’ e assim por diante” (MOSCOVICI, 2009, p. 66).

Em nível acadêmico, este trabalho também se justifica pela necessidade de ampliar os estudos sobre cultura da paz, tema este relativamente novo e ainda pouco explorado pelo mundo científico.

O objetivo geral é identificar se os direitos humanos têm ou não contribuído efetivamente para a construção de uma cultura da paz. Como objetivos específicos, o presente estudo pretende

desmistificar os possíveis preconceitos que ainda estão presentes no senso comum da representação social dos direitos humanos, bem como colaborar para a construção de uma cultura da paz e dos direitos humanos, promovendo reflexões sobre o tema.

O trabalho foi realizado com base em uma pesquisa teórica, uma vez que pretendeu apresentar uma discussão sobre teorias acerca do tema, não havendo hipóteses a serem testadas empiricamente.

O marco teórico que direcionou a pesquisa foi a holística, entendida aqui como uma visão não fragmentada, não reducionista ou como o conhecimento das relações que as partes mantêm entre si e com o próprio todo. Tal referencial teórico permite que se busquem respostas nas conexões que existem no universo, reconhecendo que este é formado por uma teia intrincada e complexa de relações ou dimensões interdependentes.

A pesquisa utilizou como método de abordagem o indutivo e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo. A técnica utilizada foi tão somente a pesquisa bibliográfica.

O trabalho desenvolveu-se, assim, por meio do estudo das hipóteses encontradas na bibliografia sobre o tema, bem como em matérias veiculadas pela mídia e comentadas por populares, além da consulta a documentos e declarações de direitos humanos. A proposta de solução para a questão partiu, pois, de uma análise das hipóteses, em busca da que fornecesse uma visão mais abrangente.

2 A visão fragmentária: os direitos humanos como meios de demolição da cultura da paz

A visão fragmentária encontra sua gênese na racionalidade cientificista, que predominou nos séculos XIX e XX e estabeleceu uma visão totalmente fragmentada da vida e do universo, bem como uma perda de referenciais éticos e da subjetividade. Trata-se

de uma visão disciplinar, orientada pela concepção cartesiana, que estabeleceu a separação dos saberes em espaços rígidos e incomunicáveis, fundando uma fragmentação do mundo.

De acordo com Weil (1993, p. 23), essa visão fragmentária vê a paz como fenômeno externo ao homem, simplesmente como ausência de guerra ou conflito. Trata-se de uma concepção que tem origem no conceito de *Pax Romana*, gerada no contexto do Império Romano, em que paz é a paz estabelecida pelo centro do poder e garantida militarmente pelo exército. É a mera “segurança” estabelecida por um sistema centralizado, na qual a ideia de autoridade ocupa uma posição de primado em relação à liberdade. Trata-se, pois, de uma paz armada, de forma que a sua consecução e os seus atributos dependem da guerra. Afirma Guimarães (2005, p. 99) sobre o assunto:

Na esteira desse pensamento, desenvolveu-se, durante o período da chamada guerra fria, o argumento da dissuasão nuclear, onde a paz se afirmava na direta proporção do crescimento dos arsenais militares. [...] essa tradição influenciou fortemente as escolas militares e a formação de oficiais, entendidas como escolas de paz [...] É também uma concepção muito difundida no senso comum, especialmente sob o influxo dos meios de comunicação, os quais ligam estreitamente o debate da violência com a temática da segurança. Em muitas escolas que enfrentam o desafio da violência em seu meio, essa tradição se visibiliza através dos guardas e das cercas, ao mesmo tempo que se faz comum ouvir educadores propor o aumento do aparato repressor e militar, como forma de combater a violência e a criminalidade. [...] a paz é definida negativamente, como uma simples cessação de combates e consequência do desaparecimento das hostilidades militares.

A paz, dessa forma, só seria alcançada por meio de uma repressão (em geral, armada e violenta) a quem promove a guerra, a violência ou o conflito, ou seja, a violência só poderia ser respondida com uma violência maior, para que, enfim, reinasse a paz.

Sobre o assunto, afirma Muller (2007, p. 253): “A idéia dominante que tem prevalecido até o presente em nossas sociedades é que não é possível lutar de forma eficaz contra a violência sem lhe opor uma contra-violência”.

É com base nessa visão fragmentária que tem prevalecido o conceito de “paz armada” e a máxima militarista “se queres paz, prepara-te para a guerra”. Exemplo histórico clássico do predomínio dessa visão foi o período da Guerra Fria, em que havia um confronto internacional entre o bloco ocidental e os países socialistas, revelando uma profunda e tensa fragmentação do mundo.

Foi essa visão também que originou a doutrina da “segurança nacional” e que fundamentou as experiências políticas autoritárias na América Latina, onde as liberdades democráticas estiveram limitadas e controladas por ditaduras militares.

E, por fim, essa visão militarista e autoritária, na ânsia por manter um *status quo*, foi a maior responsável por criar uma representação social dos direitos humanos no Brasil, na qual eles foram considerados inimigos da ordem e da paz.

Dornelles (2006, p. 45) reconhece que “no Brasil, como no resto da América Latina, não existe uma arraigada tradição cultural de valorização dos princípios de direitos humanos”. No senso comum da representação social dos direitos humanos, portanto, eles não seriam meios de construção da paz, mas sim de demolição.

Em entrevista ao *site UOL Notícias*, o coordenador da Anistia Internacional para assuntos brasileiros, o britânico Tim Cahill (2009), disse que “existe um conceito infeliz no Brasil que é que os direitos humanos só defendem bandidos”. Para ele, esse conceito de que só bandidos são beneficiados “é popularizado e utilizado por pessoas que têm interesse em mantê-lo”. Com isso, várias ações

governamentais no Brasil, de caráter repressivo, acabam sendo executadas para satisfazer àqueles que não acreditam nos direitos humanos.

É interessante observar que a grande maioria dos internautas que comentaram a matéria discorda do entrevistado, uma vez que não consideram infeliz o conceito de que os direitos humanos só defendem bandidos, mas sim a pura realidade. Até 3 de agosto de 2010, a matéria contava com 904 comentários de internautas que responderam à seguinte pergunta: “Você acha que os direitos humanos só defendem bandidos?”. 81% dos internautas responderam positivamente, 4% responderam negativamente e 15% não responderam à questão de forma direta, manifestando opiniões diversas.

Essa é, portanto, a visão que predomina no senso comum sobre a relação entre direitos humanos e paz: são coisas opostas. Basta observar com atenção os comentários nesse sentido emitidos por meio de diversos meios de comunicação (programas de televisão, revistas, jornais, *sites* da internet etc.).

A título de exemplo, destaca-se a opinião de três famosos apresentadores da televisão, que povoam o imaginário do povo brasileiro pelo estilo hiperbólico de seus discursos à frente de programas policiaiscos.

Luiz Carlos Alborghetti, no programa “Cadeia Nacional”, pela Rede OM (1992):

Dentro da Constituição Brasileira, lá dentro da Constituição Brasileira, diz o seguinte, que o bandido tem mais direitos do que as nossas famílias. [...] Quando o bandido mata alguém da sua família, quando o bandido pega a tua esposa, tira a calcinha dela, quando os bandidos entram dentro do teu carro, seqüestram a tua família, matam a tua família, tua família morre, acabou. O bandido

é preso. Ele vai tomar o café da manhã, vai almoçar, vai jantar, se fizer frio tem cobertor, tem tudo! Porque tem a comissão dos direitos humanos pra cuidar deles [...] E agora, e as vítimas? A comissão de direitos humanos ajuda as vítimas? Se preocupa com as vítimas, hein? Falem pra mim, pelo amor de Deus, se preocupa com as vítimas? Hipócritas! Vocês são hipócritas! Hipócritas! Falsos moralistas que, de dia, dão uma de intelectual da massa, do povo. À noite, tá de linho e tomando *scotch* inglês ou escocês. Hipócritas! Se não gostou, danem-se! Danem-se! Danem-se! Eu não defendo bandido! Eu defendo a família! A família, que é a base mais sólida deste país!

Carlos Roberto Massa (o Ratinho), no programa “Ratinho Livre”, pela Rede Record (1997):

Nunca se viu tanta violência em São Paulo como nas últimas semanas. [...] A Polícia do Paraná quando pega bandido, vê que o bicho é bandidão, pesado, mata! Manda embora! Tá no pau, no cacete! Não tem conserto, gente, não tem conserto! Se não for na paulada, no cacete, nós não vamos consertar! [...] Direitos humanos é pra trabalhador, é pra gente séria, é pro povo de bem! Bandido é cana, é pau! [...] Se vocês pegam essa comissão de direitos humanos, vá, faça como eu faço, vá nos hospitais visitar doente, vê o que que o povo lá tá precisando, em vez de ficar tratando bem bandido.

Marcelo Rezende, no programa “Rede TV! News Especial”, pela Rede TV! (2006):

O que eu vejo, hoje em dia, é uma proliferação de comissões, entidades, isso e aquilo, de direitos humanos. [...] Eu não vi, eu, nesse momento [...] ninguém de direitos humanos irem no enterro, irem numa casa de alguma vítima, irem numa casa de um policial. Ora, há uma distorção, me perdoa, direitos humanos têm que abranger a todos e não só os bandidos. [...] Cada vez mais eu vejo que isso não serve pros humanos de bem, só pros humanos de mal.

Sobre esse tipo de discurso ácido e inflamado, que tanto influenciou a mentalidade do povo brasileiro sobre os direitos humanos, afirma Soares (2010, p. 2):

Provavelmente vocês já ouviram muitas vezes referência aos direitos humanos no sentido pejorativo ou excludente, no sentido de identificá-los com direitos dos bandidos. Quantas vezes vocês já ouviram – principalmente depois do noticiário sobre crimes de extrema violência –: “Ah! E os defensores dos direitos humanos, onde é que estão?”.

No campo da Internet, cita-se o domínio <www.direitoshumanos.com.br>, onde supostamente se esperava obter informações e conteúdos positivos sobre o assunto, mas que, ao contrário, veicula uma forte visão negativa, acusa as entidades defensoras de direitos humanos de protegerem bandidos e de se omitirem na proteção às suas vítimas, bem como faz uma homenagem a policiais, agentes penitenciários e guardas civis metropolitanos (aqueles que integram o sistema repressivo do Estado). O *site* foi construído com a principal função de divulgar o lema “direitos humanos são para humanos direitos”, ou seja, “humanos errados” (os bandidos ou transgressores da lei) não merecem a proteção dos direitos humanos. A campanha pretende, pois, modificar os direitos humanos para que não defendam mais bandidos, enterrando o princípio básico da universalidade desses direitos.

Dornelles (2006, p. 58) faz as seguintes considerações a respeito do assunto:

Divulga-se a idéia de que a proteção dos direitos individuais e coletivos para toda a população e o pleno exercício da cidadania constituem um meio de estímulo ao crime, de privilégio aos bandidos e de “boa vida” aos presos. Como se esta fosse a realidade vivida pela imensa maioria marginalizada de nossa sociedade. Cria-se, assim, um quadro ideologizado que perversamente identifica as entidades de defesa dos direitos humanos como defensoras de bandidos, como entidades ligadas ao mundo do crime que preferem dar atenção aos maus ao invés de se preocuparem com as vítimas. Normalmente aparece a pergunta: “E os direitos humanos da vítima?”.

Enquanto o Brasil vivia o período da ditadura militar, paradoxalmente, os direitos humanos passavam por uma fase de promoção internacional como nunca antes. E tais direitos começaram a ser alegados e defendidos na ordem interna por movimentos que se opunham ao regime militar, em defesa daqueles que, por suas convicções e por sua militância política, estavam sendo presos, torturados, assassinados, exilados ou banidos. O movimento de direitos humanos no Brasil nascia assim, realmente, em defesa dos “bandidos” (segundo a visão do regime militar, que assim considerava seus opositores). Tinha gênese, dessa forma, a visão pejorativa dos direitos humanos, conforme os detentores do poder passaram a divulgar sua ótica para as massas. Como que seguindo o ditado popular de que “a primeira impressão é a que fica”, essa ideia sobre os direitos humanos nunca mais abandonou a consciência coletiva do povo brasileiro. Mesmo depois de encerrado o regime militar, a ideia que ficou sobre os direitos humanos foi a de que eram “direitos de bandidos”, entendidos estes agora não mais como referentes a presos políticos, mas sim a criminosos comuns, já que a repressão política ostensiva havia acabado.

Sobre o assunto, ensina Soares (2010, p. 2-4):

A geração mais jovem, que não viveu os anos da ditadura militar certamente terá ouvido falar do movimento de defesa dos direitos humanos em benefício daqueles que estavam sendo perseguidos por suas convicções ou por sua militância política, daqueles que foram presos, torturados, assassinados, exilados, banidos. [...] Infelizmente, terminada a parte mais repressora do regime militar, a ideia de que todos, independentemente da posição social, são merecedores da preocupação com a garantia dos direitos fundamentais – e não mais apenas aqueles chamados de presos políticos, que não mais existiam – não prosperou como era de se esperar. A defesa dos direitos humanos (DH) passou a ser associada à defesa dos criminosos comuns. [...] O tema dos DH, hoje, permanece prejudicado pela manipulação da opinião pública, no sentido de associar direitos

humanos com a bandidagem, com a criminalidade. É uma deturpação. Portanto, é voluntária, ou seja, há interesses poderosos por trás dessa associação deturpada. [...] É o medo dos de baixo – que, um dia, podem se revoltar – que motiva os de cima a manterem o estigma sobre a idéia de direitos humanos.

Entretanto, retrocedendo mais ainda no tempo, pode-se dizer que a luta por direitos humanos, na história brasileira, sempre foi associada principalmente à defesa dos marginalizados, dos excluídos, dos párias da sociedade. Natural, portanto, que as classes privilegiadas tenham-lhe colocado a pecha de “luta marginal”.

Carbonari (2008, p. 12) afirma: “Na raiz da formação da sociedade brasileira está a exclusão da maior parte de sua população. As marcas estão fundamentalmente em três questões: a pobreza e desigualdade; o racismo; e o sexismo”.

Nesse sentido, pode-se dizer que a luta pelos direitos humanos se iniciou no Brasil pelos povos indígenas, por sua resistência contra o poder imperial português, passando, logo em seguida, pela questão da escravidão dos negros e a luta abolicionista. A situação da maioria da população não se alterou muito, mesmo com o advento do regime republicano, padecendo o povo nas mãos dos coronéis. As revoltas e as lutas por direitos sempre foram reprimidas violentamente. Os revoltosos sempre foram considerados inimigos da pátria, da paz e da ordem. A luta por direitos sempre foi considerada coisa de gente de má vida. E o povo, de modo geral, aceitava essa visão dos fatos, ditada pelos poderosos. Desde o período colonial e mesmo ao longo da história da República, imperou uma mentalidade colonizada que ainda hoje se manifesta na representação social da luta por direitos humanos. O Estado concedia pequenas concessões ao povo, reconhecendo direitos sociais a conta-gotas, com o objetivo de evitar revoltas, conquistar a obediência das massas e, dessa forma, manter os direitos civis e

políticos sob graves limitações. O período de ditadura militar no Brasil foi também exemplo disso, pois houve uma grande expansão de serviços sociais como forma de compensar a repressão e legitimar o regime político vigente. Trata-se do que Carvalho (2002, p. 219-220) chama de “cidadania invertida”:

A cronologia e a lógica da seqüência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.

Com o advento da época da Guerra Fria e das ditaduras militares, a visão sobre os direitos humanos como inimigos da paz continuou a ser propagada e inculcada na cultura popular, para que o governo e a classe dominante não encontrassem forte oposição para continuarem no poder. Contribuiu para isso o fato de que, na época, assim como hoje, a mídia era (e continua sendo) controlada pelos grupos privilegiados e detentores do poder. É o que Lima (2010) chama de “coronelismo eletrônico”:

Nossa mídia é controlada por uns poucos grupos familiares. Mas não só por grupos familiares. Eles são também os mesmos grupos oligárquicos da política regional e local. Aparece, então, uma questão extremamente importante: o coronelismo eletrônico, uma prática política onde o poder concedente do serviço público de radiodifusão muitas vezes se confunde com o próprio concessionário, atualizando e reproduzindo com roupagem nova o coronelismo da República Velha para o tempo presente.

Moscovici (2009, p. 96) também esclarece: “Estudamos o problema dos meios de comunicação de massa e seu papel no estabelecimento do senso comum. Nesse caso, o senso comum pôde ser elevado à função de uma ideologia dominante”.

A intenção em divulgar uma representação social negativa dos direitos humanos pela mídia, ao longo dos anos, foi manipular a opinião pública, justificando a repressão política, o esvaziamento dos direitos civis, a exploração da classe trabalhadora e a crescente desigualdade social.

O conceito de paz passou a ser considerado como mera ausência de guerra e de conflitos, como uma sensação de segurança (ainda que fictícia). O meio de se obter essa condição não seria outro senão uma contínua resposta violenta do Estado aos transgressores da ordem, com esvaziamento de direitos. E os direitos humanos, promovendo a proteção e o respeito a todos os seres humanos (até mesmo a transgressores), não contribuindo para evitar conflitos, mas antes os promovendo em várias situações, andando, pois, na contramão daquela visão fragmentária, passaram obviamente a ser tidos como uma excrescência, destruidores da paz e da ordem, ideais de quem defende bandido e deixa à míngua suas vítimas.

3 A visão holística: os direitos humanos como meios de construção da cultura da paz

De acordo com Weil (1993, p. 20-21), “a crise de fragmentação chegou a limites extremos e ameaça a sobrevivência de todas as formas de vida sobre a Terra. [...] Recuperar a unidade perdida significa reconquistar a paz”.

A racionalidade cientificista, que estabeleceu uma visão totalmente fragmentada da vida e do universo, mostrando-se incapaz de resolver problemas que se mostravam cada vez mais complexos no

mundo, começou a entrar em crise na chamada pós-modernidade. Assim, começaram a surgir racionalidades holísticas, plurais, inclusivas, solidárias e ecológicas.

Explica Weil (1993, p. 21) que “este encontro entre a ciência moderna, os estudos transpessoais e as tradições espirituais constitui o que chamamos de visão holística”. Holística vem do grego *holos*, que significa “todo”, “inteiro”. É, portanto, um adjetivo que se refere ao conjunto, ao “todo”, em suas relações com suas “partes”, à inteireza do mundo e dos seres. Trata-se, pois, de uma reação à visão newtoniano-cartesiana de um universo fragmentado. Segundo a holística, o “todo” e cada uma de suas partes estão estritamente ligados, em interações constantes.

Essa visão holística fornece um conceito de paz não mais como um fenômeno externo ao homem, mas sim como um estado de consciência que deve ser buscado no interior de cada homem, comunidade ou nação. Não se trata simplesmente da ausência de guerra ou conflito, uma vez que, mesmo nessa condição, os espíritos podem não estar pacificados, o que gera uma constante tensão de guerra ou violência iminente. Conforme pontua Weil (1993, p. 25):

A paz vista como ausência de violência e de guerra dá ênfase ao tratamento do conflito e de suas causas e ao desarmamento geral [...]. Ela desarma os homens, resolve as causas específicas de uma briga, mas é ineficaz para desarmar os espíritos.

Eis o motivo pelo qual a visão holística funda uma nova visão de paz. Weil (1993, p. 30-31) a explica nos seguintes termos:

Uma nova visão da paz será, certamente, holística. Ela levará em conta todos os aspectos, mas, como se trata de uma síntese, irá adiante. Essa visão inovadora implica:

1) Uma teoria não fragmentada do universo, segundo a qual a matéria, a vida e a informação são apenas formas diferentes de manifestação da mesma energia.

2) Uma perspectiva que leve em conta o homem, a sociedade e a natureza, ou seja, a ecologia interior, a ecologia social e a ecologia planetária. Esses três aspectos estão estreitamente ligados e em constante interação.

Segundo este ponto de vista, a paz é ao mesmo tempo felicidade interior, harmonia social e a relação equilibrada com o meio ambiente.

Assim, não pode haver verdadeira paz no plano pessoal quando se sabe que reinam a miséria e a violência no plano social ou que a natureza nos ameaça com a destruição porque nós a devastamos.

[...] O estudo e a administração da paz, por isso, devem ser o resultado de um trabalho interdisciplinar e transdisciplinar, ou seja, um esforço de integração dos vários saberes que a humanidade desenvolveu em sua história.

A visão holística da arte de viver em paz precisa, pois, ser desenvolvida em três níveis, conforme pontua Maldonado (2004, p. 100):

1. Do ser humano. Descobrir como viver em paz consigo mesmo, integrando corpo, mente e emoções, depois entender como os sentimentos de possessividade, rejeição e indiferença destroem a paz dentro da própria pessoa (ecologia interior).
2. Da sociedade. Aprender a viver em paz com os outros, encontrando maneiras de melhorar o convívio na família, no trabalho e no âmbito social para, dessa forma, reconstruir a paz na sociedade e promover a transformação social, revendo conceitos e ações na economia, na política e na cultura (ecologia social).
3. Do ambiente. Saber viver em paz com a natureza, respeitando todas as formas de vida, depois de entender o processo de destruição da natureza e os meios de restabelecer sua harmonia (ecologia planetária).

É certo que existem várias outras formas de tradições acerca da paz, além da holística, conforme pontua Guimarães (2005, p. 40), como a tradição dos movimentos de renovação pedagógica, a tradição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a tradição dos movimentos sindicais de educação no contexto da Guerra Fria, a tradição do *peace research*, a tradição dos movimentos de não violência, a tradição das pedagogias da libertação, a tradição dos movimentos pedagógicos modernos e contemporâneos e a tradição socioafetiva. Segundo o autor, essa pluralidade de visões revela até mesmo certa conflitividade entre tradições diferentes, o que não representa algo necessariamente negativo, uma vez que a diferença enriquece e o conflito gera progresso. Por exemplo, Guimarães (2005, p. 73) cita que a paz vista como conscientização sociopolítica (tradição das pedagogias da libertação), liderada por Paulo Freire, chegou a confrontar a visão da UNESCO, argumentando que esta, no contexto das ditaduras militares latino-americanas, difundia uma visão de cultura da paz que raramente continha uma proposta de trabalho crítico e politicamente conscientizador, usando a temática da paz como forma de encobrimento das realidades sociais.

A tradição holística, porém, tem a vantagem de não se limitar a um único ângulo de visão sobre a paz, mas de abarcar todos eles e de promover uma síntese, superando as fragmentações, limitações e mesmo as contradições das diferentes visões.

Nessa visão holística, a harmonia pessoal, social e planetária se complementam. E, em síntese, a paz significa cuidar bem de si mesmo, dos outros e do ambiente. É o que se extrai da Carta da Terra (2000), em que se lê que “a paz é a plenitude criada por relações corretas consigo mesmo, com outras pessoas, outras culturas, outras vidas, com a Terra e com a totalidade maior da qual somos parte”.

O conflito, segundo essa visão holística, não é algo necessariamente ruim. Não há sociedade sem conflito, pois ele é parte natural da vida e necessário para a evolução e o progresso. Não se deve, pois, confundir conflito com violência, segundo a visão holística. Ensina Maldonado (2004, p. 111) que, “ao construir uma cultura da paz, não se tem por objetivo eliminar os conflitos (missão impossível), mas resolvê-los sem violência (objetivo possível de ser alcançado)”.

De acordo com esse pensamento, uma resposta realmente eficaz à violência não poderia ser encontrada na contraviolência, mas sim na não violência. É o que ensina Muller (2007, p. 253):

A convicção que fundamenta a opção pela não-violência é que a contra-violência não é eficaz para combater o sistema da violência porque, na realidade, a contra-violência faz parte da violência e, portanto, só o que faz é mantê-la e perpetuá-la.

Não existe, dessa forma, paz possível de ser conquistada mediante armas. E a máxima militarista “se queres paz, prepara-te para a guerra”, naturalmente contraditória, deve ser substituída pela máxima “se queres a paz, prepara-te para a paz”, nas palavras de Maldonado (2004, p. 104).

A visão fragmentária, ao contrário da visão holística, não contribui de forma real para a construção de uma cultura da paz, senão para a construção de uma cíclica e perpétua cultura da violência. E a visão holística já não vê os direitos humanos como inimigos ou destruidores da paz, mas sim como tijolos de construção para uma verdadeira cultura da paz.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu Preâmbulo, começa afirmando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Bobbio (2004, p. 1) ensina:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Isso porque os direitos humanos têm a não violência como princípio básico, conforme ensina Almeida (2001, p. 93):

A não violência funciona como princípio normativo do DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pois ela orienta a forma de ser dessas normas de conduta, que não podem fazer uso, de modo algum, de métodos violentos, tais como a tortura e a guerra. [...] Assim, qualquer norma que integrar o sistema do DIDH deve, necessariamente, prever uma forma de ação não violenta que impeça o exercício da violência (viés preventivo), ou minimize seus efeitos (viés reparador).

Além disso, sendo a cultura da paz uma construção que abrange três eixos (paz interior, paz social e paz ambiental), verifica-se uma profunda correspondência estrutural entre esses três eixos de construção e as três gerações clássicas dos direitos humanos. Ensina Soares (2010, p. 9-10):

O conjunto dos direitos humanos é classificado em três gerações [...]. A primeira geração é a das liberdades individuais, ou os chamados direitos civis. São as liberdades consagradas no século XVIII, com o advento do liberalismo [...]. A segunda geração é a dos direitos sociais, do século XIX e meados do século XX [...]. A terceira geração é aquela que se refere aos direitos coletivos da humanidade. Referem-se ao meio ambiente, à defesa ecológica, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos [...].

Conforme apontamento de Ramos (2005, p. 82), essa teoria dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês de origem checa Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional

de Direitos Humanos, no ano de 1979, classificou-os em três gerações, já especificadas.

Dessa forma, pode-se dizer que as gerações de direitos humanos têm colaborado para a construção de uma cultura da paz da seguinte forma: a) os direitos humanos de primeira geração servem como meios de construção para uma cultura da paz interior; b) os direitos humanos de segunda geração servem como meios de construção para uma cultura da paz social; c) os direitos humanos de terceira geração servem como meios de construção para uma cultura da paz ambiental.

É preciso que se faça, aqui, uma observação: tanto a classificação da cultura da paz quanto a classificação dos direitos humanos em três eixos não implica perda de unidade. Trata-se de uma classificação meramente didática. Os eixos de construção da paz (interior, social e ambiental) são conexos e interdependentes. Um não pode ser realizado sem o outro. Da mesma forma, a teoria geral dos direitos humanos já consagrou os princípios da indivisibilidade e interdependência destes, não havendo sucessão ou desaparecimento de uma geração por outra. Uma possível crítica de que tais classificações estimulariam uma visão atomizada ou fragmentada, em vez de holística, portanto, não procede. Ademais, a visão holística não veio destruir absolutamente a disciplinaridade, as classificações, especializações ou divisões do conhecimento humano, embora reconheça que tais fronteiras são ilusórias ou fictícias, como fictícias são as fronteiras geográficas entre os países. Contudo, reconhecendo que tais limites fazem parte da realidade do mundo hoje, o que a visão holística propõe é a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade. A abordagem holística pode ser considerada, pois, como “tudo o que tende a lançar pontes entre as fronteiras criadas no espírito do homem pela sua própria mente”, conforme ensina Weil (1990, p. 24).

Sobre as gerações (ou dimensões) dos direitos humanos, é comum encontrar quem cite atualmente uma quarta, uma quinta e até uma sexta geração. Entretanto, observa-se que essas gerações subsequentes, apontadas por alguns, não passam de deslocamentos de direitos já presentes nas gerações anteriores, apenas com o objetivo de lhes dar maior ênfase em determinados períodos históricos. Como, por exemplo, os direitos dos povos e o direito à paz permanente, que alguns apontam como motes para os direitos humanos de quarta e de quinta geração, respectivamente, mas que já estavam presentes na terceira geração. Além disso, cumpre destacar que as gerações de direitos humanos são antes “dimensões” do que propriamente “gerações”, porque não houve sucessão de direitos ao longo da história. A eclosão de uma geração não encerrou a anterior, havendo uma interação entre elas. Dessa forma, justifica-se a utilização apenas das três gerações clássicas dos direitos humanos como suficientes para a correspondência aqui apontada com os eixos de construção da cultura da paz.

E é essa correspondência, fornecida pela visão holística, que permite a construção de uma nova representação social dos direitos humanos, livre de preconceitos e mitos. Somente por ela é possível compreender a falsidade da ideia de que os direitos humanos só defendem bandidos e deixam à míngua suas vítimas, conforme esclarece Dornelles (2006, p. 58-59):

A vítima de uma violência criminal merece toda a atenção, toda a assistência, toda a preocupação e toda a solidariedade das entidades de defesa dos direitos humanos, mas principalmente do Estado. O que ocorre, no entanto, é que somente se fala de uma vítima, e não se vê o quadro global da violência em uma sociedade com histórica tradição de violações dos direitos mais primários. Além disso, apesar de os defensores da ordem se lembrarem da vítima da violência somente no momento em que buscam legitimar a ação criminosa dos órgãos repressivos, apenas apresentam como solução, como medida de proteção, uma espécie de vingança contra o criminoso, que se estende a todos os segmentos da sociedade iden-

tificados como indesejáveis e perigosos (tenham ou não cometido crimes). Assim, os defensores da ordem criam um clima de medo e de violência contínua, que em nada ajudará na contenção do conjunto de violências praticadas contra toda a população brasileira.

Quando se fala em direitos humanos, não se pensa em realidades estanques, compartimentadas. Não se pensa que apenas os “bons”, os “mocinhos da história”, têm direitos humanos, pensa-se e atua-se integralmente, tendo uma visão global da realidade em que vivemos.

Assim, a atuação de defesa intransigente dos direitos humanos se relaciona com todas as violações ocorridas. Violações em todos os níveis, e que afetem a vida de todos os seres humanos, independentemente de sua posição social, cor, religião, e mesmo do que tenham cometido.

Entende-se, assim, conforme pontua Soares (2010, p. 6), que “mesmo o pior dos criminosos continua tendo direito ao reconhecimento de sua dignidade como pessoa humana”. Coisa completamente distinta, por outro lado, é afirmar que os direitos humanos *só* defendem os criminosos, o que constitui uma falácia.

Exemplo de que a luta pelos direitos humanos no Brasil não se preocupa somente com bandidos e despreza suas vítimas é o Programa de Assistência e Proteção a Vítimas e Colaboradores da Justiça Ameaçados (PROVITA), que é fruto da luta e do trabalho de inúmeros defensores de direitos humanos no país. Embora tenha a participação de entidades governamentais, o PROVITA conta com a articulação e a participação de uma vasta rede de entidades não governamentais defensoras dos direitos humanos, que se dispõem a apoiar e proteger, em regime de voluntariado, pessoas que se acham ameaçadas na integridade física e psicológica, em função de sua condição de vítimas ou testemunhas de fatos criminosos. Só no âmbito do PROVITA do Estado de São Paulo foram 115 casos protegidos, que envolve-

ram 413 pessoas, de dezembro de 1999 a agosto de 2007, conforme informa Silva (2008, p. 11).

Além disso, os defensores de direitos humanos não amparam apenas vítimas da violência ostensiva, a única que normalmente aparece nas páginas e programas policiais. Tendo uma visão bem mais ampla, os defensores de direitos humanos sabem que existem inúmeras outras vítimas ocultas aos olhos da grande mídia: as vítimas da violência econômica, social, cultural, racial, ambiental, institucional, doméstica, religiosa, escolar, esportiva, entre tantas outras. São inúmeras as ações e campanhas promovidas por entidades governamentais e/ou civis que lutam pelos direitos humanos, não só no sentido de amparar vítimas da violência, mas, sobretudo, no sentido de prevenir e superar a própria violência.

Sobre a relação entre direitos humanos e paz, ensina Guimarães (2005, p. 254–256):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, constitui-se num marco referencial na História da humanidade, desses que anunciam e sinalizam mudanças qualitativas [...] A partir daí, estruturou-se um campo amplo do movimento pacifista, composto de inúmeros grupos e frentes, trabalhando as múltiplas relações entre paz, justiça e direitos humanos. Em primeiro lugar, os movimentos dedicados a ampliar o conhecimento dos direitos humanos e de mecanismos de sua aplicação, tais como os movimentos de direitos humanos, contra a pena de morte, a tortura, ou os movimentos contra toda e qualquer forma de discriminação, seja racial, de gênero ou outra. Aqui, são muitas instituições, nos mais diversos níveis, desde as que atuam em nível local, nacional, regional, como as de âmbito internacional, tais como a Anistia Internacional ou *Human rights watch*. Articulados com esse campo, devem ser citados movimentos contra a fome, tais como, no Brasil, a *Ação da cidadania contra a fome e a miséria*, lançada pelo sociólogo Herbert de Souza, o Betinho.

Um bom exemplo do trabalho dos defensores de direitos humanos, pelo caráter global e universalizante que teve, foi a primeira Marcha Mundial pela Paz e pela Não Violência, iniciada no dia 2 de outubro de 2009 e encerrada em 2 de janeiro de 2010, período no qual um grupo de humanistas percorreu várias regiões do planeta, promovendo os ideais de paz e não violência. Idealizado, inicialmente, pela ONG “Mundo Sem Guerras”, tal evento logrou êxito em reunir as maiores forças do pacifismo e da não violência ativa no mundo e, à medida que a marcha ia passando pelas regiões do planeta, uma série de atividades, eventos, festivais, fóruns, conferências e campanhas era realizada naqueles locais, convocando todas as pessoas do mundo para aderirem aos ideais promovidos pela marcha. O objetivo foi dar voz à maioria dos cidadãos do mundo que não estão a favor das guerras e da corrida armamentista, resgatar o melhor das diversas culturas do planeta e gerar uma consciência social mundial contra toda violência (física, psicológica, racial, religiosa, econômica, sexual etc.). É apenas um exemplo da mobilização dos defensores dos direitos humanos em prol das vítimas de toda violência. Unidos, pensaram globalmente e agiram localmente, numa ação inédita na história do nosso planeta. Um bom exemplo para ser lembrado quando a ignorância perguntar: onde estão os defensores de direitos humanos que só aparecem para defender bandidos?

4 Conclusões

A representação social dos direitos humanos no Brasil ainda é caracterizada por uma visão profundamente fragmentária, negativa e preconceituosa, que, na ânsia por manter um *status quo*, os identifica, em geral, como direitos de bandidos, inimigos da ordem e da paz. Tais direitos seriam, assim, não meios de construção, mas sim de demolição da paz.

Essa visão dificulta ou mesmo impede, em vários momentos, a própria efetivação dos direitos humanos. Trata-se de uma visão extremamente limitada que desconhece a real e integral noção do que é paz, confundindo-a com a mera ausência de guerra ou conflitos. O caminho que indica para atingir essa ausência seria o mais absurdo paradoxo: a violência como resposta à violência. É forçoso reconhecer que tal resposta só pode gerar, em última instância, não garantias, mas esvaziamentos de direitos. Não segurança, mas insegurança generalizada. Não liberdade, mas prisão para todos. Não o fim da guerra, mas a sua perpetuação.

A holística traz uma nova visão sobre paz, esclarecendo que esta é a plenitude criada por relações corretas consigo mesmo (paz interior), com os outros (paz social) e com o ambiente (paz ambiental). Dessa forma, revela que os direitos humanos têm um papel fundamental na construção de uma cultura da paz. Sendo tais direitos costumeiramente classificáveis em três gerações ou dimensões (correspondendo, simplificadamente, a direitos individuais, direitos sociais e direitos ambientais), conclui-se que estes servem como tijolos de construção para a paz interior, social e ambiental, respectivamente.

A visão preconceituosa que atribui aos direitos humanos e aos seus defensores uma parceria com a violência e com o crime desconhece a imensa gama de projetos, trabalhos, campanhas e atuações em nome dos direitos humanos, com o intuito de prevenir a violência, auxiliar vítimas dos mais variados tipos de agressões e promover a paz de forma integral, atuando em todos os seus níveis (interior, social e ambiental).

A superação da visão negativa dos direitos humanos no senso comum da sociedade só será alcançada, efetivamente, por meio de uma educação para a paz e para os direitos humanos, com ênfase na educação escolar, a partir da infância. Afirma Moscovici (2009, p. 108):

As representações sociais são históricas na sua essência e influenciam o desenvolvimento do indivíduo desde a primeira infância [...] Nossas representações de nossos corpos, de nossas relações com outras pessoas, da justiça, do mundo etc. se desenvolvem da infância à maturidade.

Dessa forma, por meio de uma educação para a paz e para os direitos humanos, as gerações mais novas crescerão com uma visão crítica, livre dos preconceitos e mitos que ainda assolam muitos dos que fazem parte das gerações mais antigas, sobreviventes dos períodos de guerra fria e ditaduras militares.

Espera-se, assim, que uma cultura da paz e dos direitos humanos seja uma realidade cada vez mais presente no Brasil e no mundo.

Referências

ALBORGHETTI, Luiz Carlos. *Cadeia Nacional*. Rede OM, 1992. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=ZILJzdOck7E&feature=related>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001. 186 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

CAHILL, Tim. Brasil tem “conceito infeliz” de que direitos humanos são “para bandidos”, diz coordenador da Anistia Internacional. *Uol Notícias*, São Paulo, 28 maio 2009. Entrevista concedida a Thiago Varella. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/05/28/ult1859u1047jhtm>>. Acesso em: 3 ago. 2010.

CARBONARI, Paulo César. A difícil construção dos direitos humanos: breve retomada histórica e desafios atuais. *Revista Direitos Humanos*, Recife, GAJOP, n. 1, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 236 p.

CARTA DA TERRA. 14 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/text.html>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. 76 p.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Educação para a paz: sentidos e dilemas*. Caxias do Sul: EDUCS, 2005. 364 p.

LIMA, Venício Artur de. Ética, mídia e reforma política. *Observatório da Imprensa*, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://www.observatorio-daimprensa.com.br/artigos.asp?cod=609JDB002>>. Acesso em: 30 out. 2010.

MALDONADO, Maria Tereza. *Os construtores da paz: caminhos da prevenção da violência*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. 120 p.

MASSA, Carlos Roberto. *Ratinho Livre*. Rede Record, 1997. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=bqy8qbcbaA4&feature=related>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. 404 p.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência*. Tradução de Inês Polegato. São Paulo: Palas Athena, 2007. 280 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003. 232 p.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 286 p.

REZENDE, Marcelo. *Rede TV! News Especial*. Rede TV!, 2006. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=y439F6pzkc&playnext=1&list=PL7CF2E5550CBB9BFD&index=18>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

SILVA, Inácio da (Coord.). *PROVITA São Paulo: história de uma política pública de combate à impunidade, defesa dos direitos humanos e construção da cidadania*. 1. ed. São Paulo: CDHEPCL, 2008. 86 p.

SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. *Cidadania e direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.ica.usp.br/artigos/benevidescidadaniaedireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

WEIL, Pierre. *A arte de viver em paz*. Tradução de Helena Roriz Taveira e Hélio Macedo da Silva. 2. ed. São Paulo: Gente, 1993. 93 p.

WEIL, Pierre. *Holística: uma nova visão e abordagem do real*. São Paulo: Palas Athenas, 1990. 84 p. Disponível em: <<http://www.pierreweil.pro.br/Livros/Portugues/on%20line/Holistica%20-%20Uma%20Nova%20Visao%20e%20Abordagem%20do%20Real.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2010.

Ministério Público e Criminologia



A influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil

Wendell de Melo Rodrigues Alves

Analista processual do Ministério Público da União; especialista em Ciências Criminais (UNIDERP) e em Limites Constitucionais à Investigação Criminal no Brasil (UNISUL); bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG).

Resumo: O presente artigo científico versa a influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil. Tratar-se-á sobre a instituição Ministério Público e seu poder investigatório. Discorrer-se-á sobre a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade. Realizar-se-á uma interação entre os dois capítulos anteriores, mediante a análise sobre a influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil.

Palavras-chave: Influência. Poder investigatório. Ministério Público. Dimensão positiva. Princípio da proporcionalidade. Criminalidade organizada.

Abstract: The present article is about the influence of the investigation power of the Prosecution Public Service on the positive dimension of the proportionality postulate considering the organized criminality in Brazil. The Chapter 2 is about the Prosecution Public Service and its investigation power. The Chapter 3 treats about the positive dimension of the proportionality postulate. And the Chapter 4 is an interaction between the two last Titles, making the analysis of the influence of the investigation power of the Prosecution Public Service on the positive dimension of the proportionality postulate considering the organized criminality in Brazil.

Keywords: Influence. Investigation power. Prosecution Public Service. Positive dimension. Proportionality postulate. Organized criminality.

Sumário: 1 Introdução. 2 Ministério Público. 2.1 Histórico. 2.2 Conceito. 2.3 Princípios institucionais. 2.4 Poder investigatório do Ministério Público. 3 Dimensão positiva do princípio da proporcionalidade. 4 A influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Ministério Público (MP) está inserido na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) no Capítulo IV – “Das Funções Essenciais à Justiça”. Esta localização no texto constitucional ressalta a relevante e singular missão dessa instituição em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil. Conquanto não esteja erigido à categoria de poder, foram-lhe conferidas fundamentais atribuições, entre as quais: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Não obstante a existência, em um passado próximo, de debate mais acirrado, na doutrina e na jurisprudência pátrias, acerca da possibilidade de essa instituição proceder à investigação criminal, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mediante a publicação da Resolução n. 13, regulamentou o modo pelo qual o Ministério Público procederá à investigação criminal tanto na fase pré-processual quanto de modo incidental.

A seu termo, vigora, no Brasil, o princípio da proporcionalidade, um dos corolários do devido processo legal substancial e ver-

dadeiro vetor para a concretização justa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Tal princípio possui uma dimensão negativa (proibição de excesso ou *übermassverbot*) e uma dimensão positiva (proibição de insuficiência ou *untermassverbot*).

A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade con-substancia-se na proibição de o Estado exceder-se no desempenho de suas funções e, por meio desse excesso, violar algum direito fundamental constitucionalmente assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes ou em passagem pelo Brasil. É preceito que visa à proteção das garantias fundamentais do indivíduo contra eventuais abusos por parte do Estado. Sua origem remonta à formação dos Estados de Direito.

Já a dimensão positiva de tal princípio constitui uma verdadeira proibição de deficiência de proteção por parte do Estado, quando do implemento ou da garantia de algum direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o direito à segurança.

O presente artigo científico tem por finalidade analisar a influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, especificamente no que diz respeito ao combate da criminalidade organizada no Brasil.

A matéria versada neste trabalho insere-se nos ramos do Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

A motivação para a escolha do tema decorreu do anseio pessoal em examinar de forma mais aprofundada a questão objeto deste artigo, por sua relevância e contemporaneidade.

Cabe ressaltar a importância do presente estudo no momento social hodierno. A violência alastra-se de forma assustadora e os criminosos apuram o seu poder de ataque diuturnamente, organizando-se para tanto.

Nesse contexto, soa extremamente relevante verificar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, diante da criminalidade organizada que se espalha pelo Brasil.

Por conseguinte, perscrutou-se no presente artigo científico a seguinte situação problema: qual a influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil?

Em resposta a tal questionamento, verificaremos as seguintes hipóteses: é positiva a influência do poder investigatório do Ministério Público na proibição de proteção penal deficiente ante a criminalidade organizada no Brasil; é negativa a influência do poder investigatório do Ministério Público na proibição de proteção penal deficiente ante a criminalidade organizada no Brasil.

2 Ministério Público

2.1 Histórico

Toda investigação acerca da origem do Ministério Público sempre gerou mais polêmicas que certezas. Desde os procuradores caesaris da antigüidade romana, encarregados da administração dos bens e defesa dos interesses do imperador, até os *le gens du roi* ou procuradores do rei do antigo direito francês, incumbidos da defesa dos interesses do monarca, posteriormente transformados em defensores dos interesses do Estado, houve uma certa impre-

cisão quanto à ancestralidade do Parquet ministerial (Machado, 1999, p. 137-138).

Preambularmente, importa destacar que, no presente tópico, discorrer-se-á tanto sobre a origem quanto sobre o histórico do Ministério Público. A diferença entre esses dois aspectos encontra-se no fato de a origem ser algo comum a qualquer Ministério Público existente no mundo, enquanto, em relação ao histórico, cada Ministério Público tem o seu.

A título de exemplo, o Ministério Público brasileiro tem a mesma origem que o italiano, mas seu histórico remonta ao Ministério Público lusitano.

Há divergência doutrinária quanto à *origem* do MP. Para alguns autores, originou-se dos egípcios, mais de quatro mil anos atrás, com os *magiaí*, funcionários reais naquele país.

Para outros, a origem se encontra na Antiguidade Clássica, ora nos *éforos* espartanos, ora nos *thesmotetis* ou *tesmótetas* gregos, ora nos *procuratores caesaris* ou *censores* romanos (MAZZILLI, 2001, p. 42).

Outra teoria acerca da origem do Ministério Público, e a mais aceita, é a de que tal instituição originou-se na França, com a *Ordenança* de 23 ou 25 de março de 1302, do rei Felipe IV, o Belo (MAZZILLI, 2001, p. 44).

No referido documento, há referência aos *procuratores nostri*, os quais não podiam patrocinar outras causas que não as do rei. Como o aludido documento versa sobre esses procuradores, denota-se que, apesar de ser a mais aceita, a teoria em questão deixa claro que já existiam, naquela época, pessoas incumbidas da defesa dos interesses dos governantes.

Antes de tomar assento ao lado dos juízes – *magistrature assisse* (magistratura sentada) –, os procuradores do rei sentavam-se no assoalho (*parquet*) e pronunciavam-se de pé, sendo, por isso, conhecidos por magistratura de pé – *magistrature débout*.

No tocante ao *histórico* do Ministério Público brasileiro, conforme asseverado anteriormente, este advém do Direito lusitano. Nas três *Ordenações*, existe referência aos procuradores do rei e aos promotores de Justiça. Nas *Afonsinas*, do ano 1447, o respectivo texto referia-se ao procurador do rei; nas *Manuelinas*, de 1514, o Livro I continha dois títulos, um sobre o procurador dos feitos do rei e outro sobre os promotores de Justiça; nas *Ordenações Filipinas*, de 1603, havia títulos versando sobre o procurador dos feitos da Coroa, procurador dos feitos da Fazenda, promotor de Justiça da Casa de Suplicação e promotor de Justiça da Casa do Porto. Antes da Independência do Brasil, as *Ordenações Filipinas* vigoraram como normas principais e aplicáveis em solo brasileiro, considerado, então, extensão da Coroa Portuguesa.

No Brasil, durante o Império (1522-1889) e, até mesmo, no início da República, o procurador-geral centralizava o ofício de defender os interesses do imperador, aos moldes do que acontecia no Direito lusitano (MAZZILLI, 2001, p. 46).

Na Constituição de 1891, o Ministério Público não tinha o caráter institucional, que veio a existir com a promulgação da Carta de 1934, ainda que o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, o qual organizou a Justiça Federal, assim o tivesse tratado (MAZZILLI, 2001, p. 56-57).

Na Constituição de 1934, o Ministério Público possuía capítulo à parte (“Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”). Era a institucionalização constitucional do Ministério Público.

Na Carta de 1934, previu-se que uma lei federal deveria organizar o Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios; previu-se, também, que leis locais deveriam prever a organização dos respectivos Ministérios Públicos dos Estados (MAZZILLI, 2001, p. 60-61).

Com a outorga da Carta de 1937, o Ministério Público sofreu retrocesso, pois aquela constituição não trouxe nenhum capítulo referente à instituição, salvo no tocante às regras de nomeação do procurador-geral da República (MAZZILLI, 2001, p. 61).

A Constituição democrática de 1946 reavivou o caráter institucional do Ministério Público (arts. 125 a 128 e título próprio), ao prever sua organização por meio de leis (federal e estaduais). Naquela época, cada Ministério Público detinha a função de representar os respectivos entes federativos a que se vinculavam (MAZZILLI, 2001, p. 62).

A Constituição de 1967 desvinculou, tipologicamente, o Ministério Público do Poder Executivo ao versar sobre a instituição no capítulo referente ao Poder Judiciário (MAZZILLI, 2001, p. 62).

A Carta de 1969, decretada pela Emenda Constitucional n. 1 daquele mesmo ano, em capítulo intitulado “Do Poder Executivo”, reconheceu o Ministério Público como instituição nacional, vinculada ao Poder Executivo, juntamente com as Forças Armadas e o funcionalismo público.

Na vigência daquela constituição, decretou-se, mediante ato institucional, a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, que previu a elaboração de lei complementar, de iniciativa do presidente da República, que versasse sobre normas gerais de organização do Ministério Público nos Estados (MAZZILLI, 2001, p. 62-63).

A Constituição Federal de 1988 desvinculou o Ministério Público de qualquer outro Poder, cominando-lhe natureza inédita.

2.2 Conceito

O art. 127 da Constituição Federal de 1988 define o Ministério Público como nunca antes visto na história brasileira:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Antes da Constituição de 1988, não houve nenhum outro conceito, em lei alguma, capaz de externar com tamanha propriedade e clareza a instituição em comento.

A Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, foi a que mais se aproximou do atual conceito, pois dispunha que o Ministério Público era instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, e pela fiel observância da Constituição e das leis.

Entre outras críticas que possam fazer a tal conceito, a mais relevante é a vinculação da atuação do Ministério Público ao Poder Judiciário, quando, nos dias atuais, é frequente e notória a atuação extrajudicial do Ministério Público.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 desvinculou o Ministério Público da função de representante da União, instituindo, também, de maneira inédita, como cediço, a Advocacia-Geral da União, para desempenhar tão importante e específica missão.

Era, no mínimo, contraditória a atuação do Ministério Público Federal antes da promulgação da Carta Magna de 1988, uma vez que podia propor ação em face da União e, por missão constitucional, era incumbido também de defender o citado ente da federação.

Nos dias atuais, o Ministério Público é uma instituição que zela pelo interesse público indisponível, primário, interesse social, além de fiscalizar a aplicação correta das leis, em defesa das garantias e dos direitos metaindividuais, que sejam instituídos por leis de ordem pública.

2.3 Princípios institucionais

O art. 127, § 1º, da Constituição Federal de 1988 cita quais são os princípios sobre os quais se alicerça o Ministério Público: “Art. 127 [...] § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. [...]”.

Conforme Hugo Nigro Mazzilli (2001), para que o princípio da unidade seja válido no âmbito do Ministério Público, é necessário que seus membros estejam sob a direção de um só chefe e que pertençam a um único ramo.

Esse autor, ao discorrer sobre o princípio da indivisibilidade, condiciona a aplicação de tal princípio, no âmbito do Ministério Público, à possibilidade de substituição de seus membros, uns pelos outros, sem qualquer embaraço (MAZZILLI, 2001, p. 61).

Diante desse enfoque doutrinário, não incidem tais princípios entre diferentes ramos ministeriais, principalmente, quando se raciocina com o primeiro grau de jurisdição. Os respectivos integrantes do Ministério Público estadual, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ou, ainda, do Ministério Público

Federal não estão sob a mesma chefia, nem se substituirão, uns aos outros, fora de cada ramo ou de cada Ministério Público.

Diante da redação do art. 128 da CF/1988, entende-se que o Ministério Público é uno:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – os Ministérios Públicos dos Estados.

Ao ler o dispositivo citado, presume-se que haja unidade entre todos os ramos do Ministério Público. A unidade implícita na redação de tal artigo refere-se às funções da Instituição Ministério Público, mas não a seus ramos. Isso deve ser entendido de maneira que qualquer promotor de Justiça ou procurador da República, do Trabalho ou promotor Militar possa atuar nas funções constitucionais de integrante da Instituição Ministério Público, todavia, tal atuação será limitada à especificidade legal de seu respectivo ramo ministerial.

A impossibilidade de haver unidade entre os ramos do Ministério Público impede, por consequência, a de haver indivisibilidade. Para se substituírem, uns pelos outros, os membros de diferentes ramos do Ministério Público, seria condição lógica a existência de subordinação comum a um único chefe, bem como a necessidade de pertencerem a um só ramo da instituição.

A independência funcional do Ministério Público permite a essa instituição, sem receio de sofrer pressões políticas ou judiciais, servir ao Direito e aos mais relevantes interesses sociais (*ubi societas ibi jus*).

2.4 Poder investigatório do Ministério Público

Apesar de o art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal de 1988 ter indicado a exclusividade da Polícia Federal e das respectivas polícias civis para o desempenho das atividades de polícia judiciária, entre as quais se insere a presidência e a condução de inquéritos policiais – procedimentos investigativos *unidirecionais* (destinam-se ao Ministério Público, titular privativo da ação penal), *inquisitivos* (não há necessidade de se observar o contraditório, salvo na produção de provas irrepetíveis, como laudos periciais ou no inquérito para expulsão de estrangeiro do país, nos termos do art. 71 da Lei n. 6.815/1980), e que possuem *finalidade endoprocedimental* (ou seja, servem para subsidiar a denúncia) (LOPES JÚNIOR, 2006) –, importa ressaltar que o inquérito policial é dispensável à promoção da persecução criminal em juízo.

Exemplo disso ocorre quando a *notitia criminis* chega ao Ministério Público por meio de algum indivíduo da sociedade que já traz, em sua delação, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva. Outro exemplo é aquele em que a Receita Federal do Brasil ou algum juiz envia ao Ministério Público informações e material contendo indícios suficientes de autoria e provas da materialidade delitiva descobertos em seus respectivos ofícios e aptos a ensejar, desde já, a promoção da respectiva ação penal.

A par dessa exclusividade para a presidência e condução do inquérito policial por parte das polícias judiciárias existentes no Brasil, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm apresentado sólidos

argumentos para respaldar o entendimento favorável ao cabimento da atividade investigativa também por parte do Ministério Público na esfera criminal.

Os argumentos favoráveis à investigação criminal pelo Ministério Público são: o direito à investigação como consequência lógica da titularidade privativa da ação penal pública (teoria dos poderes implícitos); o fato de a investigação pelo Ministério Público ser uma consequência do sistema acusatório processual penal brasileiro; a previsão contida no inciso VI do art. 129 da CF/1988; a existência de inúmeras previsões legais de investigação direta pelo Ministério Público; a função institucional de controle externo da atividade policial; a necessidade de se realizar uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao primeiro argumento favorável à investigação por parte do Ministério Público, segundo Luís Roberto Barroso (2004), a condição de titular privativo da ação penal pública confere ao Ministério Público uma ampla atuação, podendo, por isso, não só requisitar diligências, como realizá-las diretamente, quando elas se mostrarem necessárias. Esse é um raciocínio com fulcro na teoria dos poderes implícitos existente no Direito norte-americano (*inherit powers theory*), citada pelo referido autor.

A teoria dos poderes implícitos foi instituída pela Suprema Corte norte-americana e propugna que o constituinte, ao conceder a determinado órgão ou instituição uma dada atividade-fim, implicitamente também lhe concederá os meios necessários à consecução do seu desiderato, caso contrário, frustrar-se-ia o exercício do *mumus* constitucional que lhe foi cometido (BARROSO, 2004).

Dessa forma, ao incumbir o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o constituinte brasileiro assegurou-

-lhe não só os instrumentos previstos no texto da Lei Maior, mas também aqueles que, embora implícitos, sejam necessários ao fiel cumprimento do seu *munus* constitucional.

Exemplificando: se a Constituição Federal vigente concede ao Ministério Público a legitimidade privativa para a propositura de ação penal pública (CF/1988, art. 129, I) e se um dos requisitos para propor esse tipo de ação é a presença de justa causa (indícios de autoria e prova da materialidade delitiva), o Ministério Público poderá, então, investigar os fatos criminosos, em busca dessa justa causa.

No que diz respeito ao segundo argumento favorável ao poder investigatório do Ministério Público, tem-se que, se essa instituição, no sistema processual penal acusatório brasileiro, possui o ônus de provar suas acusações formuladas em juízo, por consequência, detém o poder para buscar as provas necessárias a tanto, utilizando-se a investigação criminal autônoma. Apesar da semelhança com o argumento anterior, o presente argumento se baseia no *onus probandi*, e não na teoria dos poderes implícitos.

Sobre o terceiro argumento favorável à investigação por parte do Ministério Público, observa-se que o art. 129, inciso VI, da Constituição Federal de 1988 possibilita ao Ministério Público “[...] expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

O citado inciso, portanto, legitima a possibilidade de o Ministério Público expedir notificação a testemunhas para prestarem depoimento, por exemplo, bem como requisitar informações e documentos para instruir o procedimento administrativo de investigação. A Constituição Federal de 1988 condicionou as cláusulas dessa investigação a uma lei complementar. Tal Lei Complementar

é a n. 75/1993, que, em seu art. 8º, prevê tal possibilidade, dispositivo que, em 2 de outubro de 2006, foi regulamentado pela Resolução n. 13 do CNMP.

O CNMP, chefiado pelo procurador-geral da República, nasceu com a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que incluiu no texto da Constituição Federal de 1988 o art. 130-A. Tal colegiado é composto por quatorze membros nomeados pelo presidente da República, após a aprovação da maioria absoluta do Senado Federal. O mandato desses membros é de dois anos, permitida uma recondução.

Segundo o § 2º do art. 130-A da CF/1988, uma das atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público é a de expedir resoluções de caráter vinculante aos membros integrantes do Ministério Público.

Nesse contexto, uma vez expedida alguma resolução normativa pelo CNMP, os promotores e procuradores do Ministério Público deverão obedecer aos seus termos, sob pena de incidirem em falta funcional, passível de delação por qualquer pessoa ao referido conselho, para que sejam tomadas as providências cabíveis.

No dia 2 de outubro de 2006, foi publicada a Resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (LOMPU), e o art. 26 da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (LONMP).

A mencionada resolução disciplina, no âmbito do MP, a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal pela própria instituição. Tal norma possui a seguinte epígrafe:

Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 e o art. 26 da Lei n. 8.625/1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências.

Da epígrafe transcrita, parece clara a possibilidade de o Ministério Público investigar crimes. Com efeito, os dispositivos da referida resolução indicam a plena possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais, de modo autônomo.

Quanto ao quarto argumento favorável à investigação pelo MP, verifica-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de inúmeras previsões legais de investigação direta pelo *Parquet*, tais como: art. 7º, I e II, e art. 8º, I, II, IV e VII, da Lei Complementar n. 75/1993; art. 26, I, II e IV, e art. 27, parágrafo único, I, da Lei n. 8.625/1993; art. 29 da Lei n. 7.492/1986; art. 201, VII e § 4º, da Lei n. 8.069/1990; art. 74, V e VI, da Lei n. 10.741/2003. Basta a leitura de tais dispositivos para se verificar a plena possibilidade de investigação pelo Ministério Público.

No que tange ao quinto argumento favorável à investigação pelo Ministério Público, o fato de competir a essa instituição exercer o controle externo da atividade policial a legitima a investigar a polícia, em caso de detecção de eventual irregularidade no exercício da atividade policial.

No que diz respeito ao sexto argumento, faz-se necessária uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988. O vetor para essa interpretação consubstancia-se no princípio da *máxima efetividade das normas constitucionais* e no princípio da *máxima proteção aos valores democráticos e aos deveres de proteção aos direitos fundamentais*. Nesse contexto, não interessa que a investigação fique sob a responsabilidade de um único órgão estatal, mas, sim, que haja um

sistema de freios e contrapesos, no qual o Ministério Público, na deficiência da polícia, investigue os fatos criminosos.

Conforme asseverado anteriormente, a jurisprudência pátria coaduna-se com a possibilidade de o Ministério Público investigar fatos criminosos em busca de justa causa para a promoção da persecução penal em juízo.

No Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma, em 10 de março de 2009, decidiu, de forma unânime, ao julgar o HC n. 91.661/PE¹, que o Ministério Público detém poder investigatório.

O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, manifestou-se favoravelmente à atuação investigativa do Ministério Público na esfera penal, como, por exemplo, no julgamento do REsp n. 778.545/PR², do HC n. 7445/RJ³, do HC n. 3.586-2/PA⁴ e do HC n. 43.030/DF⁵.

Por conseguinte, não resta dúvida quanto à legitimidade do poder investigatório por parte do Ministério Público.

- 1 STF, Processual Penal, HC n. 91.661/PE, Segunda Turma, rel. min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 13 jul. 2011.
- 2 STJ, Processual Penal, REsp n. 778.545/PR, rel. min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 20 abr. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5943223&sReg=200501356680&sData=20100510&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 13 jul. 2011.
- 3 STJ, Processual Penal, HC n. 7.445/RJ, rel. min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 1º dez. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2011.
- 4 STJ, Processual Penal, Recurso de HC n. 3.586-2/PA, rel. min. Pedro Acioli. Brasília, DF, 9 maio 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2011.
- 5 STJ, Processual Penal, HC n. 43.030/DF, rel. min. Paulo Gallotti. Brasília, DF, 6 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

3 Dimensão positiva do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um postulado de nível constitucional, cujas origens remontam à formação dos Estados de Direito.

Tal princípio está intimamente ligado aos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. É por intermédio do postulado em comento que será possível verificar se uma medida estatal afronta algum desses direitos por ser excessivamente interventiva ou por ser insuficiente, no que tange à proteção de tais direitos.

Para Luciano Feldens (2008, p. 81), o princípio da proporcionalidade, originariamente concebido para antepor-se ao Poder Público, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, especificamente a contar do que dispõe o art. 8º dessa Declaração, “[...] albergar-se-ia implicitamente no princípio da legalidade e, nessa condição, passaria a irrigar o sistema normativo como um todo”.

O Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da proporcionalidade está ínsito no princípio do devido processo legal substancial, como se pode verificar do excerto abaixo, retirado do acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667/DF:

[...] As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláu-

sula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of Law* [...]”⁶.

O devido processo legal substancial, conforme explicitou o ministro Celso de Mello, quando do voto proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.158/AM, consubstancia-se: “[...] na necessidade de proteger os direitos e liberdades das pessoas contra *qualquer* modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”⁷.

Para aferir eventual afronta de ato estatal ao princípio da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência alemãs (FELDENS, 2008, p. 82) apontam três critérios, denominados no presente artigo de subprincípios do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a) subprincípio da *adequação*; b) subprincípio da *necessidade*; e c) subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*.

Segundo o subprincípio da *adequação*, o ato estatal deve constituir-se do meio adequado ao fim a que se destina. Exemplificando: a conduta de um fornecedor utilizar peças usadas, sem o conhecimento e autorização do consumidor, para consertar determinado bem e cobrar o serviço prestado como se houvesse utilizado peças novas no conserto é uma conduta reprovável. Para coibir tal conduta, o legislador brasileiro pode utilizar a sanção penal ou a sanção civil. Ambas são meios estatais adequados ao fim de reprimir tal conduta fraudulenta.

6 STF, Constitucional, ADI n. 2.667 MC/DF, rel. min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387197>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

7 STF, Constitucional, ADI n. 1.158 MC/AM, rel. min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 nov. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

A seu termo, de acordo com o subprincípio da *necessidade*, o ato estatal deve constituir-se no meio menos gravoso à obtenção do fim por ele visado. Exemplificando: se, para coibir determinada conduta social maléfica, for necessária uma norma administrativa ou civil, não será necessária a edição de uma norma penal para tanto, haja vista que essa última é muito mais gravosa que as duas primeiras, por ensejar uma ou mais penas criminais (pecuniária e/ou privativa de liberdade).

Tal subprincípio está intimamente ligado ao princípio da intervenção penal mínima, especificamente no que tange à fragmentariedade do Direito Penal. Assim, se houver algum outro ramo do Direito que seja menos gravoso que o Direito Penal e tão eficiente quanto esse na repressão a determinadas condutas sociais reprováveis, tal ramo deverá prevalecer em detrimento do Direito Penal, justamente por ser menos gravoso que esse último.

Por fim, de acordo com o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, deve-se aferir se o ato estatal guarda uma relação razoável de custo-benefício quanto ao fim almejado pelo Estado ao editar o referido ato. Uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional. Rogério Schietti Machado Cruz (2006, p. 99) exemplifica o subprincípio em comentário relacionando a prisão cautelar e o sacrifício da liberdade humana, *litteris*:

Esse subprincípio implica o entendimento de que há uma relação justa e adequada entre os benefícios obtidos com a medida e os meios empregados para levá-la a termo. No tocante à prisão cautelar (ou qualquer outra medida cautelar), estará ela, portanto, justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outras palavras, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do investigado ou acusado for razoável (ante os juízos de idoneidade e necessidade da cautela) e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às

respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao sujeito passivo da medida.

Posto isso, verifica-se que o princípio da proporcionalidade serve de parâmetro de aferição da excessividade interventiva do Estado na vida da sociedade protegida pelo pacto constitucional, bem assim se mostra uma poderosa ferramenta de aferição acerca de eventual insuficiência de um ato estatal protetivo de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

A Constituição Federal de 1988 enuncia uma série de direitos individuais fundamentais erigidos pelo texto constitucional ao *status* de cláusula pétrea, ou seja, direitos que não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição.

Alguns desses direitos consubstanciam-se em verdadeiras garantias individuais contra eventuais atos estatais abusivos.

Outros desses direitos individuais fundamentais constituem, em seu âmago enunciativo, verdadeiras normas mandamentais dirigidas ao Estado, que deverá assegurá-los, de modo eficiente.

Tanto em um caso quanto em outro, o princípio da proporcionalidade tem aplicação, haja vista o fato de tal postulado possuir duas dimensões, a depender do mandamento material constitucional a que se relacione o ato estatal a ser submetido ao crivo de tal princípio: uma dimensão negativa e outra, positiva.

A dimensão negativa do princípio da proporcionalidade, conforme asseverado na introdução deste artigo, denomina-se proibição de excesso, expressão que, segundo Lênio Streck (2005), Luciano Feldens (2008) e Ingo Wolfgang Sarlet (2010), originou-se na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional daquele país decidiu acerca da constitucionalização do aborto, desde que precedido de uma conscientização social realizada por meio de admoes-

tação estatal à gestante a continuar com a gravidez, explicando-lhe aspectos relacionados à vida intrauterina.

Por meio da dimensão negativa do princípio da proporcionalidade, um ato estatal abusivo ou excessivamente restritivo a algum desses direitos individuais fundamentais poderá ser declarado inconstitucional e, por conseguinte, não ser aplicado à sociedade a que se destina. Essa dimensão do princípio da proporcionalidade ampara o que Lenio Streck (2005) denomina de garantismo negativo.

Por meio do garantismo negativo, o Poder Judiciário poderá controlar os atos estatais que, por serem considerados desproporcionais em relação aos fins visados, malfirmam garantias constitucionais fundamentais asseguradas à sociedade.

Entretanto, há também uma dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, que ampara o que Streck (2005) denominou de garantismo positivo.

Essa dimensão, no âmbito do Direito Criminal brasileiro, decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade com o fim de coibir uma proteção penal deficiente por parte do Estado, em relação a determinado direito individual fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A título de exemplo, pode ser citado o direito à segurança como uma das garantias a serem implementadas pelo Estado brasileiro, conforme se depreende da redação do *caput* do art. 5º da CF/1988.

Se, por intermédio de um ato legislativo, o Estado brasileiro intentar abrir mão ou minorar sua obrigação sociocontratual de proporcionar segurança aos brasileiros e aos estrangeiros residentes ou em passagem pelo Brasil, tal ato também poderá ser declarado

inconstitucional com fulcro na afronta ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão positiva.

Posto isso, é possível concluir que, enquanto a dimensão negativa do princípio da proporcionalidade estabelece um limite máximo no que concerne à intervenção estatal, sua dimensão positiva estabelece um limite mínimo de proteção a ser implementada pelo Estado.

4 A influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil

A criminalidade organizada é um mal que afflige o mundo e se caracteriza por ser um tipo de criminalidade multiforme, que atua mediante uma estrutura hierárquico-piramidal, de modo impessoal e com específica divisão de tarefas entre seus integrantes, todos visando a um fim comum ilícito (GREGHI, 2009).

A globalização contribuiu para a transnacionalidade da criminalidade organizada. Com a globalização – principalmente após a invenção da rede mundial de computadores –, a velocidade e a facilidade de transmissão da informação criminosa aumentaram sobremaneira. Grupos criminosos organizados que atuavam em mais de um país foram privilegiados com essa inovação, pois, por meio dela, puderam acelerar a comunicação entre seus integrantes.

Também com a globalização o acesso a meios tecnológicos passíveis de sofisticar o *modus operandi* de grupos criminosos organizados tornou-se mais fácil, haja vista que importações de aparelhos tecnológicos sofisticados são realizadas, sem que a embalagem que os envolva seja violada, até a respectiva chegada a seu destino de postagem.

A par do exposto, a soberania e o modo pelo qual cada Estado soberano trata o processo penal dificulta o combate à criminalidade organizada. E essa dificuldade é diretamente proporcional à burocracia existente para se desenvolver uma cooperação entre dois ou mais países em tal combate.

Cooperação é uma palavra-chave no combate à criminalidade organizada. E isso se dá não só em nível internacional, mas também em nível nacional, como se pode constatar na realidade brasileira em um passado próximo.

Adrede, verificou-se o benefício decorrente da cooperação entre as forças públicas brasileiras no combate ao narcotráfico (uma das formas de criminalidade organizada) que ainda assola a cidade do Rio de Janeiro.

Uma força-tarefa composta por integrantes do Exército Brasileiro, Marinha do Brasil, Polícia Militar do Rio de Janeiro – aí incluído o Batalhão de Operações Especiais daquele Estado – e Polícia Civil daquela mesma Unidade Federativa, em poucas horas de ação conjunta, reassumiu o controle do complexo de favelas do Alemão, um dos locais comandados pela criminalidade organizada relacionada ao tráfico de drogas no Brasil (COSTA, 2010).

Nessa linha de raciocínio, qual seja, a de que a cooperação é um dos fatores imprescindíveis ao combate eficiente da criminalidade organizada no Brasil, é que se insere a possibilidade de o Ministério Público, ao lado das polícias judiciárias e outras instituições governamentais, como a Receita Federal do Brasil e o Banco Central do Brasil, exercer um poder investigatório pleno e eficiente, com o fim de potencializar o combate à criminalidade organizada existente no Brasil e, por conseguinte, influenciar, de modo positivo, o princípio da proteção penal eficiente, dimensão positiva do princípio da proporcionalidade.

A existência e o crescimento da criminalidade organizada no Brasil é algo incontestável.

Como afirma José Carlos Cosenzo (2010):

Ao custo de muitas vidas, a Triáde chinesa remonta ao século XVI. A japonesa Yakusa tem registros do século XVIII. No século XIX, as mais conhecidas tinham base no território italiano, como a Cosa Nostra, N'Drangheta e Camorra, cujo final de período nos possibilitou conhecer outra tão violenta quanto aquelas, a Máfia Russa (*Vor v zakone*). A indústria cinematográfica americana tornou famosa no mundo todas as “máfias” que controlavam os jogos e a distribuição de bebidas naquele país, cujos integrantes tinham como objetivo o ganho fácil, a dominação e a corrupção de agentes do Estado, sem abrir mão da violência, regada a banhos de sangue e imposição de silêncio sepulcral.

Idênticos registros de crimes organizados temos na história brasileira, como o Cangaco, no Nordeste (século XIX), o Jogo do Bicho, no Rio de Janeiro, com contraventores dominando vários segmentos, péssimo exemplo seguido pela Falange Vermelha e Comando Vermelho, que surgiram nas décadas de 70 e 80 e, nos anos 90, com vestígios iniciais na Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo, o Primeiro Comando da Capital.

Menos estrepitosas, porém com mais requinte e sofisticação, apareceram no cenário nacional inúmeras organizações que passaram a atuar no campo político, fulminando a probidade administrativa que deve revestir a conduta do agente político na preservação do patrimônio público. A corrupção, que muitas vezes era praticada por políticos de renome, integrantes das oligarquias que dominavam os “feudos”, recebeu a repetida sofisticação, notadamente quando o avanço da informática obstaculizava os desvios rudimentares.

Os grupos criminosos organizados existentes nas favelas da cidade do Rio de Janeiro voltados à prática do narcotráfico demonstram que o Estado brasileiro não consegue oferecer àquelas comunidades um dos direitos fundamentais que lhe são constitucionalmente assegurados, qual seja, o direito à segurança.

É cediço que muitos dos moradores daquelas favelas seguem regras estabelecidas pelos traficantes de drogas que lá atuam, como, por exemplo, o toque de recolher (regra segundo a qual, a partir de um determinado horário estabelecido pelo grupo criminoso organizado local, nenhum morador pode sair de casa sem a autorização dos narcotraficantes).

Isso é uma prova de que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão positiva, não está sendo observado pelo Estado brasileiro. No que concerne àquelas comunidades, a proteção penal por parte do Estado mostra-se insuficiente.

A par de outras ações estatais, cremos que o poder investigatório do Ministério Público detém influência benéfica na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, proteção penal eficiente por parte do Estado Brasileiro.

Isso porque o próprio legitimado a dar início à persecução criminal em juízo obterá os indícios suficientes de autoria, bem como as provas da materialidade delitiva necessárias à promoção da respectiva ação penal pública.

Como evidenciado neste artigo, o Ministério Público é instituição essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, privativamente, a promoção da ação penal pública na forma da lei.

Posto isso, é possível concluir que o Ministério Público detém fundamental importância no combate à criminalidade organizada, pois será ele o representante da sociedade brasileira no polo ativo de um processo criminal instaurado contra grupos criminosos organizados. A ele serão destinadas as provas colhidas durante a fase investigativa da persecução penal.

Por meio de procedimentos investigativos instaurados pelo próprio Ministério Público, sua atuação se tornará mais célere e, por consequência, também será mais rápida a prestação jurisdicional.

Não obstante a isso, o Ministério Público será o responsável, ainda, por, com esteio nas provas colhidas no bojo de lícitos e legítimos procedimentos investigatórios criminais por ele mesmo instaurados, pleitear no Poder Judiciário o deferimento de medidas cautelares restritivas de direitos, como busca e apreensão, bloqueio de bens e valores, interceptação telefônica, entre outras medidas importantes no combate à criminalidade organizada.

Considerando-se todos esses aspectos, ratifica-se a ideia de que a polícia judiciária, o Ministério Público e outras instituições governamentais devem trabalhar em harmonia para atingir o desiderato de combater e dismantelar a criminalidade organizada instaurada no Brasil.

Entretanto, há, no Brasil, quem discorde da legitimidade do MP para proceder a investigações criminais de forma autônoma.

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) n. 150/2006, originário do Senado Federal, especificamente de autoria da senadora Serys Slhessarenko, que dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências.

Durante a tramitação de tal projeto pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o então senador Romeu Tuma, ex-delegado de Polícia Civil, propôs a substituição da expressão “investigação” pela expressão “inquérito policial” no Capítulo III do aludido projeto, que versa sobre o Procedimento Criminal de apuração do crime organizado e das infrações penais que lhes sejam conexas.

Tal proposta, segundo o senador Aluísio Mercadante, relator do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania referente ao projeto de lei em comento, objetivou demarcar as funções da polícia judiciária e as do Ministério Público, no que tange ao poder investigatório na fase pré-processual penal:

Como já havia adiantado, alvo das modificações sugeridas pelo representante do Estado de São Paulo seria deixar bem demarcados os campos de atuação da Polícia e do Ministério Público, no âmbito do procedimento criminal de que trata a presente lei, suplantando-se, desta forma, a discussão da necessidade ou não de lei em sentido formal (*ex vi* art. 22, inciso I, CF), em face das Resoluções n. 13, de 2006, e 20, de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público⁸.

Para José Carlos Cosenzo (2010), a referida intervenção do então senador Romeu Tuma, representante do Estado de São Paulo, se deu por corporativismo:

Dentre os avanços mencionados, além da definição da conduta de crime organizado, estabelece a maneira como se desenvolve a investigação criminal e os meios de provas, a colaboração premiada, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, documentos e informações, bem como os delitos praticados por quem investiga, além do procedimento criminal com celeridade e segurança. O PL n. 150/2006 foi aprovado no âmbito da CCJ do Senado Federal e aguardava inserção em pauta para exame no plenário. Entretanto, o deferimento de requerimento apresentado pelo Senador Romeu Tuma fez a matéria retornar àquela Comissão e atende apenas um objetivo: o corporativismo de parte da polícia judiciária, que pretende substituir a expressão “investigação” por “inquérito policial”, fruto de um trabalho classista que sustenta a exclusividade

8 Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado n. 150, de 2006, que dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências em reexame, nos termos do art. 279, inciso II, do Regimento Interno do Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Rel. sen. Aluísio Mercadante. Senado Federal, Brasília, DF, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/70367.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

para realizar as investigações em detrimento da sociedade brasileira, que poderia ser contemplada por uma legislação que, se não atende totalmente os anseios, ao menos proporciona uma sensível melhora na apuração e punição dos integrantes de organizações criminosas.

Conforme afirmado neste artigo científico, esse dissenso entre as polícias judiciárias e o Ministério Público, no que tange ao poder investigatório por parte desse último, gera um prejuízo à sociedade brasileira, uma vez que o poder investigatório do MP mostra-se como um *plus* no combate à criminalidade organizada.

Isso ocorre pois, além de ser mais uma instituição detentora do poder de atuar de forma autônoma na fase investigativa de delitos cometidos por grupos criminosos organizados, será essa mesma instituição que promoverá a persecução criminal em juízo, o que facilitará a demonstração da autoria e da materialidade delitiva durante a instrução criminal.

Isso porque a mesma instituição detentora do ônus de prová-las produziu tais provas, por meio de uma investigação autônoma, lícita e legítima.

Nessa linha de raciocínio, ratifica-se: a cooperação entre as instituições governamentais envolvidas na persecução criminal é algo imprescindível ao implemento estatal da dimensão positiva do princípio da proporcionalidade no que tange ao combate da criminalidade organizada.

Nesse sentido manifestou-se o senador Aluísio Mercadante no parecer emanado durante a tramitação do Projeto de Lei n. 150/2006 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania:

Ninguém duvida das vantagens resultantes da coordenação das ações do Ministério Público e das autoridades policiais. Melhor dizendo: na seara de combate ao crime organizado, não se colherá fruto algum se não houver a mais perfeita integração e sintonia

entre os trabalhos do *parquet* e da polícia. Não tenhamos dúvidas: a cizânia só favorece os delinquentes. Portanto, essa polêmica deve ser enfrentada com desarmamento de espírito e sem viés corporativista, tendo-se em mira a intenção maior, sob as emanações constitucionais, de combater a impunidade com a plena eficiência da prestação jurisdicional⁹.

Não obstante o senador Aluísio Mercadante ter-se manifestado nesse sentido, terminou por aprovar, em parte, os pleitos do então senador Romeu Tuma, para substituir a expressão “autoridade policial” por “autoridade com competência de polícia judiciária”, como se pode verificar do seguinte excerto do respectivo parecer, cuja aprovação se deu de forma unânime pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania:

Como já manifestei, creio que a Constituição estabeleceu a distribuição de competências, no campo das “investigações criminais”, de forma a fazer prevalecer, como corolário das cláusulas do devido processo legal, do contraditório, e, particularmente, da ampla defesa, a igualdade das partes frente ao juízo competente para aplicar o direito no caso concreto. É o que pode justificar a opção do legislador constituinte por não ter considerado modelos exógenos de juizado de investigação, instrução e acusação ou de sujeição hierárquica da autoridade policial ao promotor de justiça.

As prerrogativas acima arroladas como próprias do Ministério Público não são suficientes para que se conclua pela legítima concorrência entre a função policial e a do órgão ministerial, até porque isso acabaria por dificultar a otimização da atribuição precípua do *parquet*: promover a ação penal pública. Investigações pontuais, isoladas, peças de informação regularmente levadas a efeito ou coligidas pelo Ministério Público, não se confundem

9 Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado n. 150, de 2006, que dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências em reexame, nos termos do art. 279, inciso II, do Regimento Interno do Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Rel. sen. Aluísio Mercadante. Senado Federal, Brasília, DF, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/70367.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

com o procedimento administrativo investigatório da polícia judiciária, nos termos postos pelos arts. 6º e seguintes do Código de Processo Penal. A atuação do Ministério Público, no âmbito das investigações antecedentes à propositura da ação penal, deve ser complementar à da autoridade policial. É o que se deduz do Texto Constitucional. Vejamos: quando o Ministério Público requisita algo, o faz, conquanto de forma imperiosa, dirigindo-se a alguém, ao invés de agir de moto próprio. Poderá a ação do Ministério Público até mesmo não ser imperiosa: ao invés de requisitar, poderá tão-somente requerer. É o que se depreende da sua participação pré-vestibular (inquérito) na ação penal originária, junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no art. 1º, § 1º e § 2º, alínea *b*, da Lei n. 8.038, de 1990. Eventualmente, será substitutiva quando recair sobre a própria autoridade policial a suspeita de delito, como já deu a entender o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, é preciso deixar patente: 1) que órgãos de polícia judiciária, elencados no art. 144 da Constituição Federal, apesar de toda a abrangência do inquérito, não possuem o monopólio da investigação criminal, embora a eles se reconheça a atribuição regular de empreendê-la; 2) que investigação e promoção da ação penal necessariamente se imbricam; e 3) que meras “peças de informação” são bastantes para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público (arts. 28 e 67, inciso I, CPP).

Por que somos levados a concluir pela inexistência de exclusividade na investigação pelo órgão policial? A Constituição Federal, já no seu art. 58, § 3º, confere às comissões parlamentares de inquérito poderes “de investigação próprios das autoridades judiciais”. Suas conclusões são “encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”. Mais adiante, no § 4º do art. 144, parte final, o constituinte cuidou de excepcionar as infrações militares daquelas que são apuradas pelas polícias civis. De fato, lendo-se o art. 7º do Decreto-Lei n. 1.002, de 1969 (Código de Processo Penal Militar), constata-se que o inquérito, cujo procedimento é previsto nos arts. 8º a 28 desse diploma legal é conduzido por militar e não por delegado de polícia. E aqui dois aspectos merecem ser destacados: a colaboração do Ministério Público Militar, ainda na fase do IPM (art. 14) e a pos-

sibilidade de dispensa do próprio inquérito (art. 28). O Código de Processo Penal, por seu turno, no art. 4º, que trata da apuração das infrações penais e da sua autoria, pela polícia judiciária, é de meridiana clareza, no seu parágrafo único, ao dispor que “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

A lei reconhece até mesmo, em certas circunstâncias, que ao juiz cabe conduzir as investigações sobre a materialidade de delito e sua autoria. A Lei n. 8.038, de 1990, em seu art. 2º, explicita que magistrado – no caso, ministro de tribunal superior – é “juiz da instrução”, competindo-lhe dirigir inquérito, de natureza policial, nos crimes de prerrogativa de foro, junto ao STF e ao STJ (v. arts. 43, 52, inciso XII, 55, inciso XIV, 56, inciso V, 74, 231 e seguintes do Regimento Interno do STF e arts. 34, XVII, 58, 64, 67, parágrafo único, inciso V, 71, 217 e 219 do Regimento Interno do STJ). No art. 3º da Lei n. 9.034, de 1995 outorga-se ao juiz o poder de realizar pessoalmente diligências para apurar a violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei.

Na órbita jurisprudencial temos a Súmula n. 397 do Supremo Tribunal Federal, a dizer que: “O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”. Dessa maneira, quando o crime é cometido em dependências de casa parlamentar é lícita a instauração de procedimento investigatório pela respectiva polícia legislativa.

Por outro lado, é forçoso extrair do inciso IX do art. 129 da Constituição Federal os chamados poderes implícitos, segundo os quais, na esteira da melhor doutrina de hermenêutica constitucional, quando o Estatuto Político Fundamental determina os fins, oferece os meios. Vale aqui reproduzir a esse respeito o argumento da Ministra Ellen Gracie, relatora do HC n. 91.661/PE, ao votar, verbis: “Se a atividade fim – promoção da ação pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita da prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia. Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhe-

cida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público. Cabe ressaltar que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público”.

Ante todo o exposto, concluo no seguinte sentido: os organismos policiais relacionados no art. 144, § 1º, inciso I, e § 4º, possuem a atribuição administrativa ordinária para apurar infrações penais e sua autoria; excepcionalmente, a ordem jurídica reconhece essa atribuição, por substituição ou complementação, a outros órgãos de Estado. Podem, nessas condições, conduzir investigações criminais: juízes, membros do Ministério Público, deputados, senadores, oficiais militares e polícias legislativas.

Portanto, a formulação adequada que dê conta do que é suscitado nas três emendas de reexame há de açambarcar, genericamente, todas as espécies mencionadas. Encontro no verbete da Súmula Vinculante n. 14 do STF o melhor suporte redacional a dar cobertura a esse amplo leque de possibilidades de legitimação para o procedimento investigatório criminal e dali aufero a solução – com os devidos ajustes propostos pelas entidades representativas dos membros da Polícia e do Ministério Público – para o texto mais apropriado para os dispositivos indicados pelo Senador Romeu Tuma e outros conexos.

Em decorrência dessa abordagem e atendendo postulação formulada pelas entidades representativas dos delegados de polícia, entendi ser procedente a substituição, no corpo de toda a proposição, da expressão “autoridade policial” por “autoridade com competência de polícia judiciária”, de forma que órgãos policiais outros que não aqueles elencados no art. 144, incisos I e IV, § 1º, inciso I, e § 4º, da Constituição Federal não venham a exercer as funções administrativas próprias de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, no contexto acima exposto e ante o que dispõe o art. 4º do CPP.

Sobre os requerimentos efetuados pelo então senador Romeu Tuma, bem como no que diz respeito ao poder investigatório do Ministério Público no combate ao crime organizado, assim se

manifestou o presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) (COSENZO, 2010):

As formas de combate ao crime organizado têm a propensão de reproduzir as peculiaridades de cada nação, mas, com o efeito da globalização como característica da criminalidade organizada, alguns países absorvem a legislação aplicada naqueles mais avançados. Assim, inspirada na italiana, em 3 de maio de 1995 entrou em vigência a Lei n. 9.034, conhecida como “Lei de Combate ao Crime Organizado”, que instituiu a atuação repressiva, duramente criticada pela má técnica legislativa e pelas inovações, notadamente pela ausência de definição de condutas típicas e inconstitucionalidade de alguns dispositivos, depois alterada pela Lei n. 10.217, de 12 de abril de 2001, que introduziu a expressão “organizações criminosas”.

Grandes avanços, entretanto, são trazidos no PLS n. 150/2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko e que tem como Relator o Senador Aloizio Mercadante, o qual dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado [art. 1º] e, atendendo às postulações da comunidade jurídica, traz a definição de crime organizado: “promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes: [...]” [art. 2º].

Dentre os avanços mencionados, além da definição da conduta de crime organizado, estabelece a maneira como se desenvolve a investigação criminal e os meios de provas, a colaboração premiada, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, documentos e informações, bem como os delitos praticados por quem investiga, além do procedimento criminal com celeridade e segurança. O PL n. 150/2006 foi aprovado no âmbito da CCJ do Senado Federal e aguardava inserção em pauta para exame no plenário. Entretanto, o deferimento de requerimento apresentado pelo Senador Romeu

Tuma fez a matéria retornar àquela Comissão e atende apenas um objetivo: o corporativismo de parte da polícia judiciária, que pretende substituir a expressão “investigação” por “inquérito policial”, fruto de um trabalho classista que sustenta a exclusividade para realizar as investigações em detrimento da sociedade brasileira, que poderia ser contemplada por uma legislação que, se não atende totalmente os anseios, ao menos proporciona uma sensível melhora na apuração e punição dos integrantes de organizações criminosas.

Todos aqueles que atuam no combate a esse complexo afã têm clara noção de que a atividade de inteligência é de fundamental importância tanto para a prevenção das ações criminosas quanto para o fornecimento de dados úteis à repressão aos delitos e, sobretudo, para o estabelecimento de cenários e estratégias de atuação nas áreas de segurança pública e institucional. Desde quando ainda se idealizava uma atuação aperfeiçoada no combate à criminalidade organizada, sempre se buscou a parceria e a cooperação entre agentes e instituições.

Estudiosos da área de inteligência comprovam que, além de operações de busca dos conhecimentos protegidos, é importante desenvolver trabalhos de análise estratégica, utilizando procedimentos sistemáticos, estudos e criteriosas avaliações, visando a identificação e compreensão das características e o *modus operandi* das organizações criminosas e de seus componentes, e isso se faz utilizando toda a estrutura do Poder Público, por meio da ação coordenada dos diversos órgãos.

Reconhecidamente, seja pela complexidade ou abrangência das organizações criminosas nacionais e internacionais, torna-se infrutífero combater o crime organizado somente com atividades exclusivas de caráter policial. Tais especialistas indicam que o trinômio “cooperação, coordenação e controle” deve ser integrado à inteligência, como medida eficaz para anular as ações criminosas. Assim, é imprescindível que o Ministério Público desenvolva, junto com a polícia, atos tendentes a enaltecer a inteligência.

Por isso, sendo o destinatário das investigações, como titular exclusivo da ação penal pública, é incompreensível a tentativa de se alijar o Ministério Público da parte pré-processual, notadamente quando é recorrente a necessidade de se pleitear medidas judiciais cautelares.

mente, como buscas, apreensões e interceptações de comunicações. O Ministério Público nunca pretendeu assumir os atos investigatórios com habitualidade, mas sim realizá-los em questões especiais, subsidiariamente. Aliás, não há um único texto legal que confira à polícia a mesma exclusividade.

Ademais, primeiramente, e de grande importância, salienta-se que a questão da possibilidade de investigação pelo Ministério Público já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 91.611-9, relatado pela Ministra Ellen Gracie. Segundo a Relatora, a coleta de elementos de prova como forma de demonstrar a autoria e a materialidade de delitos pelo Ministério Público é possível, e “essa conclusão não significa retirar da polícia judiciária as atribuições previstas constitucionalmente”.

É sabido que ao Ministério Público é possível a promoção de procedimento administrativo, de cunho investigatório, a fim de que seja promovida a ação penal, portanto, segundo a decisão do STF, “não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente à obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal”.

Ora, ao conferir a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, a Constituição da República assegura, também, a promoção das medidas necessárias à garantia dos direitos nela estabelecidos, possibilitando, ainda, o exercício de outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade.

É notório que a polícia judiciária não possui condições de investigar todos os fatos noticiados, seja pela falta de pessoal qualificado e treinado, conhecimento técnico e aparato tecnológico, seja pelas influências sofridas pelos outros Poderes. A polícia acaba tendo a sua atuação restrita, deixando, muitas vezes, de investigar práticas criminosas graves da maneira minuciosa que exigem, assim como de combater a futura atuação criminosa. A atividade da polícia judiciária é, sobretudo, um trabalho técnico e requer uma atuação ostensiva, que não é atendida integralmente a ponto de ser admissível dispensar a atuação do Ministério Público nas investigações criminais.

A exclusividade na investigação, pretendida pela emenda apresentada ao PLS n. 150/2006, representa não só a privativa iniciativa na investigação criminal, mas, antes de tudo, o que é infinitamente mais grave, a exclusividade de NÃO INVESTIGAR, pois aquilo que os órgãos policiais não contarem com condições de fazer, a ninguém mais será dada a oportunidade de fazê-lo. Aliás, especificamente sobre essa particularidade, vale citar as palavras do Presidente da Associação dos Delegados da Polícia do Estado de São Paulo, SÉRGIO MARCOS ROQUE, no sentido de que “só 5% das ocorrências são investigadas”. Significa dizer, no caso da aprovação da exclusividade proposta na emenda ao PLS n. 150/2006, que a polícia terá, também, a exclusividade de NÃO INVESTIGAR 95% das ocorrências registradas.

O Ministério Público, por seu turno, ao contar com autonomia administrativa e financeira, além de independência funcional, é capaz de realizar investigações profundas que, muitas vezes, se mostram inacessíveis para a polícia judiciária, possuindo condições de requisitar ou mesmo realizar perícias e diligências úteis para o esclarecimento de casos de maior complexidade, reiterar-se, sem pretender substituir a polícia judiciária. A verdadeira intenção é apenas a de deter legitimidade para a investigação e poder realizá-la nas oportunidades em que, por falta de recursos, pelas influências sofridas ou mesmo por omissão da polícia, esta não se tenha realizado de forma adequada.

A sociedade, que sofredamente recolhe altos tributos, não pode ficar à mercê de questiúnculas e quer ver resultados. A mesma sociedade sabe que as maiores e mais profícuas investigações para desvendar e reprimir a criminalidade organizada se deve à atuação conjunta da polícia e do Ministério Público.

Corrupção e criminalidade organizada são parceiras quase que indissociáveis, e enquanto as ações para combatê-las, sem um mecanismo jurídico eficiente e atual, caminham vagarosamente, as atividades ilícitas avançam em maior velocidade.

Com a competência notória, BORIS FAUSTO, em artigo atualíssimo, trata do assunto, em perspectiva histórica, lembrando alguns objetivos bem amplos. Inicialmente, a necessidade do fortalecimento das

instituições públicas, tornando-as cada vez mais estáveis e menos dependentes de cada governo; depois, a imposição da noção de responsabilidade aos dirigentes das grandes empresas. Nesse raciocínio lógico, idealiza a luta pela limitação da prática da corrupção na sociedade, condicionando-a à combinação de dois fatores: repressão e educação.

Por uma outra ótica, apenas de interpretação, faço a inversão dos fatores. O primeiro, de extrema relevância, a que certamente deve se incumbir o Ministério Público, é a transformação de nossa cultura transgressora, indispensável tarefa de longo prazo, ainda que seja obrigado a bater às portas da Justiça para exigir o cumprimento, pelo Estado, dos direitos sociais postos pelo art. 6º da Constituição Federal, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. O segundo é a repressão e punição eficazes dos membros de organizações criminosas, que resultariam em efeito extraordinário no conjunto da vida social. Trata-se aqui de bandidos, autênticos ladrões de sonhos que não merecem qualquer piedade.

Posto isso, considerando-se que o Estado brasileiro não tem observado a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, no que tange ao combate à criminalidade organizada, é possível concluir que o Ministério Público, por meio de seu poder investigatório, poderá contribuir para minorar a deficiência da proteção penal estatal quanto ao combate à criminalidade organizada.

Isso porque, conforme já asseverado, além de o Ministério Público ser mais uma instituição detentora do poder de atuar de forma autônoma na fase investigativa de delitos cometidos por grupos criminosos organizados, será essa mesma instituição que promoverá a persecução criminal em juízo. E isso tem duas consequências benéficas à sociedade brasileira: facilidade de produção de provas e celeridade.

A facilidade de produção de provas encontra amparo no fato de a mesma instituição incumbida do ônus de provar a autoria e a materialidade delitiva em juízo poder produzir tais provas, por meio de uma investigação autônoma, lícita e legítima.

Já a celeridade citada constitui-se um corolário dessa facilidade, uma vez que, considerando-se a já existente atribuição de as polícias judiciárias investigarem delitos na fase pré-processual criminal, o Ministério Público poderá concentrar seu esforço investigativo-probatório em casos específicos de combate à criminalidade organizada, não dispersando esforços em outras investigações que já estejam sendo realizadas pelas polícias judiciárias.

Com isso, observar-se-á o postulado constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ante o exposto, é possível concluir que o poder investigatório do Ministério Público influencia de modo benéfico a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, consubstanciando-se tal poder em verdadeiro *plus* na função estatal de combater a criminalidade organizada no Brasil e, assim, observar a proibição de proteção penal deficiente por parte do Estado brasileiro.

5 Conclusão

Como pôde ser evidenciado no presente artigo científico, o Ministério Público originou-se na França, com a *Ordenança* de 23 ou 25 de março de 1302, do rei Felipe IV, o Belo, embora haja indícios de que já existissem, antes daquela época, pessoas incumbidas da defesa dos interesses dos governantes.

Além disso, verificou-se que o Ministério Público brasileiro originou-se no Direito lusitano e, atualmente, está inserido na Constituição Federal de 1988 no Capítulo IV – “Das Funções

Essenciais à Justiça” –, bem como que esta localização no texto constitucional ressalta a relevante e singular missão dessa instituição em um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil.

Conquanto não esteja erigido à categoria de Poder, foram conferidas fundamentais atribuições ao Ministério Público, entre as quais: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Registrou-se, ainda, que é legítimo o poder investigatório do Ministério Público, haja vista a existência de, no mínimo, seis fundamentos citados pela doutrina e pela jurisprudência nacionais nesse sentido.

Ademais, verificou-se que o princípio da proporcionalidade, no que diz respeito ao dever do Estado brasileiro assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, se compõe de uma dimensão negativa e de outra dimensão positiva. A primeira dessas dimensões consubstanciada na proibição de excesso interventivo e, a segunda, constituída na proibição de proteção penal deficiente por parte do Estado brasileiro.

Observou-se também que, no que tange à dimensão positiva do princípio da proporcionalidade, o Estado brasileiro tem-se mostrado deficiente quanto ao direito fundamental à segurança, especificamente quanto ao combate estatal à criminalidade organizada.

E, após essas constatações, chegou-se à conclusão de que o poder investigatório do Ministério Público exerce influência benéfica na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil.

A motivação para a escolha do tema decorreu do anseio pessoal em relacionar a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade (garantismo positivo) e o poder investigatório do Ministério

Público no que tange ao combate da criminalidade organizada pelo Estado brasileiro no exercício do dever de assegurar ao povo brasileiro o direito fundamental constitucional à segurança e à moralidade administrativa.

Cabe ressaltar a importância do presente estudo no momento social hodierno. A violência decorrente da criminalidade organizada alastra-se de forma assustadora e os criminosos apuram o seu poder de ataque diuturnamente.

Nesse contexto, é extremamente relevante verificar a influência do poder investigatório do Ministério Público no combate estatal a tal espécie de violência.

Por conseguinte, perscrutou-se no presente artigo a seguinte situação problema: qual a influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil?

Em resposta a tal questionamento, verificou-se a confirmação de ser benéfica a pesquisada influência, atingindo-se, assim, o objetivo principal do presente artigo científico.

Referências

ANJOS, J. Haroldo dos. *As raízes do crime organizado*. Florianópolis: IBRAAD, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *R. Bras. de Dir. Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 213-227, out./dez. 2004.

BATOCHIO, José Roberto. Poder investigatório do Ministério Público. *Ciência Jurídica*, ano 19, v. 125, p. 284-297, set./nov. 2005.

COGAN, José Damião pinheiro Machado. Do poder investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo. *A Força Policial*, São Paulo, n. 43, p. 9-15, jul./set. 2004.

COSTA, Ana Cláudia et al. Polícia invade Complexo do Alemão. *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 nov. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/11/28/policia-invade-complexo-do-alemao-923129542.asp>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

COSENZO, José Carlos. O Ministério Público e o combate ao crime organizado. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, São Paulo, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=149>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Sandro Teixeira da. O Ministério Público e a investigação criminal. *Consulex*, ano 7, n. 159, p. 20-23, ago. 2003.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O poder investigatório do Ministério Público. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 60, p. 25-26, abr. 2003.

HABIB, Sérgio. O poder investigatório do Ministério Público. *Consulex*, ano 7, n. 159, p. 14-16, ago. 2003.

GREGHI, Fabiana. A reinterpretação dos direitos fundamentais face ao novo paradigma criminal imposto pela criminalidade organizada. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/relativizacao_de_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2011. Material da 1ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais da Universidade Anhanguera – UNIDERP/Rede LFG.

GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raul. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *RT/Fascículo Penal*, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 411-451, jan. 2002.

LIMA, José Augusto Ferreira de. O MP pode apurar formalmente a infração penal? *Consulex*, ano 7, n. 159, p. 24-25, ago. 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. O Ministério Público pode ou não investigar? Uma análise de recente decisão do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 371-390, jan./fev. 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. Lavagem ou ocultação de bens: Lei n. 9.613, 3.3.1998. In: GOMES, Luís Flávio (Coord.). *Legislação criminal especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 636-790. (Coleção Ciências Criminais. v. 6).

LOPES, José Reinaldo de Lima. Bem comum, política e direitos humanos. In: ENCONTRO DO MPU, 2001, Brasília. *Anais...* Brasília: ESMPU, 2001.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da competência do Ministério Público e atividade política. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 698, p. 25-30, dez. 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Promotores no inquérito policial*. Estudos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Alguns casos de atuação do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 688, p. 252-255, fev. 1993.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrin. *Processo penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Atlas, 1992.

NORONHA, Eduardo Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal de. O poder investigatório do Ministério Público. *Revista da AJUFE*, ano 23, n. 88, p. 103-120, 2007.

PELLEGRINI, Angiolo; JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Criminalidade organizada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 52, n. 315, p. 100-106, jan. 2004.

QUEIROZ, Calos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

———. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Diaulas Costa. O Poder Investigatório do Ministério Público. *Consulex*, ano 8, n. 184, p. 7-10, set. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, deveres de proteção e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Controle de constitucionalidade: direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 143-169.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? *Rev. Bras. de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 368-388, jul./ago. 2004.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado*. 2. ed. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A Dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

STRECK, Lênio; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A Investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. *Consulex*, ano 7, n. 159, ago. 2003. p. 17-19.

TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida (Coord.) et al. *Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.



Implicações culturais na justiça restaurativa

Guilherme Augusto Dornelles de Souza

Analista processual do Ministério Público da União; mestrando em Ciências Criminais (PUCRS); pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) e do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC); bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Resumo: A justiça restaurativa, como nova forma de administração de conflitos, é uma realidade em implementação no Brasil e em outros países. Partindo da noção de que as práticas da justiça penal são culturalmente implicadas, ou seja, poderiam tomar as mais diversas formas, mas se constituem da maneira como as conhecemos em razão de concepções culturais que as moldam, este trabalho tem por objetivo discutir as implicações culturais existentes numa ideia de justiça restaurativa. Para isso, realiza-se uma revisão bibliográfica das ideias de David Garland sobre as relações entre cultura e punição, de Roberto Kant de Lima sobre a cultura jurídica de países do *common law* e caracteriza-se a justiça restaurativa a partir das ideias de alguns dos principais autores do tema acerca dos valores e princípios restaurativos. A partir das ideias de Garland acerca da relação entre punição e cultura, a justiça restaurativa se insere em um arranjo cultural mais amplo, incorporando conceitos, valores e visões de mundo específicos desse contexto. Diante da caracterização da cultura jurídica de países do *common law* efetuada por Kant de Lima, identificamos que a justiça restaurativa com ela se relaciona, tendo em vista as características percebidas a partir da análise dos valores e princípios restaurativos. Ao final, sustenta-se que a implementação da justiça restaurativa no Brasil deve levar em conta essas diferenças culturais, sob pena de transformá-la em ferramenta potencializadora de concepções que se pretendia superar com a sua implementação.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Cultura jurídica. Princípios restaurativos. Valores restaurativos.

Abstract: Restorative justice, as a new form of conflict management, is a reality in implementation in Brazil and other countries. From the notion that criminal justice practices are culturally involved, that is, could take many forms, but are the way we know because of cultural assumptions that shape them, this paper aims to discuss the cultural implications existing on the idea of restorative justice. For this, we make a literature review of the ideas of David Garland on the relationship between culture and punishment, Roberto Kant de Lima on the legal culture of common law countries and characterize restorative justice from the ideas of some of lead authors on the topic of restorative values and principles. From Garland's ideas about the relationship between culture and punishment, restorative justice is understood as part of a broader cultural framework, incorporating concepts, values and perspectives specific to this context. Given the characterization of the legal culture of common law countries made by Kant de Lima, we found that restorative justice is related to it due to the perceived characteristics in the analysis of restorative values and principles. In the end, it is argued that the implementation of restorative justice in Brazil must take into account these cultural differences, otherwise restorative justice could turn into a maximizing tool of concepts intended to overcome in its implementation.

Keywords: Restorative justice. Legal culture. Restorative principles. Restorative values.

Sumário: 1 Introdução. 2 Garland e as relações entre “punição” e cultura. 3 Kant de Lima e o modelo do paralelepípedo. 4 Uma aproximação à justiça restaurativa. 5 A justiça restaurativa a partir de seus princípios e valores. 6 A justiça restaurativa implicada em aspectos culturais de sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo. 7 Conclusão.

1 Introdução

Este trabalho apresenta um dos resultados da pesquisa efetuada durante o curso de especialização em Ciências Penais da PUCRS, sob orientação do professor doutor Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, que resultou na monografia “Será que acaba em samba? Reflexões

sobre possíveis implicações da cultura jurídica brasileira para a justiça restaurativa no Brasil”, apresentada em junho de 2010. A justiça restaurativa está em expansão no Brasil, como demonstra transformação do projeto piloto de justiça restaurativa em Porto Alegre em programa oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹. Ainda, o país adquire uma posição de referência no tema na América Latina, como indica a recente missão do governo paraguaio para conhecer a justiça restaurativa implantada no Rio Grande do Sul e que resultou num termo de cooperação para implementação da justiça restaurativa no Paraguai, firmado entre os representantes daquele país, a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) e a Escola Superior da Magistratura². Diante dessa expansão, tornam-se ainda mais relevantes as discussões sobre esse “novo modo de fazer justiça” e a sua implementação.

Partindo da noção de que as práticas da justiça penal são culturalmente implicadas, ou seja, poderiam tomar as mais diversas formas, mas se constituem da maneira como as conhecemos em razão de concepções culturais que as moldam, quais as implicações culturais existentes na justiça restaurativa? Nossa hipótese é a de que a justiça restaurativa apresenta concepções culturais existentes em sociedades que se representam como descrito por Roberto Kant de Lima em seu modelo do paralelepípedo, ou seja, de forma igualitária e individualista. A justificativa para essa hipótese está em que grande parte do desenvolvimento da justiça restaurativa se deu em países de origem anglo-saxã, cujas características culturais serviram

- 1 TJRS oficializa Justiça Restaurativa no Juizado de Porto Alegre. *Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília*. 8 fev. 2010. Disponível em: <http://www.idcb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=102:tjrs-oficializa-justica-restaurativa-no-juizado-de-porto-alegre&catid=31:noticias>. Acesso em: 17 mar. 2011.
- 2 Justiça Restaurativa será implantada no Paraguai. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/impressa/noticias/?idNoticia=128795>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

de base para Kant de Lima desenvolver seu modelo do paralelepípedo. Para examinar essa hipótese, faremos uma revisão bibliográfica das ideias de David Garland sobre as relações entre cultura e punição e das ideias de Roberto Kant de Lima sobre as concepções culturais presentes em sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo. Para identificar as características que atravessam as diversas formas que a justiça restaurativa pode apresentar, faremos uma revisão bibliográfica dos principais autores que falam sobre os princípios e valores restaurativos para, por fim, verificar se tais características se relacionam com aquelas vistas no modelo do paralelepípedo. Ao final, proporemos algumas reflexões sobre as implicações que as conclusões deste trabalho apresentam para a discussão sobre a justiça restaurativa e sua implementação.

2 Garland e as relações entre “punição” e cultura

Para se referir ao processo legal pelo qual violadores das normas penais são condenados e recebem uma sanção de acordo com categorias e procedimentos legais determinados, David Garland (1990, p. 10 e 17) usa o termo “punição” (*punishment*), o qual abrangeria o conjunto formado pelo Direito Penal, pela justiça criminal e pela aplicação das penas. Outro termo utilizado por esse autor para dar conta da complexidade do objeto de sua análise é “penalidade” (*penalty*), entendida como o complexo de leis, processos, discursos e instituições utilizados na esfera penal (GARLAND, 1990, p. 10). Examinaremos a seguir algumas ideias de Garland sobre as relações entre cultura e “punição”.

David Garland (1990, p. 195) afirma que a cultura é formada por mentalidades e sensibilidades: enquanto as mentalidades seriam nossas formas de pensar, as concepções, os valores, as distinções, as estruturas de ideias e sistemas de crença utilizados por nós para

compreendermos e darmos sentido ao nosso mundo, as sensibilidades seriam nossas maneiras de sentir, as nossas estruturas de afeto e configurações emocionais. Para Garland (1990, p. 195-196), a maneira como pensamos e sentimos a respeito do crime, dos indivíduos que os cometem, de suas motivações e das sanções a eles aplicadas é estruturada a partir dos padrões culturais formados por essas mentalidades e sensibilidades. Essa influência não é direta, mas fruto de um processo de lutas, alianças e compromissos entre formas culturais concorrentes em que uma dada forma cultural é retrabalhada para adequar-se ao contexto em que está se inserindo (GARLAND, 1990, p. 209).

A punição, então, pode ser vista como um artefato cultural complexo, codificando os signos e símbolos da cultura mais ampla em suas próprias práticas. Como tal ela forma um elemento local dentro dos circuitos entrelaçados de significado que compõem a estrutura cultural de uma sociedade e pode ser analisada para traçar seus padrões de expressão cultural (GARLAND, 1990, p. 198-199)³.

Segundo Garland (1990, p. 249-250), ao mesmo tempo em que a cultura implica uma determinada formatação e compreensão das sanções e das instituições penais, os sentidos veiculados pela cultura são reafirmados por essas mesmas práticas e instituições, as quais ajudam a formar a cultura circundante e contribuem para a sua criação. As punições e as instituições penais são tanto “causa” quanto “efeito” em relação à cultura – a cultura produz essas práticas e instituições ao mesmo tempo em que é produzida por elas.

A punição é uma das muitas instituições que ajudam a construir e sustentar o mundo social ao produzir categorias compartilhadas e

3 No original: “Punishment, then, can be viewed as a complex cultural artefact, encoding the signs and symbols of the wider culture in its own practices. As such it forms one local element within the interlocking circuits of meaning which compose a society’s cultural framework and can be analysed to trace its patterns of cultural expression”.

classificações definitivas através das quais os indivíduos entendem uns aos outros e a si mesmos. À sua maneira, a prática penal fornece um arranjo cultural organizador cujas declarações e ações servem como uma grade interpretativa através da qual as pessoas avaliam, conduzem e dão sentido moral a sua experiência (GARLAND, 1990, p. 251-252)⁴.

Desse modo, o complexo de leis, processos, discursos e instituições utilizados na esfera penal fornece sentido não apenas a questões relacionadas ao crime e à punição, mas também a formas de poder, autoridade, legitimidade, normalidade, moralidade e relações sociais (GARLAND, 1990, p. 252). As instituições penais e suas práticas expressam e dão autoridade a determinadas formas de acusação, determinação da responsabilidade e prestação de contas que, ao menos em tese, poderiam ser tão diversas quanto as diferentes moralidades existentes, mas, por serem da forma como são, sancionam uma forma particular de ordem moral e concepção de moralidade (GARLAND, 1990, p. 265). As maneiras como punimos, como legitimamos esses atos, os discursos utilizados para dar significado a essas práticas, os recursos e formas utilizados, todos realizam uma caracterização do poder que pune, expressando uma forma particular de autoridade (GARLAND, 1990, p. 266).

Garland (1990, p. 268) afirma ainda que tais práticas e instituições estão implicadas por determinadas concepções sobre o sujeito, e, ao serem tornadas atuais, sustentam formas específicas de identidade individual, fornecendo noções sobre o que é ser uma pessoa, que tipos de pessoas existem e como devemos compreendê-las. A “punição” contribui para a construção de uma representação sobre

4 No original: “Punishment is one of the many institutions which helps construct and support the social world by producing the shared categories and authoritative classifications through which individuals understand each other and themselves. In its own way, penal practice provides an organizing cultural framework whose declarations and actions serve as an interpretative grid through which people evaluate conduct and make moral sense of their experience”.

como as relações sociais são e devem ser e de que maneira devemos compreender seu rompimento (GARLAND, 1990, p. 271-272). As práticas penais simbolizam certo relacionamento entre o ofensor e a “sociedade” (ou o Estado), bem como entre o ofensor e as vítimas e entre aquele e os demais membros da comunidade (GARLAND, 1990, p. 272). As formas utilizadas são a representação prática de mentalidades e sensibilidades específicas, projetadas pela “penalidade” de volta para a sociedade por meio das rotinas das práticas penais, as quais ajudam a gerar e a manter as atitudes que foram construídas para expressar (GARLAND, 1990, p. 273).

Para os objetivos deste trabalho, utilizaremos as ideias de Garland a respeito das relações entre cultura e “punição” como uma forma de pensar a justiça restaurativa. Assim, da mesma maneira que esse autor entende que a cultura e a justiça criminal tradicional se influenciam mutuamente, entendemos a justiça restaurativa e suas práticas como moldadas em um arranjo cultural mais amplo, incorporando conceitos, valores e visões de mundo características desse arranjo, ajudando a gerar e a manter essas formas culturais que incorporaram. Do mesmo modo, entendemos que a justiça restaurativa, por meio de suas ideias e práticas, produz maneiras de entender como as pessoas são, como se dão, ou deveriam se dar, suas relações, como devemos entender os conflitos oriundos dessas relações e que respostas devemos dar a eles, tal qual Garland refere que as práticas penais tradicionais fazem (GARLAND, 1990, p. 271-272).

Com isso em mente, devemos pensar que arranjo cultural é esse no qual a justiça restaurativa se formou, que sentidos estão implicados em suas práticas e são por elas reproduzidos. Como nossa hipótese é de que a justiça restaurativa, por conta dos contextos culturais em que se desenvolveu, adquiriu características de sociedades que se representam de forma igualitária e individualista,

examinaremos as ideias de Roberto Kant de Lima sobre as concepções culturais de sociedades que se representam dessa forma, descritas em seu modelo do paralelepípedo.

3 Kant de Lima e o modelo do paralelepípedo

Kant de Lima (1991, p. 22) refere-se à cultura como um sistema de classificações, tratando-a “[...] como um sistema de categorias presentes no discurso, escrito ou falado, daqueles que nele se socializam, partilhando-o de uma forma ou de outra”. Em seus trabalhos, não há uma definição explícita acerca do que ele compreende por cultura jurídica, mas podemos entender que, para o autor referido, a cultura jurídica, à semelhança da cultura policial, refere-se às práticas jurídicas e ao seu sistema de significações (KANT DE LIMA, 1989, p. 70). Essa cultura jurídica faz parte de um arranjo cultural mais amplo, e as regras jurídicas, apesar de não representarem todos os valores de uma dada sociedade, são expressão cristalizada de alguns deles (KANT DE LIMA, 2001, p. 95), o que permite que sua análise seja utilizada para dar visibilidade a tais valores e representações. Concepções de ordem, disciplina, repressão, prevenção, responsabilidade são tomadas por esse autor como pertencentes a “sistemas de classificação jurídicos distintos” (KANT DE LIMA, 1989, p. 65-66), ou seja, culturas jurídicas distintas, devendo ser remetidas a comportamentos que possuem significados específicos, constituídos conforme “as tradições de produção da verdade pela resolução de conflitos” existentes em uma determinada sociedade (KANT DE LIMA, 1991, p. 21).

A partir do método comparativo, Kant de Lima discute os diferentes aspectos que compõem as representações acerca da sociedade existentes no Brasil e nos países de tradição anglo-saxã, com foco nos Estados Unidos, colocando em evidência os contrastes

existentes entre os sistemas jurídicos desses dois países, construindo dois modelos ideais para representação das sociedades (KANT DE LIMA, 1997, p. 170): o modelo piramidal e o modelo do paralelepípedo⁵. Esses modelos foram elaborados por Kant de Lima com base nas pesquisas etnográficas realizadas por ele abordando o sistema judicial e a polícia do Brasil e dos Estados Unidos⁶, contudo, como o autor alerta, tais ficções são elaborações teóricas de comportamentos sociais complexos, não existindo em nenhuma sociedade um modelo “puro”, mas sim “experimentações” desses modelos (KANT DE LIMA, 1991, p. 40). De todo modo, esses modelos auxiliam a perceber como as características presentes em um sistema jurídico não são intrínsecas a todo e qualquer sistema jurídico, tampouco fazem parte de algo como uma “essência” do “jurídico”, nada tendo de “natural”, mas trata-se de desenvolvimentos culturais que deram significados específicos a determinadas características e que poderiam ser completamente diferentes, sendo seu estado atual apenas uma das possibilidades. Conforme Kant de Lima, o modelo do paralelepípedo se alinha com as representações acerca da sociedade existentes em países de origem anglo-saxã, em especial os Estados Unidos, o qual serviu de base para a sua elaboração (KANT DE LIMA, 1991; 2000; 2004). Nesse modelo, a sociedade é pensada como composta pelos diversos indivíduos nela presentes. Tais indivíduos são compreendidos todos como diferentes uns dos outros, possuindo igual direito a serem diferentes (KANT DE LIMA, 1990, p. 472). Vigê uma concepção formal de igualdade que, nesse contexto, se encontra associada à diferença.

5 A primeira referência que encontramos nos trabalhos de Kant de Lima acerca da denominação dos modelos – paralelepípedo e piramidal – encontra-se em KANT DE LIMA, 2000, p. 108 e 110, ainda referindo-se à forma como as sociedades americana e brasileira se representam e não a modelos para a sociedade. As características desses modelos, contudo, já haviam sido desenvolvidas em trabalhos anteriores do autor, conforme se perceberá pelas citações que seguem.

6 Como é relatado em parte em KANT DE LIMA, 2001.

Diante dessa igualdade pressuposta entre os indivíduos, as desigualdades econômicas e sociais existentes são explicadas pelo melhor ou pior desempenho de cada um desses indivíduos em utilizar oportunidades que estariam disponíveis a todos. Imagina-se a sociedade como um grande paralelepípedo, em que todos começam na base e todos podem chegar ao topo, pois há espaço para todos, justificando-se as diferentes posições ocupadas por esses sujeitos nessa estrutura a partir das escolhas acertadas que fizeram em igualdade de oportunidades com outros indivíduos. Cria-se, assim, uma representação igualitária e individualista da sociedade que busca naturalizar a igualdade (KANT DE LIMA, 2004, p. 133 e 138).

Para garantir que os indivíduos façam suas escolhas de maneira informada e as oportunidades estejam disponíveis a todos, o acesso à informação, nesse modelo, deve ser universal, e somente informações publicamente (a todos) disponíveis podem ser utilizadas, sendo valoradas negativamente as informações privilegiadas. Se todos conhecem as possibilidades disponíveis, e somente aquilo que está publicamente disponível pode ser escolhido, todos sabem quais as atitudes que potencialmente serão adotadas pelos demais indivíduos. Garante-se com isso a previsibilidade de comportamentos num espaço público onde convivem indivíduos irredutivelmente diferentes (KANT DE LIMA, 2000, p. 108).

Esse espaço público, por sua vez, torna-se o local onde esses diferentes indivíduos se encontram e explicitam suas diferenças, em que elas são negociadas e subordinadas às mesmas regras (KANT DE LIMA, 1990, p. 472). As normas que ordenam o espaço público são compreendidas como claras, literais e passíveis de conhecimento por todos, de modo que todos saibam o que elas determinam. São vistas também como locais, fruto do consenso dos indivíduos que atuam naquele espaço público e a elas se submetem

(KANT DE LIMA, 2001, p. 99-100). A sua violação, por conseguinte, não representa uma ofensa a um Estado distante que está impondo a ordem, mas sim uma agressão a indivíduos próximos que se submetem a essa mesma regra para poderem conviver com a diferença alheia e terem a sua própria diferença respeitada (KANT DE LIMA, 2000, p. 108).

Uma vez que todos os indivíduos são vistos como diferentes, espera-se que eventualmente seus interesses sejam igualmente diferentes, gerando divergências e conflitos. Tendo em vista que, assim como não há uma hierarquia entre as diferenças, não há uma hierarquia prévia entre os interesses divergentes, não existe uma resposta prévia ao conflito. O conflito será resolvido por meio da construção de um consenso entre as partes ou da sociedade (KANT DE LIMA, 2000, p. 119), o qual colocará um fim na desigualdade eventualmente existente e dará origem a uma nova ordem, mantendo as diferenças (KANT DE LIMA, 2000, p. 117). Naturaliza-se, assim, a ocorrência de conflitos, representando-os como essenciais para a construção da ordem social, sendo sua resolução o momento de explicitação das diferenças e obtenção de soluções consensuais a partir das quais essa ordem será construída (KANT DE LIMA, 1996, p. 172). Os conflitos, nesse contexto, são previsíveis e constitutivos da ordem social (KANT DE LIMA, 2004, p. 136).

Com os conflitos assim representados, o controle social nessa sociedade enfatiza a sua prevenção e a internalização das regras existentes pelos indivíduos (KANT DE LIMA, 2000, p. 134). Os mecanismos para a administração desses conflitos adotam um formato adversarial, acusatório, em que a verdade é representada como uma construção entre iguais que se opõem (KANT DE LIMA, 2000, p. 119). Enfatiza-se a explicitação do conflito e a negociação para a sua resolução, valorizando mais a previsibilidade e a estabi-

lidade das regras dos procedimentos do que o conteúdo da solução a ser obtida (KANT DE LIMA, 2004, p. 139).

Para Kant de Lima, em sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo, o fato de representar-se um mercado de opções disponíveis aos indivíduos traz consigo a ideia de que diferentes resultados podem ser atingidos conforme as opções feitas (KANT DE LIMA, 2004, p. 134), sendo esse, até mesmo, o fundamento da desigualdade nessas sociedades. Da mesma maneira que a situação dos indivíduos nessas sociedades é imputada às escolhas por eles efetuadas, sendo eles, assim, representados como os responsáveis por seus próprios destinos, a responsabilidade pelas consequências das suas ações ou omissões é concebida em razão da escolha que fizeram em agir daquele modo, diante das opções que possuíam no momento. A *discretion* atribuída aos agentes públicos, ou seja, a possibilidade de que decidam acerca da melhor maneira de atuar, está diretamente relacionada à sua responsabilidade pelas escolhas efetuadas, seja para serem premiados, seja para serem punidos (KANT DE LIMA, 2004, p. 144), e à possibilidade de terem de prestar contas, publicamente, acerca dessas escolhas.

As representações descritas no modelo do paralelepípedo estão presentes e são reproduzidas conforme institutos como o *plea bargain*, o *trial by jury system*, e a previsão de *perjury* no sistema de justiça norte-americano. O *plea bargain* estabelece uma negociação entre o réu e o *district attorney*, promotor, antes de qualquer acusação em juízo (KANT DE LIMA, 1991, p. 32), em que cada um cede um pouco, seja pelo acordo em torno de uma acusação menos grave, seja por condições mais favoráveis para o cumprimento da pena, ocorrendo também na forma de *police bargain*, em que essa negociação se dá com a polícia. Busca-se evitar um longo e incerto *trial by jury*, que poderá ser prejudicial tanto para a acusação quanto para a defesa. No entanto, caso o réu mantenha sua posição de *not*

guilty (não culpado), a solução se dará por meio do *trial by jury*, em que doze jurados, após terem as evidências apresentadas pela acusação e pela defesa, deverão discutir entre si e tomar uma decisão negociada, por maioria ou por unanimidade, que será seu *verdict* (KANT DE LIMA, 2000, p. 112). Em todos os momentos, a verdade aparece como fruto de uma decisão consensual sistematicamente negociada (KANT DE LIMA, 1997, p. 171). A proibição do réu de mentir, em razão da previsão do crime de *perjury*, por sua vez, relaciona-se à ideia de que, numa sociedade de indivíduos que convivem em potencial conflito de interesses, por serem todos irreduzivelmente diferentes, a previsibilidade do comportamento alheio é fundamental para a convivência do espaço público, proibindo-se a mentira nesse espaço (KANT DE LIMA, 2001, p. 108).

Examinaremos a seguir a justiça restaurativa e buscaremos identificar as características que se destacam a partir da análise de seus princípios e valores restaurativos.

4 Uma aproximação à justiça restaurativa

O que é justiça restaurativa? A tentativa de responder a essa pergunta traz à tona o que, na nossa opinião, é uma das principais características da justiça restaurativa: sua multiplicidade. Segundo Rafaela Pallamolla (2009, p. 54), estaríamos diante de um “conceito aberto”, ou, ainda, conforme Leonardo Sica (2007, p. 10), de um “conjunto de práticas em busca de uma teoria”. A definição de Tony Marshall (1999, p. 5), que a entende como “[...] um processo onde partes com um interesse em uma determinada ofensa coletivamente resolvem como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro”⁷, é extremamente difundida na lite-

7 No original: “Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future”.

ratura que trata sobre a justiça restaurativa. Contudo, para Gordon Bazemore e Lode Walgrave (apud VAES, 2002, p. 14-15), mesmo essa definição possui problemas, pois limita a justiça restaurativa a processos em que há um encontro entre os sujeitos envolvidos e não enfatiza uma questão que estaria em seu cerne: a reparação da ofensa. De todo modo, a dificuldade de conceituar a justiça restaurativa pode ser vista justamente como o seu trunfo, refletindo a adaptabilidade de suas práticas.

A justiça restaurativa pode ser incluída no universo das resoluções alternativas de disputas, conhecidas pela sigla ADR (*Alternative Dispute Resolutions*), contudo, como alerta John Braithwaite (2006, p. 5), diferenciando-se daquelas em razão de não ser moralmente “neutra” em relação a mediar conflitos, mas buscando corrigir males causados por injustiças sofridas. Leonardo Sica (2007, p. 27-28) afirma que os objetos da justiça restaurativa são as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Howard Zehr e Harry Mika, partindo da noção de que o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos interpessoais, afirmam que tais violações geram obrigações e responsabilidades, envolvendo vítima, ofensor e a comunidade, buscando a justiça restaurativa curar e corrigir os erros (ZEHR; MIKA, 2003, p. 40-41) e possibilitar à vítima, ao ofensor e à comunidade a construção de soluções que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança (ZEHR, 2008, p. 170-171). Um dos propósitos da justiça restaurativa seria elaborar respostas que transformem as relações entre vítima, ofensor, comunidade e sistema de justiça (SICA, 2007, p. 11-12).

A multiplicidade da justiça restaurativa não se restringe às suas definições, sendo também um movimento internamente complexo que apresenta pelo menos três concepções de justiça restaurativa: a concepção do encontro, a concepção da reparação e a concepção da transformação, como refere Pallamolla (2009, p. 55-59). Na pri-

meira, a ênfase da justiça restaurativa está no encontro, na possibilidade de vítima, ofensor e outros interessados encontrarem-se num ambiente menos formal, assumindo posturas ativas acerca do que deve ser feito em relação ao delito, na participação e nos benefícios trazidos pelo diálogo, bem como nas soluções obtidas por meio de acordos. Na concepção da reparação, a ênfase se encontra na reparação do dano, ainda que simbólica, sendo suficiente e podendo ser imposta. Já na concepção da transformação, a justiça restaurativa aparece como uma forma de transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si mesmas e relacionam-se com o mundo, concebendo-a não só como um modo de resolução de conflitos, mas como um modo de vida.

Podemos identificar ainda a multiplicidade da justiça restaurativa nas práticas que a constituem. Não nos deteremos aqui a discurrir sobre cada uma delas, mas, no Brasil, por exemplo, temos a mediação vítima-ofensor em Brasília-DF, os círculos restaurativos em Porto Alegre-RS e São Caetano-SP (PALLAMOLLA, 2009, p. 121-122), e, nessa última, temos ainda a implementação do modelo *zwelethemba*, desenvolvido na África do Sul, para implementação da justiça restaurativa no meio comunitário (MELO; EDNIR; YAZBEK, 2008, p. 16-17). Tais práticas não guardam entre si uma relação de aperfeiçoamento, não podendo ser colocadas como “melhores” ou “piores” umas em relação às outras, mas sim como diferentes manifestações das ideias presentes na justiça restaurativa trabalhadas de acordo com o contexto de implementação.

Expostas algumas noções acerca da conceituação da justiça restaurativa, sobre as diferentes concepções que existem acerca dela dentro do próprio movimento e algumas de suas possibilidades de implementação, o que fica claro, de tudo isso, é a multiplicidade de práticas, finalidades e discursos que se entrelaçam na ideia de uma justiça restaurativa. Apesar dessa multiplicidade, e provavelmente

em razão dela, alguns autores importantes da literatura acerca da justiça restaurativa buscaram identificar e desenvolver certos valores e princípios que seriam, ou deveriam ser, comuns a todas práticas e implementações da justiça restaurativa, ou, ao menos, deveriam ser otimizados ao longo da implementação, como podemos ver nos trabalhos de Braithwaite (2002), Daniel Van Ness (1997), Zehr (2006) e no deste último com Harry Mika (2003). A enunciação desses princípios e valores representa uma tentativa de estabelecer padrões mínimos para diferenciar “boas práticas” de distorções a que o modelo está sujeito, ao mesmo tempo preservando a multiplicidade que o caracteriza (BRAITHWAITE, 2002, p. 565; ZEHR, 2006, p. 8-12).

Entendemos existir certa tensão entre uma perspectiva de excesso de regulação, que asfixiaria as possibilidades de desenvolvimento da justiça restaurativa, limitando muito as respostas que poderia dar à complexidade do crime e dos demais conflitos, tal qual a justiça criminal tradicional, e que poderia ainda veicular concepções hegemônicas em um discurso que busca fundamentar-se em práticas não hegemônicas, e um horizonte de regulação alguma, em que toda e qualquer prática que se denomine restaurativa poderia tomar para si a identidade do movimento, o qual poderia ser associado a atitudes que em nada se relacionariam com suas propostas. Se podemos perceber aí uma questão de definição da “identidade” da justiça restaurativa, seja enquanto um movimento de mudança, seja enquanto uma nova forma de administrar conflitos, aparentemente o esforço estaria em dar alguma “identidade” à justiça restaurativa, como forma de diferenciá-la de práticas e teorias que adotem seu nome, mas que não tenham maiores relações com suas propostas, sem que isso signifique confiná-la a essa “identidade”. Por essa razão, nos parece que se busca dizer o que não é a justiça restaurativa mais do que aquilo que ela é.

Essa relação que fazemos entre a enunciação de princípios e valores da justiça restaurativa e a definição de sua “identidade” é um dos fundamentos da opção por utilizá-los como caminho para identificar características da justiça restaurativa que atravessariam sua multiplicidade. É a partir dos valores e princípios referidos por Howard Zehr, John Braithwaite, Daniel Van Ness, Harry Mika, Tineke Vaes e Leonardo Sica que identificamos características que entendemos marcantes na justiça restaurativa, cuja síntese apresentaremos a seguir, para tentar compreender as representações, “visões de mundo” e demais aspectos culturais por elas veiculados.

5 A justiça restaurativa a partir de seus princípios e valores

A primeira característica que se destaca, cremos, é a ênfase na participação direta das pessoas no processo de justiça, de resolução dos conflitos. A necessidade de participação do ofensor e da vítima de forma ativa, informada e voluntária, bem como a necessidade de participação da comunidade, são dois dos quatro princípios mínimos colocados por Leonardo Sica para a justiça restaurativa (SICA, 2007, p. 234). A inclusão de todos os afetados pelo crime no processo de decisão sobre o que fazer a respeito dele aparece na revisão da literatura sobre princípios restaurativos efetuada por Tineke Vaes (2002, p. 35-36) e “participação” é um dos quatro valores da justiça restaurativa apontados por Van Ness (1997, p. 6-7), o qual também aponta como um dos princípios fundantes da justiça restaurativa a necessidade de participação de vítima, autor e comunidade (VAN NESS, 1997, p. 2). Uma das críticas em relação à justiça retributiva tradicional que vemos formulada pelos autores que tratam da justiça restaurativa é o quanto a profissionalização da Justiça se refletiu num afastamento dos principais envolvidos no crime – o autor e a vítima – do palco da justiça criminal (VAES,

2002, p. 38; ZEHR, 2008, p. 192). Vítima e réu aparecem nas falas dos profissionais – da acusação e da defesa –, são aqueles a respeito dos quais algo é dito, mas que nem sempre falam. A justiça restaurativa traz vítima e ofensor para o centro do processo, colocando-os como seus verdadeiros atores (VAN NESS, 1997, p. 2).

Uma mudança na visão do que o crime representa também aparece a partir da análise dos princípios e valores restaurativos. Sica (2007, p. 234) propõe como um dos princípios mínimos a ser observado pela justiça restaurativa que o crime seja considerado, em primeiro lugar, como um conflito entre indivíduos e um ato que causou danos a pessoas e a relações sociais. No mesmo sentido, um dos princípios propostos por Zehr e Mika (2003, p. 43) estabelece que há justiça restaurativa quando o foco se concentra mais nos danos causados pela conduta do que nas regras violadas por ela. Há um deslocamento de uma visão do crime centrada em seu aspecto de infração legal de uma ordem jurídica mantida pelo Estado para uma visão do crime como um conflito entre indivíduos que causa danos a pessoas e a relacionamentos entre pessoas – a compreensão do crime como algo maior do que uma violação da lei é o pressuposto dos princípios fundamentais propostos por Van Ness (1997, p. 2). Com o crime sendo pensado colocando as pessoas e as consequências em primeiro lugar, é compreensível que a atitude tomada diante dele implique um maior envolvimento dessas pessoas e uma preocupação em como lidar com essas consequências (VAES, 2002, p. 35-36).

Essa ênfase na participação não se reflete somente numa atuação direta da vítima e do ofensor na resolução do conflito, mas igualmente na participação das comunidades nos programas e nos processos restaurativos. Sica (2007, p. 33 e 234) indica como um de seus princípios mínimos a necessidade de que a comunidade possa participar do processo; Vaes (2002, p. 39-41) fala em “envol-

vimento comunitário”; Zehr e Mika (2003, p. 43) apontam como um de seus princípios o envolvimento e o empoderamento da comunidade afetada; Van Ness (1997, p. 2) coloca como um de seus princípios fundamentais a necessidade de que as comunidades tenham oportunidades de se envolver ativamente no processo de justiça tão logo e tão completamente quanto possível. Essa comunidade pode tomar os mais diversos formatos – pode ter-se tornado a “comunidade” para a vítima ou para o ofensor somente após o ocorrido, como no caso dos grupos de apoio (VAN NESS, 1997, p. 5). Ênfase na participação da vítima, do ofensor e da comunidade, seja ela a comunidade “afetada”, a comunidade “de apoio”, no nosso entender, reflete e reforça a compreensão do crime como um assunto local que diz respeito a pessoas determinadas, cuja resposta deve ser dada por elas, em contraposição a uma visão do crime abordado por cominações genéricas tornadas específicas por um Estado distante do conflito.

De que forma se dará essa participação? Uma das formas enfatizadas por alguns dos autores é o encontro, indicado também como um dos valores restaurativos (VAN NESS, 1997, p. 4). É por meio dele que se possibilitará que os envolvidos dialoguem e, mediante esse diálogo, construam um acordo, um consenso, acerca do que deverá ser feito. Braithwaite dedica pelo menos três dos *constraining standards*⁸ que propõem como esse encontro deve ocorrer – a não dominação, o empoderamento e a escuta respeitosa (BRAITHWAITE, 2002, p. 569). A resposta ao crime, na justiça restaurativa, não existe *a priori*. Ela é fruto do processo restaurativo, o qual é construído para obtê-la. Ainda que a necessidade do encontro não seja uma unanimidade – a concepção da justiça restaurativa centrada

8 Conforme Pallamolla (2009, p. 63), valores considerados por Braithwaite como obrigatórios do processo restaurativo, que devem ser respeitados e até mesmo impostos se necessário.

na reparação é prova disso – a fala dos envolvidos no crime possui importância, pois é por meio dela que aquelas pessoas poderão entender o que ocorreu e quais as suas demandas (VAN NESS, 1997, p. 6-7), de onde decorre que, num encontro, deverá ser ouvida de forma significativa pelos demais (PALLAMOLLA, 2009, p. 61). O empoderamento, que aparece como um dos princípios propostos por Braithwaite (2002, p. 569), um dos valores mencionados por Vaes (2002, p. 38) e de forma expressa em pelo menos dois dos princípios propostos por Zehr e Mika (2003, p. 43), possui um papel chave nessa dinâmica. É por meio dele que se mostrará a essas pessoas, durante tanto tempo alijadas do processo de justiça, as possibilidades de atuação que agora possuem para que possam colocar suas necessidades, e, principalmente, reconhecerem-se como sujeitos que possuem necessidades que podem ser colocadas naquele espaço (BRAITHWAITE apud PALLAMOLLA, 2009, p. 58-59; ZEHR, 2008, p. 183 e 192; ZEHR; MIKA, 2003, p. 43).

Esse empoderamento é tanto da vítima quanto do ofensor e da comunidade, devendo ser dosado de modo que um participante não acabe se sobrepondo ao outro (BRAITHWAITE, 2002, p. 565). Há uma preocupação em manter um equilíbrio entre todos os envolvidos, em dar-lhes um tratamento igualitário, sendo esse até mesmo um dos *constraining standards* propostos por Braithwaite (2002, p. 567) e um dos princípios afirmados por Zehr e Mika (2003, p. 43). Ainda que sejam vistos como sendo diferentes, vítima, ofensor e comunidade são igualmente vistos como portadores de necessidades e possibilidades de atuação (VAES, 2002, p. 34-35), as quais, justamente por eles serem diferentes, serão igualmente diferentes, mas não desigualmente importantes (VAES, 2002, p. 37; ZEHR; MIKA, 2003, p. 43). O empoderamento ajuda a corrigir os desequilíbrios existentes antes do conflito e/ou a partir de sua ocorrência para que o processo restaurativo ocorra num ambiente equilibrado

em que todos os interessados tenham possibilidades de participar (BRAITHWAITE, 2002, p. 566; VAES, 2002, p. 38).

Além desse aspecto de correção dos eventuais desequilíbrios, o empoderamento do ofensor e da comunidade tem consequências em outro ponto que se destaca nos princípios e valores que são mencionados: a tomada de responsabilidade. Vaes (2002, p. 41) afirma que responsabilidade e *accountability* estão entre os valores mais referidos na bibliografia sobre justiça restaurativa. Empodera-se o ofensor não só para que se reconheça como sujeito portador de necessidades que também precisam ser atendidas, mas igualmente como sujeito capaz de assumir a responsabilidade pelos seus atos e de propor e tomar atitudes para lidar com as consequências (ZEHR, 2008, p. 192). Zehr e Mika (2003, p. 43) colocam como um de seus princípios para a justiça restaurativa que seja dado apoio ao ofensor ao mesmo tempo em que lhe seja encorajado a entender, aceitar e cumprir as obrigações que assumir. Encoraja-se a tomada de responsabilidade pelo ofensor em contrapartida à imposição da culpa, identificada como uma atitude característica da justiça retributiva tradicional (BRAITHWAITE, 2006, p. 15; VAES, 2002, p. 44). O ofensor deixa de ser sujeito do crime e objeto da pena para ser sujeito também da reparação.

Ainda, empodera-se a comunidade não só para que ela traga para o processo restaurativo as necessidades desencadeadas pelo ocorrido, mas igualmente para que retome sua capacidade para lidar com os conflitos e assim assuma a responsabilidade por seus membros e pela mudança das condições que possibilitaram o delito (VAES, 2002, p. 39; ZEHR; MIKA, 2003, p. 43). Um dos princípios propostos por Van Ness (1997, p. 2-3) afirma que enquanto o governo seria responsável por preservar uma ordem justa, a comunidade seria responsável por estabelecer uma paz justa. Envolver e empoderar a comunidade afetada mediante o processo de justiça

e ampliar sua capacidade para reconhecer e responder às causas comunitárias do delito é colocado como um princípio por Zehr e Mika (2003, p. 43). Enfatiza-se igualmente a responsabilidade dos programas de justiça restaurativa pelas consequências, incluindo as não desejadas, das ações que empreendem, conforme um dos princípios propostos por Zehr e Mika (2003, p. 43). A responsabilidade se desloca de uma posição passiva para uma ativa (BRAITHWAITE, 2006, p. 16; VAES, 2002, p. 43).

Essa ênfase na responsabilidade está aliada à *accountability*, um dos *constraining standards* propostos por Braithwaite (2002, p. 567), ou seja, a necessidade de prestar contas, de forma pública, acerca dos próprios atos, para que possa ser possível verificar se a responsabilidade que lhe cabe está sendo assumida de fato (BRAITHWAITE, 2006, p. 18-19). Ao reconhecerem-se as possibilidades de agir de cada um, reconhecem-se igualmente as responsabilidades e obrigações advindas em razão das consequências desses atos. Se o ofensor presta contas durante o processo restaurativo, bem como a comunidade, a *accountability* dos programas de justiça restaurativa pode ser tanto realizada em razão de reportarem-se a outras instâncias, judiciais ou não, como também por meio do debate público acerca das práticas restaurativas realizadas e por seus próprios membros (BRAITHWAITE, 2002, p. 567).

A assunção de responsabilidade pelas consequências dos atos encaminha para o último aspecto que entendemos que se destaca a partir de valores e princípios expostos pelos autores referidos: a reparação. A reparação da ofensa, a cura, é apontada mais de uma vez como um dos princípios e valores da justiça restaurativa – Braithwaite (2002, p. 569) refere-se a várias formas de reparação nos *maximising standards* que propõe, Van Ness (1997, p. 4) cita a reparação como o segundo dos valores restaurativos que propõe, e a reparação aparece ainda nos princípios propostos por Zehr e

Mika (2003, p. 43). Seguindo a visão de que crimes causam danos a pessoas e relacionamentos, a justiça restaurativa buscaria a reparação dessas pessoas e desses relacionamentos. Ainda que se possa questionar que relacionamento é esse que será restaurado no processo restaurativo, uma vez que ele poderia ser inexistente antes do crime, o fato é que essa perspectiva coloca o momento da resolução do conflito como um momento de (re)construção (VAN NESS, 1997, p. 8). Desloca-se a resposta da pena como retribuição pelo ato passado para a reparação como possibilidade de transformação da situação futura (ZEHR, 2008, p. 179). Busca-se proporcionar aos envolvidos oportunidades para novos entendimentos acerca do fato ocorrido, acerca dos demais envolvidos (VAN NESS, 1997, p. 4) e até deles mesmos. A reparação não aparece como uma forma de apagar o dano causado pelo crime, mas sim de estabelecer uma outra relação entre os envolvidos, de forma que se sintam satisfeitos com os resultados, ainda que nem por isso se encontrem na mesma situação em que estavam antes do delito (VAN NESS, 1997, p. 4).

Essas são as características que atravessam as diversas formulações de princípios e valores restaurativos que examinamos nessa pesquisa. Tendo elas em consideração, podemos identificar as características culturais que estão implicadas na justiça restaurativa e em suas práticas? É o que veremos a seguir.

6 A justiça restaurativa implicada em aspectos culturais de sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo

A visão do crime enquanto um conflito entre indivíduos e sua resolução como um momento de estabelecimento de novas relações, a ênfase na participação, na assunção de responsabilidade ativa, a compreensão dos envolvidos como igualmente importantes e com necessidades diferentes, a abordagem local do conflito,

acrescidos ao desenvolvimento inicial da justiça restaurativa em países de cultura anglo-saxã, são fatores que se reúnem e que nos levam a entender a justiça restaurativa como tributária da cultura jurídica de sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo descrito por Kant de Lima, tendo incorporado e retrabalhado visões de mundo, concepções acerca dos indivíduos, de como se dão suas relações, de ordem social, responsabilidade, conflito, que já estariam presentes nessa cultura. A justiça restaurativa, assim, não é só um conjunto de práticas em busca de uma teoria, mas também um aglomerado de concepções culturais que se desenvolveram em contextos determinados e que, com a implementação da justiça restaurativa nos mais diversos contextos, talvez estejam sendo implicitamente retrabalhadas para adequarem-se a esses novos contextos.

Como afirmamos anteriormente, a justiça restaurativa e suas práticas são compreendidas nesse trabalho como moldadas dentro de um arranjo cultural mais amplo, incorporando conceitos, valores e visões de mundo características desse arranjo cultural no qual se formaram e, ao atuarem, ajudam a gerar e a manter essas formas culturais que incorporaram. Contudo, assim como as práticas penais são moldadas pelo arranjo cultural no qual se desenvolvem, ao mesmo tempo em que o reafirmam, sem, contudo, serem as únicas responsáveis por ele, a justiça restaurativa, apesar de incorporar determinados valores e “visões de mundo”, não teria o condão de recriar, por si só, o arranjo cultural em que se desenvolveu. Assim, a justiça restaurativa implementada é o resultado de um processo de lutas, alianças e transformações de aspectos culturais existentes antes de sua implementação e aqueles por ela veiculados.

A partir da análise dos princípios e valores declarados da justiça restaurativa na revisão da literatura que efetuamos, entendemos que a justiça restaurativa veicula muitos princípios e valores

que se vinculam a uma representação da sociedade tal qual exposto no modelo do paralelepípedo por Kant de Lima. Uma das razões que vemos para isso seria a de que o desenvolvimento da justiça restaurativa se deu inicialmente em países de cultura anglo-saxã, do *common law*, justamente a realidade a partir da qual Kant de Lima construiu o modelo do paralelepípedo. É de Zehr a afirmação de que nos Estados Unidos há uma “cultura da discussão”, uma cultura adversarial e competitiva que ajuda a moldar as ideias sobre como a justiça deve ser feita, como a verdade deve ser encontrada ou como os direitos humanos devem ser perseguidos (ZEHR, 2006, p. 8), o que vai ao encontro das ideias de Kant de Lima. Isso não significa que entendemos que os princípios e valores da justiça restaurativa refletem por inteiro os aspectos presentes naquele modelo, mas sim de que noções como igualdade entre todos os envolvidos, construção de relações a partir da resolução de conflitos, visão local do espaço público, a ênfase na participação das pessoas na elaboração das soluções, com foco na construção de um consenso expresso pelo acordo restaurativo, são características que expressam noções e visões de mundo que se relacionam com a cultura jurídica existente nos países onde a justiça restaurativa se desenvolveu, a qual pode ser expressa em linhas gerais pelo modelo do paralelepípedo.

Não podemos afirmar, contudo, que a justiça restaurativa incorporou todas as características descritas por Kant de Lima acerca das representações baseadas no modelo do paralelepípedo. Uma diferença facilmente perceptível é a de que Kant de Lima afirma que as formas de resolução de conflitos características desse modelo adotam características acusatoriais, enfatizando a oposição entre os envolvidos, e a justiça restaurativa apresenta como contraponto à justiça criminal tradicional justamente a quebra da relação de oposição entre acusação e defesa, focando-se na participação dos envolvidos na resolução do conflito. Uma hipótese possível seria

a de que a justiça restaurativa, além de apresentar em seus princípios e valores características oriundas da cultura jurídica dos locais onde se desenvolveu inicialmente, apresenta respostas a problemas relacionados aos modelos de administração de conflitos presentes nesses locais e a partir da perspectiva dessas culturas. Assim, em resposta aos excessos causados por um modelo que enfatizaria a oposição entre os indivíduos, buscar-se-ia um modelo que enfatizaria a cooperação entre eles.

Se essa hipótese for verdadeira, então não só os valores e princípios veiculados pela justiça restaurativa devem ser compreendidos a partir do arranjo cultural no qual se formaram, mas igualmente a formulação dos problemas que a justiça restaurativa se propõe a lidar deve ser compreendida a partir desse mesmo arranjo. Quando isso não é feito, e em certa medida entendemos que não é possível fazê-lo integralmente nunca, o processo de implementação dos programas de justiça restaurativa sujeita-se não só ao embate entre características culturais diversas, que levarão à sua transformação, mas igualmente à possibilidade de reforçar aspectos culturais a partir da perspectiva já existente antes da implementação, e não a partir dessa nova perspectiva que estaria propondo.

Assim, se a justiça restaurativa possui em seu bojo uma visão acerca do conflito que o coloca como uma oportunidade de reconstrução, de estabelecimento de novas relações, novos entendimentos, sendo a sua resolução uma maneira de construir a ordem social, a sua implementação em contextos culturais em que o conflito seja visto como uma ameaça à ordem social poderia torná-la uma ferramenta na manutenção dessa ordem e de “conciliação” dos conflitos. Em ambas as situações, as práticas restaurativas estariam sendo utilizadas como uma maneira de resolver conflitos e pacificar as relações – as razões pelas quais estariam sendo implementadas e os sentidos atribuídos aos resultados é que seriam diferentes. Schuch

(2006), por exemplo, diz que, por hipótese, se aceitas as observações de Kant de Lima, uma justiça restaurativa, baseada na negociação e na harmonia, poderia até mesmo vir a corroborar elementos relacionais e hierárquicos da cultura jurídica brasileira, em vez de representar um rompimento com esses valores.

7 Conclusão

Neste trabalho, discutimos implicações culturais existentes na justiça restaurativa a partir da análise de princípios e valores restaurativos propostos. Nossa hipótese inicial era a de que a justiça restaurativa estava implicada por concepções culturais existentes em sociedades que se representam como no modelo do paralelepípedo de Kant de Lima, ou seja, de forma igualitária e individualista. Após a análise das características que atravessam os diversos princípios e valores restaurativos, verificamos que elas se aproximam daquelas descritas por Kant de Lima em relação ao modelo do paralelepípedo, confirmando nossa hipótese inicial. A partir desse achado, como contribuição para o prosseguimento da discussão, argumentamos que não só os valores e princípios veiculados pela justiça restaurativa devem ser compreendidos a partir do arranjo cultural no qual se formaram, mas igualmente a formulação dos problemas que a justiça restaurativa se propõe a lidar deve ser compreendida a partir desse mesmo arranjo.

Referências

BRAITHWAITE, John. Accountability and responsibility through restorative justice. In: DOWDLE, Michael. *Rethinking public accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Disponível em: <http://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/Accountability_Responsibility_2006.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2011.

_____. Setting Standards for restorative justice. *The British Journal of Criminology*, v. 42, n. 3, p. 563-577, 2002. Disponível em: <<http://bjc.oxfordjournals.org/cgi/reprint/42/3/563>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

JUSTIÇA Restaurativa será implantada no Paraguai. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=128795>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

KANT DE LIMA, Roberto. Ordem pública e pública desordem: modelos processuais de controle social em uma perspectiva comparada (inquérito e jury system). *Anuário Antropológico*, UnB, Brasília, DF, n. 88, p. 21-44, 1991.

_____. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ANPOCS, São Paulo, SP, n. 10, v. 4, p. 65-84, jun. 1989.

_____. Espaço público, sistemas de controle social e práticas policiais: o caso brasileiro em uma perspectiva comparada. In: NOVAES, Regina (Org.). *Direitos humanos: temas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

_____. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, SP, v. 9, n. 1, p. 169-83, maio 1997.

_____. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Grasiela; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José Augusto (Org.). *O Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

_____. Constituição, direitos humanos e processo penal inquisitorial: quem cala, consente? *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, RJ, v. 33, n. 3, p. 471-488, 1990.

_____. Os cruéis modelos jurídicos de controle social. *Revista Insight Inteligência*, ano 6, n. 25, p. 130-147, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.insightnet.com.br/inteligencia/25/PDF/1125.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

_____. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, M. (Org.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, 1996.

MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: an overview*. Londres: Home Office, Information & Publications Group, 1999. Disponível em: <<http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2011.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. *Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. São Paulo: Secretaria Estadual de Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, Monografias, n. 52, 2009.

SCHUCH, Patrice. Direitos e afetos: Análise Etnográfica da “justiça restaurativa” no Brasil. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 30, 2006, São Paulo. *Anais...* São Paulo, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2006.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TJRS oficializa Justiça Restaurativa no Juizado de Porto Alegre. *Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília*. 8 fev. 2010. Disponível em: <http://www.idcb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=102:tjrs-oficializa-justica-restaurativa-no-juizado-de-porto-alegre&catid=31:noticias>. Acesso em: 17 mar. 2011.

VAES, Tineke. *The restorative justice model and its corruption: an outlook at the canadian experience*. 2002. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/cfrj/fulltext/vaes.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

VAN NESS, Daniel W. Perspectives on achieving satisfying justice: values and principles of restorative justice. In: *ACHIEVING SATISFYING JUSTICE SYMPOSIUM*, Vancouver, 21 mar. 1997. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/van-ness15/at_download/file> Acesso em: 14 mar. 2011.

ZEHR, Howard; MIKA, Harry. Fundamental concepts of restorative justice. In: MCLAUGHLIN, Eugene; FERGUSON, Ross; HUGHES, Gordon; WESTMARLAND, Louise (Eds.). *Restorative justice: critical issues*. London: Sage Publications, 2003. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=8b2tRdn61z0C&lpg=PP1&pg=PA40#v=onepage&q=&f=false>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

_____. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 167-202.

_____. Values and principles in the practice of restorative justice. In: *Introduction of Restorative Justice in Ukraine: Results & Perspectives International Conference (on-line)*, Kiev, p. 8-13, 2006. Disponível em: <http://www.commonground.org.ua/dld/2006_20_04_RJConf/Handout_eng.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2011.