



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 12 – Número 41 – julho/dezembro 2013

ISSN 1676-4781

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

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
IVANA AUXILIADORA MENDONÇA SANTOS

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 de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB
Procuradora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 12 – Número 41 – julho/dezembro 2013
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.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Hotsite: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2013. 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

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles

Revisão de provas

Anna Lucena Bezerra, Gaydson Dias Mendes

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Clara Dantas Farias

Impressão

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

Tiragem: 3.500 exemplares

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

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 12, n. 41, jul./dez.,2013

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

A presente edição do Boletim Científico tem como tema “A Visão do Ministério Público sobre os 25 anos da Constituição Cidadã”, em que são discutidos os avanços que essa nova ordem constitucional trouxe ao País.

A Constituição atual representa um marco que encerrou os vinte anos de um sistema político autoritário e trouxe à sociedade a possibilidade de consolidação da democracia e do Estado de Direito.

Ela alçou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, elencou um extenso rol dos direitos fundamentais, fortaleceu o Poder Judiciário e conferiu ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública e de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Nela, foram concedidos aos membros do Ministério Público os mesmos poderes, deveres, garantias e vedações conferidos aos membros do Poder Judiciário. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado foram-lhe ainda atribuídas as garantias da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, sendo-lhe outorgada com exclusividade a titularidade da ação penal pública e do inquérito civil.

Os artigos que compõem esta edição tratam de assuntos constitucionais relevantes, que envolvem a proteção dos direitos humanos, do meio ambiente, do direito difuso à legitimidade e à normalidade do processo eleitoral e também dos princípios que regem a atuação funcional dos membros do Ministério Público.

O primeiro artigo intitula-se “Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF”, da autoria de Carlos Frederico Santos, que discorre sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas após a edição da Emenda Constitucional n. 45, nas quais passou a considerar como normas supralegais os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico durante a promulgação da Constituição Federal e a edição da emenda.

O ensaio apresentado por Anelise Becker demonstra a importância da utilização pelo Ministério Público da ação civil pública como instrumento efetivo de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nele são retratados os fundamentos da ação civil pública ajuizada com vistas ao restabelecimento do pagamento do seguro-defeso às mulheres que tradicionalmente exercem a pesca artesanal no estuário da Lagoa dos Patos-RS, as quais praticam atividade pesqueira artesanal em regime de economia familiar e apresentam a licença ambiental e os documentos da embarcação em nome do marido ou companheiro.

Abordando matéria atinente ao abuso de Poder Judiciário e ao controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil contemporâneo, Pedro Thomé de Arruda Neto defende a ideia de que cabe ao Estado-Juiz exercer o controle e a avaliação da adequação, da extensão e da efetiva realização das políticas públicas, porque a substitutividade da vontade do Estado-Administração pela decisão do Estado-Juiz é inerente à própria função jurisdicional de editar ordem-norma soberana que substitua a vontade das partes envolvidas na contenda.

Roger Fabre, em seu estudo, analisa a questão referente ao exercício da competência comum dos órgãos ambientais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, previsto no art. 23, inciso VI, da Carta Magna, que impõe aos entes federativos a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição. O autor

pondera ser impossível o norteamento em caráter absoluto da Lei Complementar n. 140/2014 para resolução dos conflitos de competência comum/executiva.

Assunto relevante é abordado por Marla Marcon Andrade Guimarães no seu ensaio sobre a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997), que foi inserido pela Lei n. 12.034/2009, em que argumenta que tal dispositivo, ao vedar a utilização dos procedimentos da Lei da Ação Civil Pública em matéria eleitoral, restringe garantia constitucional do Ministério Público expressa no art. 129, inciso III, da Constituição, a pretexto de evitar que a investigação acarrete reflexos prejudiciais à campanha eleitoral do candidato.

Encerrando os debates, Dicken William Lemes Silva traz reflexão sob a ótica do Direito Comparado, em que demonstra que o princípio da dependência hierárquica, adotado pelo Ministério Fiscal espanhol, e o da independência funcional, encampado pelo Brasil, não são completamente antagônicos, ressaltando que no Direito espanhol a incidência do princípio é relativizada ante a determinação da CE/1978 (art. 124.2) da incidência dos critérios da legalidade e imparcialidade, enquanto no Brasil o ordenamento pátrio limita a aplicação do princípio que não pode ser utilizado para justificar atuações arbitrárias ou indolentes dos membros do Ministério Público.

Este material apresentado certamente servirá de subsídio para o bom desempenho de todos os profissionais da área jurídica.

MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB

Procuradora de Justiça

Membro da Câmara Editorial do Boletim Científico

Sumário

A Visão do Ministério Público da União sobre os 25 Anos da Constituição Cidadã

Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF

Carlos Frederico Santos..... 13

Seguro-defeso e pescadoras artesanais: o caso do estuário da Lagoa dos Patos

Anelise Becker..... 45

O abuso de Poder Judiciário e o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil contemporâneo

Pedro Thomé de Arruda Neto 93

A competência comum dos entes da federação em matéria de proteção ambiental e os ecossistemas costeiros

Roger Fabre..... 115

A vedação dos procedimentos da ACP em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público

Marla Marcon Andrade Guimarães..... 135

Os princípios constitucionais da dependência hierárquica (MF espanhol) e independência funcional (MP brasileiro): reflexões à luz da evolução do Ministério Público e do constitucionalismo contemporâneo

Dicken William Lemes Silva 155

**A Visão do Ministério Público da União
sobre os 25 Anos da Constituição Cidadã**

Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF

Carlos Frederico Santos

Subprocurador-Geral da República.

Resumo: A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional e sua posição na hierarquia das normas sempre foram polêmicas. As decisões do Supremo Tribunal Federal apontam para a superioridade ou igualdade dos tratados com as leis vigentes no País. Após a Emenda Constitucional n. 45, que inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição, a Suprema Corte passou a considerar como normas supralegais os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico entre a promulgação da Constituição e a edição de referida emenda. Contudo, há de se indagar: a mencionada norma trouxe um avanço ou um retrocesso? Violou ou não cláusula pétrea? Para responder a essas questões, foi feito um levantamento histórico da estatura hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional, com o estudo de decisões do Supremo Tribunal Federal e a busca da compreensão da norma descrita no § 2º do art. 5º, concluindo-se pela inconstitucionalidade do § 3º em razão da proibição do retrocesso e da violação do art. 60, IV, da Constituição.

Palavras-chave: Tratados. Direitos humanos. Inconstitucionalidade. Internalização.

Abstract: The incorporation of international treaties in the national law and their position in the hierarchy of rules has always been controversial. The Federal Supreme Court decisions indicate a level of superiority or even equality with the country laws. After the Amendment 45, that inserted § 3 in the article 5 of the Constitution, the Supreme Court decided to consider the international treaties of human rights internalized in the legal system between the enactment

of the Constitution and the edition of that amendment as supralegal rules. However, one must ask: has the rule of § 3 brought advances or a setback? Does it violate the entrenchment clause? In order to answer to these questions, there was a survey of the historical aspect of the stature hierarchy of international treaties into national law and a study of the decisions of the Supreme Court on the subject to try to understand the rule described in § 2 of article 5, which led to the conclusion that the § 3 is unconstitutional because of the imposed setback and the violation of article 60, IV, of the Constitution.

Keywords: Treaties. Rights. Humans. Unconstitutionality. Internalization.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos da evolução do primado dos tratados internacionais no direito brasileiro. 3 A decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. 4 A compreensão do § 2º do art. 5º da Constituição. 5 Considerações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. 5.1 Avanço ou retrocesso? 5.2 Violação à cláusula pétreia? 6 Conclusão.

1 Introdução

Tema relevante sob o enfoque interno e externo é a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico, proposição que se mostra com nuances interessantes no Brasil, em razão do ousado enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição, e da tentativa de limitação, ou anulação, de sua eficácia pela inserção do § 3º, cujo conteúdo dá azo à análise da sua constitucionalidade.

O presente artigo se propõe, portanto, à compreensão da impossibilidade de se limitar, delimitar ou anular a eficácia de uma norma produzida pelo Constituinte originário, por meio de outra advinda do Constituinte derivado, especialmente quando há regressão, a ensejar a aplicação da teoria da proibição do retrocesso ou o reconhecimento da violação de cláusula pétreia.

Investiga-se, assim, o § 3º do art. 5º da Constituição e sua respectiva constitucionalidade, além de se perscrutar a real natureza da estatura normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Demonstra-se, portanto, a importância do enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição, e quão perniciosa foi a introdução do § 3º no ambiente constitucional como norma interpretativa inibidora de eficácia e restritiva da análise de conteúdo, comprometendo o conhecimento do real significado da norma originária pelo órgão encarregado de zelar da Constituição e interpretá-la.

O artigo é estruturado, assim, em capítulos. Ao longo deles, apresenta-se a evolução histórica do primado dos tratados internacionais no Direito brasileiro dentro do período republicano e se busca a compreensão do § 2º do art. 5º da Constituição para, enfim, desvendar o porquê da inserção do § 3º em mencionada disposição constitucional e vislumbrar seus respectivos efeitos, no que diz respeito tanto a um eventual avanço ou retrocesso decorrente da sua edição quanto a uma possível violação de cláusula pétreia.

2 Aspectos da evolução do primado dos tratados internacionais no Direito brasileiro

A hierarquia das normas é tema delicado, que se agrava diante da natureza atribuída aos tratados internacionais após internalizados ao ambiente jurídico nacional.

Com efeito, essa incorporação ao direito pátrio, além de influir nas relações políticas dos planos externo e interno, provoca questionamentos jurídicos de grande envergadura, centrados, não raro, no *status* normativo a ser conferido a esses tratados.

Dentro do contexto histórico nacional, pode-se detectar a posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à estatura hierárquica dos tratados internacionais no direito interno.

Assim, na República Velha, o STF, com base na Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911 (BRASIL, 1911), que passou a regular a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos quando, fora do País, perpetrassem algum dos crimes nela mencionados, consolidou que os tratados internacionais prevaleciam sobre as leis nacionais, salvo se denunciados.

No início da República Nova, constata-se a disposição do Poder Executivo em seguir esse mesmo entendimento, como se denota do anteprojeto de lei sobre cooperação internacional nos processos criminais (BRASIL, 1933), proposto em substituição à então Lei n. 2.416, de 28.6.1911.

Todavia, concluiu-se, com base em decisões do STF, como a lançada na Carta Rogatória n. 89, de 1940 (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, 1944, p. 133-173), e na Apelação Cível n. 7.872/RS (BRASIL, 1943), que a tese da primazia do tratado internacional no ordenamento jurídico deixou de ser adotada, uma vez que um sentimento de soberania, aliado à preservação da *pacta sunt servanda*, e de sobrevalorização do princípio da supremacia da Constituição, impedia que se reconhecesse caráter especial ao tratado no complexo hierárquico do direito interno.

No entanto, nos idos dos anos 1950, quando do julgamento das Apelações Cíveis n. 9.583/RS (BRASIL, 1950) e n. 9.587/DF (BRASIL, 1951), esse panorama mudou. Lafayette de Andrada, ao relatá-las, manifestou que o tratado, como lei especial, não poderia ficar subordinado à lei geral do País (BRASIL, 1950, p. 168), revogando, assim, as que lhe fossem anteriores, mas não podendo ser revogado pelas posteriores, salvo quando estas expressamente assim o determinassem ou caso ele fosse denunciado (BRASIL, 1951, p. 36).

Voltaram, então, os tratados internalizados a desfrutar de um *status* especial na hierarquia das normas.

Essa conclusão continuou a nortear as manifestações jurídicas da Suprema Corte no início do Regime Militar. Consagrou-se naquele momento que o *iter* procedimental previsto na Constituição conferia a pronta internalização do tratado, conforme registrou Oswaldo Trigueiro no Recurso Extraordinário n. 71.154/PR (BRASIL, 1971).

Solidificou-se, ainda nesse período, pela via legislativa, a prevalência dos tratados internacionais de natureza tributária sobre as leis nacionais, ainda que editadas após a incorporação daqueles ao direito interno.

Todavia, no decorrer da década de 1970, o STF passou a adotar regra diversa na solução de conflito entre o tratado internalizado e a lei nacional, optando pela aplicação da máxima *lex posterior derogat priori*, conforme se constata do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE (BRASIL, 1977).

Na Nova República, permaneceu majoritária a interpretação da paridade entre tratados internacionais e lei nacional, vislumbrando-se, ainda, uma certa dificuldade quanto à compreensão do alcance da disposição do § 2º do art. 5º da Constituição então promulgada, em que pese relevante doutrina professar a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais, integrantes de um bloco de constitucionalidade.

Contudo, em 1995, o STF começou a valorizar os tratados internacionais, pois Marco Aurélio, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131-1/RJ (BRASIL, 1995), abordou a questão da prisão civil decorrente da alienação fiduciária em garantia sob esse prisma, embora tenha desconsiderado a questão da primazia.

Dessa forma, apesar do enunciado constante do § 2º do art. 5º da Constituição, os tratados continuaram a ser considerados como norma legal no contexto hierárquico, desfrutando de *status* diferente daquele com o qual reinaram nas décadas de 1950 e 1960, que os prestigiaram como uma norma especial.

Assim, a qualificação do tratado como uma norma especial no novel ordenamento constitucional somente ganhou relevo no início do terceiro milênio, quando Sepúlveda Pertence, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ (BRASIL, 2000a), asseverou que a adoção da paridade hierárquica entre tratados incorporados e lei ordinária evidenciaria um verdadeiro esvaziamento da pretensão constituinte, suplantando, dessa forma, a timidez com que vinha sendo considerada a questão.

Posteriormente, o STF conferiu *status* normativo supralegal aos tratados incorporados ao direito nacional, mas não de forma

indiscriminada, limitando-o aos tratados internacionais sobre direitos humanos (BRASIL, 2009).

Passaram, assim, os tratados internacionais sobre direitos humanos integrantes do ordenamento jurídico nacional a ter primazia sobre a legislação infraconstitucional, embora hierarquicamente inferiores às normas constitucionais.

3 A decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP

Foi na decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP (BRASIL, 2009) que se firmou a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à elevação dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao patamar de norma supralegal.

Embora Cezar Peluso tenha relatado referido recurso utilizando fundamentação de viés civilista (BRASIL, 2009, p. 1107-1134), Gilmar Mendes inaugurou a abordagem da questão sob o ângulo da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 2009, p. 1135-1161).

Em linhas gerais, as argumentações de Cezar Peluso e as de Gilmar Mendes não colidiram, antes se completaram, pois ambas concluíam pelo não provimento do recurso, embora as implicações jurídicas advindas do resultado do julgamento fossem diferentes, a depender da adoção de uma ou de outra, ou mesmo das duas, o que levou seus pares, na sequência da ordem de votação, a ratificá-las, até chegar a vez do voto de Celso de Mello, que, ao inserir em sua argumentação novo tempero, reformulou completamente o entendimento anterior que professava (BRASIL, 2009, p. 1229), em especial o externado na ADI n. 1.480-MC/DF (BRASIL, 1997).

Não divergiu Celso de Mello do ânimo da Corte em não mais permitir a prisão civil nos moldes ali discutidos, mas defendeu em sua fundamentação a orientação de se atribuir natureza constitucional às convenções internacionais sobre direitos humanos,

sem, contudo, postergar o princípio da supremacia da Constituição (BRASIL, 2009, p. 1255).

Essa nova orientação proposta por Celso de Mello não vingou, e a Corte concluiu pela supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, acolhendo, sobretudo, as teses abordadas com foco no princípio da supremacia da Constituição, na impossibilidade de se adotar uma cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos, supostamente constante do enunciado do § 2º, e, ainda, diante do risco de se atomizar as normas constitucionais com base em um bloco de constitucionalidade.

Para chegarem a essa conclusão, integrantes da Corte consideraram, por vezes, a conjugação das disposições dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição; quando não, sobrevalorizaram este último isoladamente, supondo a vontade do constituinte derivado em conferir grau hierárquico mais elevado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a motivar sua incorporação no direito interno com um *status* especial no contexto da hierarquia das normas.

Contudo, não atentaram para o agravamento da dificuldade de se internalizar esses tratados com o quórum de votação exigido para as emendas constitucionais.

4 A compreensão do teor do § 2º do art. 5º da Constituição

No final do regime de exceção, os brasileiros ansiavam por uma nova ordem constitucional, compromissada com a limitação do poder.

Instaurou-se, então, a Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceu na nova Carta um leque invejável de direitos fundamentais e, por proposta de Cançado Trindade, fez inserir em seu contexto o § 2º no art. 5º, visando a possibilitar o acolhimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais.

Fatores como a dinâmica da propagação da defesa dos direitos humanos no âmbito internacional, a necessidade da erradicação dos arbítrios do passado, o anseio da população pela limitação do poder estatal, entre outros que circundavam o ambiente Constituinte, por certo, permitiram que a proposta de Cançado Trindade fosse abraçada sem maiores dificuldades, indo ao encontro dos clamores públicos, atendendo, assim, pretensões morais do momento, justificadas no seio ético popular e fundadas na liberdade, na igualdade, na solidariedade e na segurança, que, ao adquirirem conotação política, proporcionaram sua positivação como um direito fundamental (MARTÍNEZ, 1991, 1995).

Assim, desnecessárias maiores reflexões acerca da natureza da norma descrita no § 2º, proposta por Cançado Trindade, que se apresenta de forma transparente como uma norma de direito fundamental.

Informa Cançado Trindade (2001, p. 30), ao se referir à citada norma, que “por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º(1) da Constituição têm aplicação imediata”.

É evidente, contudo, que o Supremo Tribunal Federal não entendeu dessa maneira, pois classificou como de estatura hierárquica supralegal os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, embora, como visto, o verdadeiro objetivo da proposição oferecida à Assembleia Nacional Constituinte, e por ela encampada, tenha sido o declinado por Cançado Trindade, isto é, atribuir-lhes *status* de norma constitucional.

Nesse ponto, mister abrir parênteses quanto ao relevante papel do juiz de dizer o direito e, em especial, ao desapego a enunciados normativos que decorre naturalmente da função judicante.

Por certo que o papel criador do juiz jamais poderá restar comprometido em nome de uma interpretação vinculada à von-

tade do legislador, principalmente quando se depara com o caráter indeterminado da norma, que, embora resulte da tensão revelada em tempo presente, tem inspiração prospectiva, dirigida pela necessidade de uma certa estabilidade e garantia de continuidade, prestigiando a certeza e exaltando a segurança das relações sociais.

Por outro lado, a importância da criação judicial do direito, especialmente nas cortes constitucionais, não só como fonte produtora de justiça mas também de atualização de texto constitucional, permite a operacionalização das mutações e, por consequência, a manutenção de uma Constituição atual, apta a enfrentar os reclamos sociais presentes e pronta a se submeter a leituras futuras.

Assim, embora compita ao STF dar a última palavra em termos de interpretação da norma constitucional, de firmar seu significado, não há como deixar de fazer considerações sobre a decisão lançada no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, especialmente com foco no princípio da supremacia da Constituição, na suposta cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos constante do § 2º e, ainda, na atomização das normas constitucionais.

Nesse diapasão, é importante que se parta de um ponto que há muito atormentou, como ainda atormenta, os juízes, não só os ministros atuais da Corte Suprema mas também seus antigos integrantes dos idos da República Nova, que é a questão do princípio da supremacia da Constituição e o *status* normativo dos tratados internacionais, hoje, os de direitos humanos.

Há tempos, como já foi visto, Oswaldo Trigueiro (BRASIL, 1971) já defendia no STF que o tratado só se internaliza efetivamente após cumprir o rito previsto na Constituição, integrando-se ao direito interno com a publicação do seu texto por meio do decreto presidencial.

Essa tese, adotada à unanimidade na década de 1970, ressoante de entendimentos firmados ao longo do período republicano, foi confirmada no fim dos anos 1990 no julgamento da ADI n.

1.480-2/DF (BRASIL, 1997), da qual foi relator Celso de Mello, o que torna indubitável, até que se decida em contrário, que os tratados internacionais só passam a integrar o direito interno após cumprido o *iter* constitucional previsto para sua internalização.

No decurso desse *iter*, o tratado é passível de controle de constitucionalidade, o que leva a concluir que os tratados jamais poderiam integrar o ordenamento jurídico nacional quando em desacordo com a nossa Carta, mesmo aqueles com pretensão de desfrutar de *status* constitucional, pois podem se revestir da condição de natimortos antes da ratificação, o que afasta a possibilidade de causarem qualquer prejuízo político na esfera internacional, uma vez que não concretizado o *pacta sunt servanda*.

Aliás, Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, manifesta claramente a possibilidade desse controle prévio de constitucionalidade visando a “impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas” (BRASIL, 2009, p. 1141).

Com esse controle concorda Celso de Mello que, embora privilegiando o princípio da supremacia da Constituição, orienta no sentido de se conferir estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional (BRASIL, 2009, p. 1225).

Logo, não há como se pensar ou afirmar acerca do comprometimento da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, da rigidez que permite o controle de constitucionalidade dos atos que nela encontram sua fonte de validade, caso se confira *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados.

Muito menos poder-se-ia vislumbrar consequência especulativa no âmbito do Direito Internacional decorrente de eventual declaração de inconstitucionalidade desses tratados internacionais antes da sua ratificação, uma vez que ainda não impregnados dos efeitos do *pacta sunt servanda*.

Assim, restam afastadas as implicações das quebras de compromissos decorrentes de tratados não aperfeiçoados, cuja validade depende do cumprimento dos requisitos constitucionais aos quais se submetem as autoridades nacionais que os firmam na esfera internacional. Por outro lado, são suscetíveis de controle prévio de constitucionalidade porque na Constituição encontram sua fonte de validade, o que anula qualquer especulação de ameaça ao princípio da supremacia da Constituição ou violação do *pacta sunt servanda*. Dessa forma, os argumentos, nessa linha, a impedir a internalização dos tratados internacionais como normas materialmente constitucionais, não se mostram consistentes.

Pelos motivos expostos, evidencia-se também que não há margem para cogitações acerca da incorporação direta dos tratados internacionais no direito interno, por meio de uma cláusula aberta de recepção supostamente prevista no § 2º do art. 5º da Constituição, uma vez que, como afirmado acima, é vetusto o entendimento de que as respectivas incorporações dependem do cumprimento do *iter* constitucional imposto para tais aprovações, mesmo em se tratando de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Dessa forma, estaria o STF desonerado de sacrificar a rigidez constitucional, caso reconhecesse a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma materialmente constitucional, após cumprido o *iter* exigido pela Constituição.

Quanto ao mencionado risco da atomização das normas constitucionais, advindo do reconhecimento de estatura hierárquica constitucional aos tratados sobre direitos humanos, especialmente aqueles firmados antes da promulgação da Constituição, vale dizer que, se eventualmente colidentes com a nova ordem constitucional, jamais poderiam ser recepcionados, como, aliás, assim não serão quaisquer tratados, mesmo se havidos como normas supralegais ou legais, diante da necessária observância ao prestigiado princípio da supremacia da Constituição, tido há muito pelo STF como inderrogável.

Nessa linha de entendimento, quanto à inobservância do *pacta sunt servanda*, não importa a estatura que se confira aos tra-

tados internacionais incorporados ao direito interno, pois há de se concluir que a consequência será a mesma em nível de política internacional quando não recepcionados pelo novo ordenamento constitucional.

Por sua vez, não se pode deixar de lado suposta atomização decorrente do reconhecimento oficial da existência de um bloco de constitucionalidade, que, aliás, o STF já vem ensaiando efetivar há algum tempo.

Não é à toa que, na decisão monocrática lançada na ADI n. 595/ES, Celso de Mello, ao se referir ao bloco de constitucionalidade, afirma que a Constituição é muito mais que um conjunto de normas e princípios formalmente positivados (BRASIL, 2002).

De outro vértice, temos manifestação de Gilmar Mendes externando expressa preocupação com a preservação da incolumidade de um possível bloco de constitucionalidade, embora persista negar estatura constitucional aos tratados internacionais com base na atomização das normas constitucionais (BRASIL, 2009, p. 1308-1309).

É bem verdade que o bloco de constitucionalidade, tal como concebido na França, seu país de origem, restringiu-se à Constituição de 1958, às disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 daquele país, e, pode-se dizer também, aos princípios fundamentais reconhecidos pela lei da República, que contam em número de cinco, isto é, a liberdade de associação, os direitos de defesa, a liberdade de ensino, a competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos da autoridade pública e a autoridade judicial guardiã da propriedade privada, sendo, portanto, compacto e limitado. (FAVOREU; LLORENTE, 1991, p. 25-33).

Por sua vez, eventual bloco de constitucionalidade advindo dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional seria extenso e, a princípio, ilimitado, o que, realmente, gera receio de eventual prejuízo à dogmática constitucional.

Porém, isso ocorreria se fossem os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados diretamente no direito nacional por meio de uma cláusula aberta de recepção, o que já mostramos impossível diante do princípio da supremacia da Constituição.

Dessa forma, a construção de um bloco de constitucionalidade nesses moldes, ou seja, com normas advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados com o cumprimento do *iter* procedimental previsto na Constituição, seria plenamente factível e operável, considerando-se a compreensão do conteúdo do enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição.

Claro que, nessa circunstância, nem o princípio da supremacia da Constituição nem o *pacta sunt servanda* decorrente dos tratados internacionais ou, ainda, a suposta existência de uma cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, como dissemos, inoperável, e, tampouco, a criação de um bloco de constitucionalidade de normas materialmente constitucionais – principais pontos postos como empecilho para a consideração da estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos – impedem sua internalização com essa concepção.

Portanto, mais que impedimentos de ordem jurídica – que se apresentam de consistência duvidosa – a não permitir a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, apresentam-se impedimentos de ordem política – revestidos de fundamentos jurídicos – a desaconselhar o reconhecimento de *status* constitucional a referidos tratados internalizados.

Tal afirmação, portanto, nos leva a indagar se foi declinado, de forma direta, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, o verdadeiro motivo de não se conceber a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais no ordenamento jurídico nacional.

A aceitação da tese de serem acolhidas normas materialmente constitucionais aprovadas em quórum simples de votação pretensamente contradiz o princípio da unidade da Constituição, que, em

última análise, só permitiria a existência de norma constitucional, ou a ela equivalente, se observado o quórum de votação das emendas à Constituição, quando, então, ganhariam estrutura material e formalmente constitucional.

Surge desse contexto o § 3º inserido no art. 5º da Constituição pelo constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional n. 45.

5 Considerações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição

Na época da apresentação do Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, de 1992 (BRASIL, 1999, p. 832), originada na Câmara dos Deputados, de autoria de Hélio Bicudo, que tinha como objeto introduzir modificações na estrutura do Poder Judiciário, cuja relatoria coube a Zulaiê Cobra e que resultou na Emenda Constitucional n. 45, contávamos com 11 anos da promulgação da atual Constituição, sem que se definisse o significado do teor da norma contida no § 2º do art. 5º, tida como emblemática por, entre outros pontos, permitir a atribuição de *status* constitucional às normas internalizadas por meio dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Na página 846 do referido relatório, publicado no Diário da Câmara dos Deputados – suplemento, em 14 de dezembro de 1999, temos como justificativa à apresentação da proposta de inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição a necessidade “[...] da outorga explícita da hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil em matérias de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina [...]” (BRASIL, 1999, p. 846).

Não há dúvidas, assim, de que a proposição do § 3º do art. 5º da Constituição, feita pelo Constituinte derivado, teve o objetivo, senão de interpretar, de aclarar o teor do § 2º, elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte com o objetivo de dar plena efetividade à norma originária e, por conseguinte, às normas de direitos humanos constantes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, atribuindo-lhes estatura constitucional.

Contudo, a redação atribuída ao § 3º não alcançou a meta declinada no relatório supracitado, tal qual o paradigma que a inspirou, isto é, a Constituição argentina, que, com a reforma de 1994, como bem disse Celso de Mello, somente “atribuiu hierarquia constitucional a determinados tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (art. 75, n. 22)” (BRASIL, 2009, p. 1258).

Dessa forma, o § 3º, inserido no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45, acabou por gerar as mesmas perplexidades de seu paradigma, isto é, conferiu estatura hierárquica diversa a tratados cujo conteúdo versa sobre a mesma temática.

Sobre o § 3º do art. 5º da Constituição, afirma Celso Lafer (2005, p. 15-18) tratar-se de uma espécie de norma interpretativa que demanda para a aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos o processo de elaboração das emendas constitucionais, processo que entende deva ser respeitado a partir da edição da citada emenda. Defende, no entanto, que os tratados dessa espécie que foram internalizados antes da Constituição de 1988 gozam do *status* de norma constitucional, por terem sido recepcionados pelo § 2º do art. 5º, e que os incorporados entre a promulgação da Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional n. 45 integram o bloco de constitucionalidade e gozam, portanto, do *status* de norma constitucional, mas apenas no sentido material, por não terem sido aprovados com a formalidade do quórum previsto para as emendas constitucionais.

Dessa opinião compartilha Flávia Piovesan (2009, p. 71-78). A autora conclui que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, mas que somente os tratados inseridos no ordenamento jurídico nacional após a Emenda Constitucional n. 45 são material e formalmente constitucionais.

Francisco Rezek (2008, p. 101-103), por sua vez, entende que a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição reflete a intenção do Constituinte derivado de elevar ao nível de norma constitucional os tratados sobre direitos humanos outrora concluídos, no que é acompanhado, *mutatis mutandis*, por André Ramos Tavares (2005, p. 47-48).

No meio acadêmico também não passaram em branco as incongruências do § 3º, inserido no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45.

Mazzuoli (2011, p. 827) alerta sobre a impropriedade de se dar “tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentes tratados que têm o mesmo conteúdo ético”, referindo-se àqueles que visam a proteção internacional dos direitos humanos.

Flávia Piovesan (2009, 72-73) adverte sobre a inconveniência de se conferir hierarquia legal ao instrumento principal do tratado, e ao seu protocolo facultativo hierarquia constitucional. Cita como exemplo a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aderida pelo Brasil desde 1989, cujo Protocolo Facultativo já estava em via de ratificação, com a possibilidade de desfrutar de *status* constitucional.

A possibilidade de se atribuir estatura hierárquica diversa a instrumentos de um tratado resulta, entre outros inconvenientes, na atribuição do controle da produção normativa a órgãos judiciais diversos, cuja competência fica condicionada ao quórum de votação pelo qual foram internalizados, possibilitando decisões divergentes sobre matérias com conteúdo que, por vezes, se confundem.

Assim, evidente a possibilidade do paradoxo do patamar hierárquico diverso referente ao tratado e aos instrumentos que lhes são subsequentes, que podem receber estatura hierárquica diferente, apesar de vinculados a idêntico objeto.

Destarte, o controle da produção normativa em face do tratado será feito pelo STF, caso venham a ganhar estatura constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, caso venham a deter *status* de norma não constitucional.

Outra situação que causa espécie é o fato de o § 3º, inserido no art. 5º da Constituição, apresentar-se como desprovido de imperatividade ao não impor o quórum de votação próprio das Emendas Constitucionais ao procedimento de aprovação dos tratados interna-

cionais sobre direitos humanos, com o fim de garantir-lhes *status* de norma constitucional, embora exija esse procedimento como requisito para alcançarem estatura equivalente à das Emendas, levando a crer, a princípio, que firmou uma faculdade e não uma obrigação.

Todavia, essa ideia da faculdade da adoção do quórum qualificado para aprovação dos tratados internacionais aparentemente não causa surpresa no meio acadêmico ou jurídico.

Francisco Rezek (2008, p. 102), ao comentar referida disposição constitucional, menciona que poderá haver dúvida se matéria constante do tratado versar a temática *direitos humanos*, contudo enfatiza que “se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde sua promulgação”.

E se não for adotado o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição? Tudo leva a crer que o tratado não se internalizará com *status* de norma constitucional, sendo essa a consequência.

Corroborar essa presunção Celso de Mello, ao manifestar que os tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados após a Emenda Constitucional n. 45, “*para se impregnarem* de natureza constitucional, *deverão* observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição”. (BRASIL, 2009, p. 1238, grifos no original).

Disso decorre a conclusão de que o Congresso Nacional utilizará a norma se e quando achar oportuno, o que confere ao § 3º do art. 5º da Constituição o caráter de norma permissiva, fato que, logicamente, não lhe confere natureza teratológica.

Bobbio (2001, p. 126) manifesta que, partindo-se do pressuposto da imperatividade, a norma permissiva tem como função “[...] eliminar um imperativo em determinadas circunstâncias ou com referência a determinadas pessoas, e, portanto, *as normas permissivas pressupõem as normas imperativas*”.

Nesse diapasão, evidencia-se a necessidade de se indagar *qual o imperativo eliminado pela norma permissiva disposta no § 3º do art. 5º da Constituição*.

Antes de qualquer resposta a esse respeito, é importante esclarecer que as normas permissivas se distinguem em positivas e negativas, isto é, aquelas que permitem fazer e as que permitem não fazer, e podem, assim, ser chamadas de permitidas ou de facultativas, respectivamente (BOBBIO, 2001, p. 127).

Ora, analisando-se a norma enunciada no § 3º do art. 5º da Constituição, conclui-se que se trata de uma norma permissiva facultativa, isto é, uma norma que permite ao legislador não adotar, se assim entender, o quórum de votação pertinente às emendas constitucionais quando da internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, salvo se tiver a intenção de atribuir estatura material e formalmente constitucional à referida norma, tornando-a, assim, equivalente à emenda constitucional.

De acordo com essa conclusão, pode-se ratificar que não há consequência jurídica resultante da não adoção do quórum de votação qualificado para a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos e sua respectiva inserção no ordenamento jurídico nacional.

Há de se notar, por consequência, que as características que envolvem a inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos em nosso ordenamento jurídico diferem das características que envolvem a inserção das demais proposições normativas. Estas, ao contrário daquelas, não dispõem de elementos facultativos ao cumprimento da formalidade exigida, isto é, da alternativa de quórum de votação, cuja inobservância leva à invalidade da norma, o que obviamente obsta sua inserção no ordenamento jurídico.

Assim, podemos voltar à pergunta, antes formulada, sobre qual o imperativo eliminado pela norma permissiva disposta no § 3º do art. 5º da Constituição.

Ora, não é outro senão o decorrente do atual sistema constitucional que impõe a unicidade de quórum de votação a ser observado no rito da aprovação de um tratado.

Dessa forma, à primeira vista, parece evidente a constitucionalidade do § 3º do art. 5º da Constituição, elaborado pelo Constituinte derivado, uma vez que, dada a sua natureza permissiva, não fere o sistema pelo qual se insere a norma no ordenamento jurídico por meio da aprovação de um tratado, ainda mais ao facultar quórum de votação qualificado a permitir sua equiparação às emendas constitucionais, prestigiando o princípio da unidade da Constituição.

Portanto, como norma permissiva que é, o § 3º do art. 5º da Constituição cumpre a função de afastar o imperativo da unicidade de quórum de votação a ser observado no rito de aprovação das normas internalizadas por meio de um tratado.

Surge aqui, porém, uma outra indagação: *o § 3º anulou a força normativa decorrente do § 2º? Em outras palavras: o § 3º retirou a eficácia do § 2º?*

5.1 Avanço ou retrocesso?

Como foi reportado, visou a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição “outorgar explícita hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos” (BRASIL, 1999, p. 832), com o objetivo de afastar “a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º” (BRASIL, 1999, p. 832).

Para tanto, o Constituinte derivado elegeu acrescentar um *plus* no processo de aprovação e inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, sem, contudo, modificar qualquer signo do enunciado do § 2º do art. 5º.

Produziu, assim, norma permissiva com o objetivo de facultar a adoção do quórum qualificado pertinente às emendas constitucionais para que os tratados sobre direito humanos sejam internalizados com estatura material e formalmente constitucional, passando, nesses termos, a equivaler às emendas à Constituição.

Em outras palavras, disse o Constituinte derivado que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, os tratados internacionais sobre direitos humanos só ganham *status* de norma

constitucional caso incorporados ao ordenamento jurídico com o quórum de votação qualificado, isto é, com o quórum de votação pertinente às emendas constitucionais.

Ocorre que no meio acadêmico já prevalecia o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ingresariam no ordenamento jurídico nacional como normas materialmente constitucionais, embora não fosse majoritária a conclusão de que sua inserção se daria de forma direta, em observância a uma suposta cláusula aberta de recepção.

O STF, ao decidir o Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, acabou por não enfrentar essa questão, em que pese a sua relevância, uma vez que optou por adotar o entendimento de que a Emenda Constitucional n. 45, ao inserir o § 3º no art. 5º da Constituição, superou qualquer discussão nesse sentido, isto é, acerca da pretensão de os tratados internacionais de direitos humanos ingressarem no ordenamento jurídico nacional como normas materialmente constitucionais.

Em voto lançado no referido recurso extraordinário, após subentender condicionada eventual incorporação dos tratados internacionais como normas constitucionais a uma suposta cláusula aberta de recepção, Gilmar Mendes deixou claro que “a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário” (BRASIL, 2009, p. 1144).

Destarte, em face da edição do § 3º, absteve-se o STF de fazer a leitura do § 2º, sem avaliar se o dispositivo, inserido pelo Constituinte derivado, estaria a dificultar a inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma de estatura constitucional.

A ideia da existência de uma cláusula aberta de recepção a permitir a incorporação direta dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais, embora defendida com vigor por Cançado Trindade, já não se demonstrava

factível à época da proposição da redação do § 2º do art. 5º da Constituição, em que pese a natureza inicial, autônoma e ilimitada do Poder Constituinte originário, uma vez que este já optara por adotar o princípio da supremacia da Constituição, colocando a Carta no ápice da hierarquia das normas, a servir de fonte de validade para os demais atos legislativos inseridos no ordenamento jurídico, cumprindo a formalidade por ela determinada, princípio há muito prestigiado pela jurisprudência do STF.

Como não há contradição no sistema constitucional, evidentemente que restou clara a opção do Poder Constituinte originário em adotar um controle rígido de produção normativa e, conseqüentemente, da inserção da norma no ordenamento jurídico, apresentando-se imprópria a ideia de dispensa de formalidade prescrita para a inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos por meio de uma cláusula aberta de recepção, incompatível com a rigidez adotada.

Embora não se possa conceber a admissão direta no ordenamento jurídico dos tratados internacionais sobre direitos humanos diante da opção feita pelo Poder Constituinte originário – em adotar o princípio da supremacia da Constituição –, não se pode simplesmente negar que o § 2º do art. 5º poderia prestar-lhes esta-tura constitucional, sem que antes se faça sua respectiva leitura.

É certo que, nessas circunstâncias, os tratados internacionais sobre direitos humanos não desfrutariam da qualidade formal ínsita às normas constitucionais, mas também não restam dúvidas de que se revestiriam de características materialmente constitucionais.

Podemos, dessa forma, afirmar que não há que se confundir as contradições ou antagonismos aparentes entre normas constitucionais com a iniciativa de simplificar, de forma excepcional, aquilo que se tem imperativamente como mais complexo num sistema.

Assim o fez o Constituinte originário ao formular o enunciado constante do § 2º, isto é, tornou os tratados internacionais sobre direitos humanos normas constitucionais, sem impor a adoção de

um processo de incorporação mais rígido do que o descrito para os demais tratados, contentando-se, destarte, com o quórum de votação estabelecido como regra para as deliberações das Casas do Congresso Nacional, isto é, a maioria simples dos votos, uma vez presente a maioria absoluta dos integrantes da Casa.

Evidente, portanto, que o fato de o STF não ter feito a leitura do § 2º do art. 5º e ter atribuído natureza supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos com base somente na leitura do § 3º, reputando a vontade do Constituinte derivado em conferir aos tratados internalizados antes da Emenda Constitucional n. 45 um *status* especial, não salvaguarda referida disposição constitucional da pecha de retrocesso.

Não há dúvida, dessa forma, de que o Constituinte derivado, em vez de aclarar os termos do § 2º, terminou por ceifar sua eficácia, impondo uma concepção formalista de internalização dos tratados sobre direitos humanos com o vigor das normas de estatura constitucional, tornando menos efetivos os direitos humanos no Brasil, dificultando sua incorporação como norma constitucional.

Por outro lado, evidencia-se que o STF aceitou a vontade do Constituinte derivado sem perscrutar a constitucionalidade do § 3º, ou sequer fazer a leitura do § 2º, que teve sua eficácia anulada, tornando-se verdadeiro corpo sem alma, enunciado sem leitura.

Tempos atrás, quando da luta pela implantação da federação americana, Hamilton afirmou em seus escritos que “se a vontade do legislativo, declarada nos seus decretos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, caberá a esta reger os juízes e não àqueles” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1964, p. 144).

À parte de qualquer análise ou discussão comparativa acerca do querer e do pensar do povo de ontem e do povo de hoje, do povo que constituiu e do povo que elege seus representantes para implementar e administrar o constituído, o certo é que a mensagem de Hamilton sinaliza os cuidados que se deve ter com as paixões ocasionais.

Sem que tenha havido manifestação do STF em dizer o significado do § 2º do art. 5º da Constituição, o Constituinte derivado, após 16 anos da promulgação da Constituição, veio a dizê-lo na efervescência dos arroubos emocionais que circundavam a Reforma do Judiciário, contrariando, no entanto, o firmado pelo Constituinte originário.

A Constituição deve ser preservada das iniciativas tendentes a abolir a eficácia dos direitos fundamentais, das propostas que implantam retrocesso, especialmente quando a norma inserida em seu texto limita a atualização da Carta, a inovação do texto constitucional.

Isso não significa que a Constituição deva permanecer numa redoma, para ser vista, mas não tocada; vivida, mas não atualizada. Claro que deve a Constituição acompanhar as transformações da sociedade e seus valores. E é exatamente por isso que não se pode limitar a norma fundamental que permite atualização simplificada, a ponto de se anular a sua eficácia, sob pena de se favorecer o anacronismo, impondo processo mais rigoroso à internalização de outros direitos e garantias fundamentais sobre direitos humanos constantes de tratados firmados pelo Brasil.

Eis a importância das ações legislativas consistentes nas emendas e das ações judiciárias consistentes nas mutações. De uma forma ou de outra, a Constituição deve ser atualizada, seja pela mudança do texto, seja pela mudança do sentido do texto, descabendo, contudo, o retrocesso.

Dessas digressões, conclui-se que, no presente caso, a vontade do legislativo, declarada no § 3º, está em oposição à da Constituição, declarada no § 2º, disposição que deve reger a situação, uma vez que as proposições de mudanças ou de releitura da Constituição não podem ter por objeto a redução ou limitação de sua capacidade de atualização.

Dessa forma, embora tenha se mantido intacto o enunciado do § 2º, evidencia-se que a edição do § 3º suprimiu sua eficácia,

limitando ou anulando seu alcance, a pretexto de aclarar ou interpretar seu conteúdo, tornando, dessa forma, seu enunciado verdadeira letra morta.

Não é dado ao intérprete – seja legislador seja juiz – fazer a leitura da norma e dizer o sentido que ressaí de seu enunciado, desconsiderando o próprio enunciado, uma vez que o enunciado da norma é o ponto de partida do intérprete e, como tal, jamais deverá ser desprezado ao ser aclarado ou interpretado, e muito menos ter sua eficácia anulada.

Foi em detrimento do princípio que já concedia *status* de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez cumprido o *iter* de sua incorporação, que se fixou a regra de que os mencionados tratados, para ganharem esse *status*, devem ser aprovados por cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Evidente, portanto, o retrocesso imposto pelo § 3º elaborado pelo Constituinte derivado ao condicionar a conferência do *status* de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos à submissão da sua internalização a um quórum de votação mais complexo que o exigido aos demais tratados, quando o § 2º do art. 5º exigia, tão somente, para a conferência de estatura constitucional, versar o conteúdo do tratado sobre a temática direitos humanos.

Para se afirmar que o § 2º do art. 5º não tinha o condão de conferir estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, necessário seria, então, enfrentar a leitura de seu enunciado, sem se deixar guiar somente pela inovação legislativa do Constituinte derivado.

5.2 Violação à cláusula pétrea?

A norma insculpida no § 2º do art. 5º da Constituição pelo Constituinte originário encontra seu fundamento nos motivos políticos decorrentes dos tempos da ditadura que impulsionaram a

defesa dos direitos humanos em reação ao arbítrio do passado, na busca da efetivação do vetusto anseio da limitação do poder.

Essa perspectiva ficou assentada no texto constitucional de forma concreta ao se ter inserido na Carta, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, e incluído, como princípio a reger as suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos.

Com o fim de manter atualizado o leque de direitos humanos constante do ordenamento jurídico nacional, inseriu o Constituinte a norma disposta no § 2º do art. 5º da Constituição. Com isso, permitiu a incorporação, de forma simplificada, no direito interno, de outros direitos e garantias revestidos da natureza de direitos humanos constantes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, qualificando-se, assim, referida norma como norma de direito fundamental destinada a facilitar a internalização, no ordenamento, de outros direitos fundamentais com estatura materialmente constitucional.

Nesse sentido, a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição, ao retirar a eficácia do § 2º, acabou por violar cláusula pétrea. Embora não tenha retirado do mundo jurídico o enunciado do § 2º, defenestrando-o do texto constitucional inibiu sua força normativa, esvaziou seu espírito, tirando-lhe a eficácia, tornando referida norma incapaz de operar no mundo jurídico.

A norma revestida da natureza de cláusula pétrea deve estar a salvo de ímpetus legislativos ocasionais que objetivem romper com princípios e estruturas essenciais à Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 295), não para preservação da sua redação, mas para manter a função que ela desempenha no contexto constitucional.

Dessa forma, não é demasiado dizer que “os valores permanentes inscritos na Constituição têm primazia sobre as circunstâncias da política ordinária” (BARROSO, 2009, p. 119), o que motiva a manutenção da eficácia do § 2º do art. 5º da Constituição.

Por outro lado, a interpretação da norma, especialmente as que se revestem das características de direito fundamental, não pode ser realizada de forma descompromissada com a função a que se destina, sob pena de macular o princípio da força normativa da Constituição e comprometer sua unidade.

Dificultar a atualização da Constituição, sua adequação aos novéis pensamentos, inibe não só a renovação do texto, mas acima de tudo impossibilita o atendimento de anseios sociais fundamentados em novos valores.

Segundo Canotilho (1997, p. 1210), “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo-se a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

Portanto, a interpretação dada pelo § 3º ao enunciado do § 2º, além de não ter assegurado a atualização normativa facilitada, desprezou a historicidade da estrutura constitucional, em especial a relevância atribuída às normas que versam sobre direitos humanos, e não contribuiu para a eficácia ou permanência de uma Constituição conforme aos valores renovados no seio social, ou mesmo internacional.

Destarte, embora salutar e próprio que a hermenêutica constitucional seja pluralista, englobando não só participantes da esfera estatal, dentro da qual se ressalta o importante papel do Poder Legislativo, “Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação” (HÄBERLE, 2002, p. 14), a qual espera o § 3º, frente ao enunciado do § 2º, e não vice-versa.

Indubitável, portanto, que o § 3º do art. 5º fere o art. 60, IV, da Constituição, na medida em que se leva em consideração a disposição do § 2º daquele artigo da Carta, verdadeiro direito do povo à atualização facilitada dos direitos e garantias fundamentais oriundos e constantes de tratados internacionais sobre direitos humanos.

6 Conclusão

O artigo permite a compreensão do imbróglio criado pela introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição e seus respectivos efeitos, concernentes a uma precipitada interpretação de norma constitucional estatuída pelo Constituinte originário, que chegou às raias da anulação do § 2º de mencionado artigo, interpretação feita pelo legislador, e não pelo órgão encarregado de velar e interpretar a Constituição na forma por ela estabelecida.

É certo que o § 3º, ao visar a especificar o teor do § 2º, tomando por vetor o princípio da unidade da Constituição, atribuiu o quórum de aprovação das emendas constitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos, objetivando conferir-lhes estatura formal e materialmente constitucional.

No entanto, ficou demonstrado que tal iniciativa comprometeu o processo simples anteriormente previsto para a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao ambiente jurídico nacional, processo este uniforme a todos os tratados internacionais, além de ter retirado a eficácia da norma insculpida no § 2º, acerca da qual se afirmava conferir estatura constitucional a referidos tratados aprovados por maioria simples de votação.

Revelou-se, entretanto, que por trás da edição do § 3º havia um fim diverso que a mera atribuição de estatura material e formalmente constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, isto é, o de evitar a inovação da Constituição por meio de quórum simplificado de votação e o conseqüente alargamento de um bloco de constitucionalidade.

Atente-se, ademais, que, por ser o § 2º do art. 5º da Constituição uma norma de caráter prospectivo profundo, dado o potencial da margem de avanço que seu teor propicia, permitindo uma evolução jurídico-social mais rápida que a capacidade de absorção das concepções atuais, emergiu como fator inibitório a cautela de sua aplicação, que levou o deslocamento de sua interpretação do âmbito jurídico constitucional para o parlamento, provocando a

ação do legislador hermeneuta, o qual acabou por acrescentar o § 3º à mencionada disposição, implantando verdadeiro retrocesso, por meio da suposta faculdade, revestida do caráter de imposição, de processo mais rígido para internalização dos tratados sobre direitos humanos como norma de estatura constitucional.

A despeito de o Constituinte derivado ter legitimidade e capacidade para produzir regra de cunho interpretativo de norma produzida pelo Constituinte originário, não lhe é dado limitar, reduzir ou podar o alcance da norma interpretada.

Diante das considerações feitas ao § 3º do art. 5º da Constituição, ressalta sua inconstitucionalidade não só pelo retrocesso que impôs, ao vincular a estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos à sua respectiva incorporação pelo quórum das emendas constitucionais, mas também por ter violado cláusula pétrea, consistente no enunciado do § 2º, que, aliás, já conferia *status* de norma materialmente constitucional a mencionados tratados.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru-SP: Edipro, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento*. Brasília, 14 dez. 1999. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/1999&txpagina=8328txsuplemento=2&altura=650&largura=800>. Acesso em: 27 fev. 2013.

_____. Diário Oficial. Rio de Janeiro: n. 269, nov. 1933, p. 22047. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/2237386/dou-secao-1-22-11-1933-pg16/pdfView>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do país, perpetrarem alguns dos crimes nela mencionados. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2416&tipo_norma=LEI&data=19110628&link=s>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, de 4 set. 1997. Relator: min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginador-pub/paginador.jps?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES, de 18 fev. 2002. Relator: min. Celso de Mello. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-ADI-595-es-STF>. Acesso em: 27 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 7872/RS, de 11 out. 1943. Relator: min. Philadelpho Azevedo. Relator para o acórdão: min. Laudo de Camargo. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=519551>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 9583/RS, de 26 jun. 1950. Relator: min. Lafayette de Andrada. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=31070>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 9587/RS, de 21 ago. 1951. Relator: min. Lafayette de Andrada. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 71.154/PR, de 4 ago. 1971. Relator: min. Oswaldo Trigueiro. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-1/RJ, de 23 nov. 1995. Relator: min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ, de 29 mar. 2000. Relator: min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, de 1º jun. 1977. Relator: min. Xavier de Albuquerque. Relator para o acórdão: min. Cunha Peixoto. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Relator: min. Cezar Peluso, publicado no *DJ* de 5 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARTA ROGATÓRIA N. 89, DE 1940. *Revista de Jurisprudência Brasileira*. Rio de Janeiro: Redação e Administração. Ago. 1944. Mensal. v. LII, f. 155, p. 133-173.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Sevilla, ES: Civitas, 1991.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manoele, 2005.
- MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Eudema, 1991.
- _____. *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RODRIGUES, Manoel Coelho. *A extradição: no direito brasileiro e na legislação comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. Tomo III, Anexos A e B, p. 75-78.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 2, v. 2, n. 2, 2001, p. 13-39, ISSN 1677-1419.

Seguro-defeso e pescadoras artesanais: o caso do estuário da Lagoa dos Patos

Anelise Becker

Procuradora da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutora em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

Resumo: Retrata o presente artigo os fundamentos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com vistas ao restabelecimento do pagamento do seguro-defeso às mulheres que tradicionalmente exercem a pesca artesanal no estuário da Lagoa dos Patos (RS). O benefício foi suspenso após 12 anos de pagamento, ao argumento de que seria devido apenas a quem realiza a captura do pescado, excluindo as mulheres que, em regime de economia familiar, historicamente desenvolvem suas atividades em terra.

Palavras-chave: Seguro desemprego. Pesca artesanal. Mulheres. Comunidades tradicionais. Proibição de retrocesso.

Abstract: This article describes the fundamentals of Public Civil Action filed by Federal Public Prosecution Service aimed to re-establish the payment of the defense insurance for the women who traditionally execute the artisanal fishing in the Lagoa dos Patos estuary (RS). The benefit was suspended after 12 years of payment, under the argument that it would be due only to those who perform the catch of the fishing, excluding the women who, in a household system, historically do their activities inland.

Key-words: Unemployment insurance. Artisanal fishing. Women. Traditional community. Prohibition of regression.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos vetores em causa e das tratativas interinstitucionais destinadas ao seu equacionamento no âmbito do estuário da Lagoa dos Patos. 3 Do equívoco consistente em correlacionar a titularidade individual da licença ambiental de pesca e

o direito à percepção do seguro-defeso no estuário da Lagoa dos Patos. 4 Do reiterado pagamento do seguro-defeso às mulheres que atuam na atividade pesqueira artesanal no estuário da Lagoa dos Patos. 5 Da importância socioeconômica do seguro-defeso para as comunidades de pescadores artesanais do estuário da Lagoa dos Patos. 6 Do seguro-defeso como direito fundamental social garantidor do mínimo existencial para comunidades tradicionais de pescadores artesanais. 7 Da caracterização antropológico-jurídica do/a beneficiário/a do seguro-defeso atinente à pesca artesanal no estuário da Lagoa dos Patos. 8 Da proibição de retrocesso. 9 Da ausência de justificção para o retrocesso e da ausência de previsão de benefício alternativo, apto a salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental afetado. 10 Uma interpretação sistemático-constitucional para o disposto na Resolução CODEFAT n. 657/2010 e na Instrução Normativa MTE/SPPE n. 1/2011. 11 Conclusão.

1 Introdução

Retrata o presente ação civil pública¹ movida pelo Ministério Público Federal contra a União, tendo por objeto o entendimento assumido no ano de 2010 pelo Ministério do Trabalho e Emprego² de que o seguro-defeso não seria devido às mulheres de pescadores artesanais que com eles atuam em regime de economia familiar no estuário

1 Ação Civil Pública n. 5002559-10.2012.4.04.7101, ajuizada perante a Subseção Judiciária de Rio Grande, RS, cuja petição inicial foi elaborada pela autora, com base em amplo trabalho extrajudicial desenvolvido no âmbito do Inquérito Civil em trâmite na Procuradoria da República no Município de Rio Grande, sob o n. 1.29.006.00120/2006-87, ao qual juntados os documentos citados a seguir, que vieram a instruir a ACP em referência. Trabalho vencedor do 1º Prêmio República de Valorização do Ministério Público Federal, promovido no ano de 2013 pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), na categoria “Índios, Comunidades Tradicionais e Minorias”.

2 Expresso na Nota Informativa n. 563/2010/CGSAP/DES/SPPE/MTE, posteriormente reiterada pela Nota Informativa n. 665/2011/CGSAP/DES/SPPE/MTE e pelo Parecer CONJUR/MTE n. 338/2011. Entendimento referendado pela Advocacia-Geral da União (Parecer n. 062/2011/DECOR/CGU/AGU), não obstante as manifestações em contrário do Ministério da Pesca e Aquicultura e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (Nota Técnica n. 32/2011 – CGPAM/DPOPA/SEPOP/MPA e Parecer CONJUR/MPA n. 370/2011, Nota Técnica – SPM/PR, de 27.6.2011, e Parecer MWB/CJU-RS/CGU/AGU n. 1015/2011).

rio da Lagoa dos Patos, RS, ou seja, às mulheres que tradicionalmente atuam na atividade pesqueira artesanal no referido estuário.

Entendimento que veio a ser, após, *aparentemente* positivado no art. 1º, § 2º, da Resolução CODEFAT n. 657/2010, que conceitua a pesca, para fins da concessão do benefício, como “a captura, para fim comercial, da espécie objeto do defeso” e prevê, em seu art. 3º, os documentos necessários à habilitação ao benefício³.

A tese em presença parte do pressuposto de que tal entendimento funda-se em interpretação equivocada do disposto no art. 1º da Lei n. 10.779/2003 c/c art. 1º, § 2º, da Resolução CODEFAT n. 657/2010, com base na qual assentada a conclusão de que

o pagamento do seguro-desemprego deve ser feito somente ao pescador profissional que atua individualmente ou em regime de economia familiar, atendidos os requisitos fixados na Lei nº 10.779, de 2003 e na Resolução CODEFAT nº 657, de 2010, *restando indevido o pagamento do benefício às demais pessoas porventura inseridas na cadeia produtiva da atividade pesqueira*⁴. [grifo no original]

Interpretação equivocada esta, conducente à *falsa aparência* de que o disposto no citado § 2º do art. 1º da Resolução CODEFAT n. 657/2010, mormente após sua combinação com o disposto no inciso XI do art. 13 da Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01, de 27.12.2011, correlacionaria, com exclusividade, seguro-defeso e captura, restringindo o pagamento do benefício, em consequência, ao indivíduo que realiza a captura do pescado.

Na ação civil pública em comento, sem ingressar no mérito da defensabilidade de tal tese no âmbito generalizante em que pro-

3 O § 5º do referido art. 3º estabelece que o Ministério do Trabalho e Emprego poderá exigir, quando julgar necessário e mediante instrução normativa, ainda outros documentos. Seguiu-se, então, a edição da Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01, de 27.12.2011, publicada no DOU de 4.1.2012, prevendo, em seu artigo 13, entre outros, como requisito para a obtenção do mencionado benefício, a apresentação da “licença ambiental emitida pela autoridade ambiental ou pesqueira competente, quando for obrigatória para o exercício da atividade pesqueira” (inciso XI).

4 Parecer n. 062/2011/DECOR/CGU/AGU.

duzida, sustentou o Ministério Público Federal não ser ela juridicamente defensável no âmbito do estuário da Lagoa dos Patos, haja vista as peculiaridades da comunidade tradicional de pescadores artesanais que ali desenvolvem suas atividades, postulando, em consequência, a adoção, pela União, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, de medidas juridicamente condizentes com a realidade local no que tange ao pagamento do benefício conhecido como “seguro-defeso”.

As presentes considerações, na forma de comentário a caso jurídico concreto, são destinadas exatamente àquele que hoje vem repensado o próprio sentido da elaboração doutrinalmente dogmática do direito positivo: o de exercício de “uma tarefa pragmática (ou prática)”, passível, como tal, de oferecer diretivas ou modelos jurídico-normativos à realização do direito; passível de oferecer, pois, fundamentação para decisões práticas⁵.

2 Dos vetores em causa e das tratativas interinstitucionais destinadas ao seu equacionamento no âmbito do estuário da Lagoa dos Patos

O viés eminentemente documental dos requisitos previstos para a percepção do seguro-defeso, aliado à relativa facilidade de obtenção dos documentos correspondentes, entre os quais, durante certo tempo, atestado emitido pela Colônia de Pescadores⁶, deu

5 Castanheira Neves (1998), reportando-se a Wieacker. Ver Franz Wieacker (História do Direito Privado Moderno, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 721-722), onde refere como missão da dogmática, não a de construir um edifício doutrinal mental e logicamente contingente de contextos de dedução, mas sim a de oferecer meios de resolução correta de problemas.

6 Inciso IV do art. 2º da Lei n. 10.779/2003, julgado inconstitucional pela ADIN n. 3.464 (acórdão publicado em 6.3.2009 e transitado em julgado em 16.3.2009), por violar os princípios constitucionais de liberdade de associação e de liberdade sindical (arts. 5º, inciso XX, e 8º, inciso V), *in verbis*:

“IV – atestado da Colônia de Pescadores a que esteja filiado, com jurisdição sobre a área onde atue o pescador artesanal, que comprove:

ensejo a que estas condicionassem a sua emissão, na região em apreço, ao pagamento das correspondentes anuidades e logo se tornou fonte de ganhos para as Colônias, na medida em que a possibilidade de obtenção fraudulenta de seguro-defeso por não pescadores fazia com que estes a elas se associassem e, mediante o simples pagamento da anuidade, obtivessem tal atestado⁷.

Por outro lado, esse mesmo viés eminentemente documental deu ensejo, também, a que muitas pessoas efetivamente vinculadas ao exercício da atividade pesqueira na região, por não disporem da integralidade de tais documentos (não raro por sequer disporem dos recursos econômicos necessários à sua obtenção), viessem a ser aliadas do acesso ao benefício a que, não obstante, teriam direito.

O acompanhamento diuturno dos problemas suscitados pelas potenciais fragilidades e perversidades de um sistema meramente documental e fixo para aferição dos requisitos para a percepção do seguro-defeso, materializado tanto no constante recebimento de representações e questionamentos por parte de pescadores e seus representantes como no comparecimento a reuniões do Fórum da Lagoa dos Patos⁸, fez com que o Ministério Público Federal, a partir do ano de 2006, com a instauração do Inquérito Civil PRM/RG/

a) o exercício da profissão, na forma do art. 1º desta Lei;

b) que se dedicou à pesca, em caráter ininterrupto, durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso; e

c) que não dispõe de outra fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira”.

7 O interesse despertado pelo acesso ao benefício do seguro-defeso que tal documento conferia fez com que a referida possibilidade viesse a ser explorada por um tipo de “indústria” do seguro-defeso na região. Tais fatos foram objeto de intensa investigação policial no âmbito da “Operação Truta” (Inquérito Policial DPF/RGE/RS n. 2007.71.01.000783-0), por meio da qual ajuizadas, entre outras, a Ação Penal n. 5002628-13.2010.404.7101.

8 Fórum consultivo e cooperativo relativamente ao Ministério da Pesca e Aquicultura e ao IBAMA, previsto no art. 8º da Instrução Normativa Conjunta MMA/SEAP n. 3/2004, com atribuições específicas para o estuário da Lagoa dos Patos, notadamente no que tange à emissão das correspondentes Licenças Ambientais de Pesca, composto por representantes das comunidades pesqueiras, entidades de classe dos pescadores da região e da sociedade civil organizada.

RS n. 1.29.006.00120/2006-87, passasse a desenvolver um intenso trabalho, ao qual se agregaram Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Ministério da Pesca e Aquicultura (MPA), IBAMA, Capitania dos Portos do Rio Grande do Sul (CPRS), Advocacia-Geral da União (AGU), Polícia Federal (PF), Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Fórum da Lagoa dos Patos (FLP), com vistas tanto ao (i) combate à fraude na percepção do seguro-defeso, como à (ii) inclusão dos pescadores que, por motivo documental, dele se vejam injustamente excluídos.

Ao longo desse trabalho, e com base nas conclusões que esse grupo de instituições veio a alcançar, o Ministério Público Federal, à vista do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.779/2003⁹, expediu uma série de recomendações, no intuito de fazer com que o Ministério do Trabalho e Emprego atendesse àquele duplo interesse, (i) e (ii).

Com vistas a que o Ministério do Trabalho e Emprego estabelecesse um *critério* para a aferição do efetivo exercício da pesca pelo interessado no *período aquisitivo* referente às parcelas do seguro-defeso atinentes ao ano em causa e atento à circunstância de que a pesca constitui atividade extrativa de recursos naturais e, por isso, sujeita a licenciamento ambiental, procurou o Ministério Público Federal, nos anos de 2008 a 2010, entre outras providências, vincular tal aferição à regularidade ambiental de seu exercício, instando, então, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de recomendações¹⁰, a incluir nos requisitos para a obtenção do seguro-defeso, além dos documentos de praxe, *também a licença ambiental de pesca emitida pelo IBAMA*¹¹.

9 *In verbis*: “O Ministério do Trabalho e Emprego poderá, quando julgar necessário, exigir outros documentos para a habilitação do benefício”.

10 Recomendações PRM/RG/RS n. 001/2008 e respectivo aditamento, veiculado por meio do Ofício CDC/PRM/RG/RS n. 676/2008, e n. 001/2009, bem como recomendação de 2010, veiculada por meio do Ofício CDC/PRM/RG/RS n. 405/2010.

11 A manutenção do licenciamento ambiental da atividade pesqueira no estuário da Lagoa dos Patos deve-se a acordo firmado, em 2004, entre o Ministério Público Federal, o IBAMA e a União, ao ensejo da Ação Civil Pública movida pelo primeiro

Referidas recomendações e seus aditamentos tiveram como objetivo colaborar com o Ministério do Trabalho e Emprego na aproximação, com relativamente maior segurança, da “realidade” documentada àquela efetiva, mediante a atribuição, à licença ambiental de pesca, de um caráter *indicativo* do universo que, em tese, faria jus ao benefício (haja vista a magnitude da fraude praticada na região), não pretendendo vincular, em momento algum, um instrumento ao outro.

Isso porque se, de um lado, nem todo o titular de licença ambiental de pesca faz jus, só por esse fato, ao seguro-defeso, de outro, nem todo aquele que faz jus ao benefício deve, só por tal razão, ser titular, em nome próprio, de licença ambiental de pesca. No primeiro caso, enquadram-se os pescadores dedicados unicamente à captura do camarão – a mais rentável das quatro safras do estuário. No segundo, as mulheres que atuam, tradicionalmente, na atividade pesqueira artesanal, em regime de economia familiar, dedicando-se, com seus cônjuges/companheiros, às quatro espécies indicadas na INC MMA/SEAP n. 03/2004 (tainha, bagre, corvina e camarão), e que não dispõem de outra fonte de renda diversa daquela decorrente da pesca.

Por gerações, a pesca artesanal é exercida informalmente no estuário da Lagoa dos Patos, circunstância que, associada ao fato de que parte significativa das comunidades pesqueiras situa-se longe dos centros urbanos, possui baixa escolaridade, sendo seus integrantes pouco afetos às lides administrativas formais, faz com que parte significativa do contingente de pescadores artesanais efetivos acabe por se manter à margem da oficialidade e do correspondente controle administrativo. Mas não apenas isso: a própria natureza das relações em causa *não justifica* a obtenção de licença ambiental

contra os demais, que tramitou perante a Subseção Judiciária de Rio Grande sob o n. 2002.71.01.010012-0, a resultar na edição da Instrução Normativa Conjunta MMA/SEAP n. 3/2004, que restabeleceu o regime anteriormente previsto na Portaria IBAMA n. 171/1998, cuja aplicação foi suspensa com a alteração das competências previstas na Lei n. 9.649/1998, promovida a partir da edição da Medida Provisória n. 1999-18/2000 e, afinal, pela Lei n. 10.683/2003. Sobre o tema, ver BECKER, 2003.

de pesca, *em nome próprio*, por todos aqueles que sobrevivem da atividade pesqueira, sob pena de afastar ainda mais esse instituto de sua real finalidade, convertendo-o em mero pressuposto burocrático-documental da percepção do seguro-defeso.

Embora tradicionalmente *embarcada* e não obstante o efetivo esforço de pesca desenvolvido sobre o recurso natural dependa mais dos instrumentos com que é exercida e, portanto, do porte, da capacidade do equipamento utilizado em cada embarcação, e não exatamente do número de pescadores nela envolvidos – até porque o próprio porte da embarcação condiciona o número de tripulantes –, tanto a Portaria IBAMA n. 171/1998 como a INC MMA/SEAP n. 03/2004, que a sucedeu, prevêm o licenciamento ambiental da pesca *per capita*, e não por embarcação, gerando um desvirtuamento do próprio instituto que, assim, não tem como cumprir a contento as suas finalidades de gestão ambiental da atividade pesqueira.

Se, por isso, tal critério, de um lado, não proporciona um efetivo controle ambiental do real esforço de pesca exercido sobre os recursos naturais, passa, por outro, a constituir um problema quando se pretende relacionar a percepção do seguro-defeso com a titularidade de licença ambiental para o exercício da atividade pesqueira, na medida em que culturalmente é apenas o titular da embarcação que possui licença de pesca.

Cumpra, pois, uma *correção em ambos os aspectos*: de um lado, no sentido de que a licença para a pesca, ao assumir a condição de efetivo instrumento de gestão ambiental dessa atividade, leve em consideração seu efetivo esforço e, pois, *a embarcação*; e, de outro, no sentido de que o critério para a habilitação ao seguro-defeso seja estendido à mulher partícipe da atividade pesqueira artesanal, mediante a apresentação da licença de pesca outorgada ao titular da embarcação.

É o caso das mulheres que, com seus cônjuges ou companheiros, atuam em terra, em regime de economia familiar, limpando e beneficiando o pescado, consertando redes etc. Mulheres relativamente às quais a habilitação ao benefício deve-se dar com base na comprovação do exercício, por elas, de atividade econômica em

tal regime e, pois, independentemente da apresentação de licença ambiental de pesca em nome próprio.

As considerações transcritas acima embasaram as recomendações expedidas pelo Ministério Público Federal nos anos de 2008, 2009 e 2010¹², no sentido de que o Ministério do Trabalho e Emprego exigisse a apresentação *cumulativa*, para as mulheres que atuam tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal em regime de economia familiar, da licença de pesca emitida pelo IBAMA para o respectivo cônjuge/companheiro, observada a comprovação do vínculo correspondente.

Nos anos de 2008 e 2009, o Ministério do Trabalho e Emprego acatou as recomendações expressamente¹³, concedendo a essas trabalhadoras o benefício do seguro-defeso não apenas nesses anos, mas também no de 2010, quando modificou seu entendimento¹⁴.

No ano de 2010, o Ministério do Trabalho e Emprego, manifestando pela primeira vez sua discordância relativamente às recomendações veiculadas pelo Ministério Público Federal, aduziu que “o regime de economia familiar definido no § 1º art. 1º da Lei n. 10.779/2003 não comporta a concessão de Seguro Desemprego a cada um dos membros do grupo familiar, mas tão-somente ao pescador artesanal que comanda o grupo familiar”, porquanto “os membros da família do pescador que limpam o peixe e o preparam para a comercialização, integram a chamada cadeia produtiva do setor pesqueiro, mas não praticam a pesca, na forma definida no art. 1º da Lei n. 10.779/2003. Portanto, não estão compreendidos no conceito de pescador artesanal, e não fazem jus ao benefício”.

Note-se que, como dito, não obstante assumindo entendimento contrário ao pagamento do seguro-defeso às mulheres que

12 Despacho que fundamentou o aditamento à Recomendação PRM/RG/RS n. 001/2008, anexo ao Ofício CDC/PRM/RG/RS n. 676/2008, elaborado pela autora.

13 Nota Técnica n. 595/CGSAP/DES/SPPE/MTE, de 14.7.2008, e Nota Informativa n. 507/CGSAP/DES/SPPE/TEM, de 17.6.2009.

14 Nota Informativa n. 563/2010/CGSAP/DES/SPPE/MTE, de 28.4.2010.

atuam tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal em regime de economia familiar durante o período de recepção dos correspondentes requerimentos no ano de 2010, não chegou então o Ministério do Trabalho e Emprego a conferir-lhe efetividade, uma vez que lhes concedeu o benefício tal como nos anos anteriores.

3 Do equívoco consistente em correlacionar a titularidade individual da licença ambiental de pesca e o direito à percepção do seguro-defeso no estuário da Lagoa dos Patos

A restrição do pagamento do seguro-defeso àqueles que atuam diretamente na captura do pescado, mediante a exigência da correspondente Licença Ambiental de Pesca, veio a ser materializada com a edição das citadas Resolução CODEFAT n. 657/2010 e Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01/2011.

Não obstante tal exigência tenha o potencial condão de reduzir as fraudes na percepção do benefício, ignora o fato de que a titularidade de Licença Ambiental de Pesca não habilita, por si só, o seu titular à percepção do seguro-defeso, uma vez que, para tanto, deve atender a requisitos próprios, não necessariamente vinculados àqueles atinentes à outorga da Licença de Pesca, porquanto, para fazer jus ao seguro-defeso, o requerente deve ter se dedicado à atividade pesqueira de todas as espécies objeto do defeso, pois somente assim pode-se dizer que faz da pesca o seu meio de vida.

No específico caso do estuário da Lagoa dos Patos, considerando ser a safra do camarão, em regra, a mais rentável, não raro há quem apenas se dedique à sua captura, com o que deverá, para a sua regularidade, obter a correspondente Licença Ambiental de Pesca, mas não estará devidamente habilitado, só por isso, a perceber o seguro-defeso, por não preencher requisito específico seu.

Por isso, como dito, as recomendações do Ministério Público Federal com o fim de incluir a Licença Ambiental de Pesca entre os documentos a serem exigidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego para concessão do seguro-defeso tiveram um caráter mais

propriamente *indicativo* do universo que, em tese, faria jus ao benefício (haja vista a magnitude da fraude praticada na região), não pretendendo vincular, em momento algum, um instrumento ao outro.

Isso porque, em suma, para receber o seguro-defeso não basta ser pescador artesanal no estuário da Lagoa dos Patos, mas sim que o seja de forma ininterrupta entre os defesos, ou seja, dedicando-se à pesca das espécies indicadas na INC MMA/SEAP n. 03/2004, não dispondo de fonte de renda diversa da decorrente da pesca, de modo que a titularidade de Licença Ambiental de Pesca não outorga, por si só, direito ao seguro-defeso pois, para este, existem outros requisitos, os quais devem ser preenchidos de forma cumulativa e não alternativa.

As tratativas referentes ao tema, promovidas pelo Ministério Público Federal na região, que culminaram com a constituição, em abril de 2009, de Grupo de Trabalho Interinstitucional destinado a dar continuidade aos trabalhos de combate à percepção fraudulenta do benefício bem como de inclusão dos pescadores que, por motivo documental, tivessem sido injustamente excluídos do acesso ao benefício, tiveram por horizonte a própria gestão da pesca no estuário da Lagoa dos Patos, a implicar, por conseguinte, também a recondução da Licença Ambiental àquele que deve ser o *seu* papel: o controle do esforço pesqueiro, inalcançável enquanto se mantenha restrita a sua concessão meramente *per capita* e “inflacionada” quanto ao número de interessados em sua obtenção, não necessariamente pescadores, como simples requisito documental para a percepção, não raro indevida, do seguro-defeso.

Esse, aliás, foi o pano de fundo sobre o qual veio a se formar, naquele grupo de trabalho, *o consenso de que*, sendo o interesse primordial das mulheres que atuam na pesca em regime de economia familiar com seus maridos a obtenção de Licença Ambiental em nome próprio apenas para alcançar o seguro-defeso e diante do assentimento do Ministério do Trabalho e Emprego em suprir tal requisito mediante a prova do regime e a apresentação da Licença de que titular o marido, *não haveria sentido*, mormente em termos de gestão ambiental da pesca, em outorgá-la a elas.

No entanto, uma vez passando o Ministério do Trabalho e Emprego a exigir a apresentação de tal documento, em nome próprio, de cada interessado na obtenção do benefício, há o risco de que mais uma vez a Licença Ambiental de Pesca venha a ser desvirtuada de seu real objetivo, não apenas sem que se alcance o pretendido efeito de redução da fraude, mas também com o risco de, desnecessariamente, *recrudescê-la*.

Esse recrudescimento é diretamente tributário da exigência de Licença Ambiental de Pesca em nome próprio como requisito de acesso ao benefício, pois levará mulheres, que mesmo a ele tendo direito em virtude do exercício da atividade pesqueira em regime de economia familiar, a postulá-la, afirmando falsamente, em tal hipótese, exercerem a captura. Falsidade ideológica essa a cujo cometimento restarão inevitavelmente levadas, com vistas apenas ao preenchimento de requisito documental para obtenção de benefício ao qual já fariam jus com a apresentação da Licença Ambiental de Pesca de que titulares seus cônjuges ou companheiros.

Aponta tal exigência, pois, para um inaceitável caminho de criminalização para que as mulheres que atuam tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal tenham acesso a benefício a que fazem jus.

4 Do reiterado pagamento do seguro-defeso às mulheres que atuam na atividade pesqueira artesanal no estuário da Lagoa dos Patos

Não obstante haja, no ano de 2010, manifestado o Ministério do Trabalho e Emprego, pela primeira vez, o entendimento de que “o regime de economia familiar definido no § 1º art. 1º da Lei n. 10.779/2003 não comporta a concessão de Seguro Desemprego a cada um dos membros do grupo familiar, mas tão-somente ao pescador artesanal que comanda o grupo familiar”, desde a instituição do benefício no estuário da Lagoa dos Patos, em 1998 (Portaria IBAMA n. 171/1998 c/c Lei n. 8.287/1991), pagou-o indistintamente a homens e mulheres.

Em consequência, desde a instituição do benefício na região, o Ministério do Trabalho e Emprego vinha pagando o seguro-defeso, indistintamente, às mulheres que não realizam diretamente a captura do pescado, mas sim tarefas em terra, nos trabalhos de confecção e reparos de artes e petrechos de pesca, bem como em reparos realizados em embarcações de pequeno porte e, ainda, no processamento do produto da pesca artesanal (tarefas tidas por “atividade pesqueira”, conforme previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 11.959, de 29 de junho de 2009), tendo-o feito também no ano de 2010, quando inovou em seu entendimento sobre o tema.

Ora, salvo raras exceções, a mulher integrante das comunidades tradicionais de pescadores artesanais que atuam no estuário da Lagoa dos Patos exerce suas atividades em terra, e não embarcada, situação imemorial que apenas *injustificável desconhecimento da realidade fática local* levaria o Ministério do Trabalho e Emprego a supor que em regra exercesse direta e/ou individualmente a atividade de captura no estuário da Lagoa dos Patos.

5 Da importância socioeconômica do seguro-defeso para as comunidades de pescadores artesanais do estuário da Lagoa dos Patos

No ano de 2010, a Universidade Federal do Rio Grande (FURG), em convênio com a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO), realizou, no âmbito do projeto “Estudo Técnico-Econômico da Pesca Artesanal no Estuário da Lagoa dos Patos”, o “Censo da Pesca Artesanal”.

A questão da suficiência da pesca para o sustento do pescador e de seus dependentes foi abordada pelo referido censo por meio da análise de dados quali-quantitativos sobre seus meios de sustento e desempenho econômico, a qual indicou que a renda proveniente da pesca é em geral baixa, mesmo em safras boas, e pode cair a níveis próximos à linha da pobreza em safras ruins¹⁵. Esses resul-

¹⁵ Os dados colhidos no Censo permitiram estimar, por exemplo, que, mesmo em condições favoráveis de produção e comercialização, entre 12,5% e 54,7% dos pes-

tados levaram a um diagnóstico de alta vulnerabilidade da pesca artesanal como meio de vida para um grande percentual dos pescadores artesanais da região.

Na verdade, uma combinação de fatores contribui para a situação atual, particularmente a piora no estado dos principais recursos pesqueiros (já sobre-explotados ou colapsados¹⁶) e as condições climáticas desfavoráveis à produção pesqueira dentro do estuário, a fazer com que a renda dos pescadores artesanais que aí atuam beire o nível da subsistência.

Também segundo o mesmo censo, os pescadores frequentemente dependem de outras fontes de renda, que incluem atividades na pesca e atividades fora da pesca, as quais representam uma estratégia de subsistência e adaptação dos pescadores para lidar com as ameaças a seus meios de vida e minimizar a sua condição de extrema vulnerabilidade socioambiental. Atualmente, o seguro-defeso é uma das suas principais fontes de renda.

Ainda segundo censo, o seguro-defeso atinge cerca de 80% dos pescadores entrevistados e desempenha um papel importante na manutenção da pesca artesanal como meio de vida, porque garante um nível mínimo de renda para as famílias em face dos baixos retornos econômicos da pesca.

O mesmo censo também demonstrou a importância da percepção do seguro-defeso pelas mulheres para o sustento das famílias de pescadores, particularmente alta durante as safras frustradas, uma vez

cadres das principais comunidades pesqueiras de Rio Grande têm renda abaixo de um salário mínimo por mês. Em situações de safra ruim, o faturamento econômico da pesca (após descontados custos de produção, depreciação e juros) cai significativamente, podendo tornar-se negativo. Isso conforme correspondência dirigida por seus coordenadores ao Ministério Público Federal em 6.6.2011. Ver KALIKOSKI; VASCONCELLOS, 2013. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/018/i2589p/i2589p.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

16 Ver HAIMOVICI, Manuel et al. Diagnóstico da pesca no litoral do Estado do Rio Grande do Sul. In ISSAC, Victoria et al. (orgs.). A pesca marinha e estuarina do Brasil no início do século XXI: recursos, tecnologias, aspectos socioeconômicos e institucionais. Projeto RECOS. Belém: Universidade Federal do Pará, 2006, p. 166.

que, caracterizada a dependência do seguro-defeso como fonte de renda, e considerando que em aproximadamente 1/3 das famílias o seguro-defeso da mulher também contribui para a renda familiar, a não percepção irá afetar significativamente e de forma negativa a renda de um contingente considerável de famílias de pescadores na região.

Oportuno observar, neste passo, que, no ano de 2010, foi editada a Instrução Normativa Interministerial MPA/MMA n. 04/2010, determinando o pagamento de duas parcelas suplementares do seguro-defeso nos meses de abril e maio de 2010, a qual, embora não o expresse, teve em vista assegurar a subsistência dos pescadores artesanais do estuário em virtude de ter-se frustrado a safra de camarão, consoante então noticiado na imprensa local.

Segundo dão conta os dados do Censo e os reais motivos que levaram à edição da referida INI MPA/MMA n. 04/2010, já há muito deixou o seguro-defeso atinente ao estuário da Lagoa dos Patos de possuir um caráter puramente de instrumento de gestão socioambiental da atividade pesqueira, alçando um marcado caráter de garantia da subsistência das comunidades pesqueiras artesanais que tradicionalmente retiram daquele corpo hídrico a sua sobrevivência.

Tal deslocamento, de cunho objetivo, do foco de interesse do instituto há de ser obrigatoriamente acompanhado da assunção institucional do correlato elastecimento de seu âmbito de incidência, da estrita atividade de “pesca”, para abranger a cômputo ou companheira do pescador profissional artesanal que com ele participe da “atividade pesqueira”, sob pena de consagração, no caso, de inadmissível retrocesso, com graves consequências para a própria sobrevivência dos integrantes daquelas comunidades tradicionais.

6 Do seguro-defeso como direito fundamental social garantidor do mínimo existencial para comunidades tradicionais de pescadores artesanais

O seguro-desemprego consiste em direito social de natureza securitária e caráter previdenciário, assegurado constitucionalmente

a trabalhadores urbanos e rurais, previsto no inciso II do art. 7º da Constituição da República para a hipótese de “desemprego involuntário”, com o objetivo de garantir-lhes o mínimo existencial.

Em consonância com o disposto no art. 2º, inciso I, da Lei n. 7.998/1990, que aponta como uma das finalidades do Programa de Seguro-Desemprego “prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta [...]”¹⁷, o benefício conhecido como “seguro-defeso”, designado “seguro-desemprego pescador artesanal” pelo Ministério do Trabalho e Emprego, consiste em “assistência financeira temporária, concedida ao pescador profissional que exerça sua atividade de forma artesanal, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de parceiros, que teve suas atividades paralisadas no período de defeso”¹⁸.

Dispõe a Lei n. 10.779/2003, em seu art. 1º, que:

Art. 1º O pescador profissional que exerça sua atividade de forma artesanal, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de parceiros, fará jus ao benefício de seguro-desemprego, no valor de um salário-mínimo mensal, durante o período de defeso de atividade pesqueira para a preservação da espécie.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar o trabalho dos membros da mesma família, indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

§ 2º O período de defeso de atividade pesqueira é o fixado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em relação à espécie marinha, fluvial ou lacustre a cuja captura o pescador se dedique.

Segundo a Lei n. 11.959/2009 (Lei da Pesca), defeso é a “paralisação temporária da pesca para a preservação da espécie, tendo

¹⁷ Redação dada pela Lei n. 10.608/2002.

¹⁸ Ver http://portal.mte.gov.br/seg_desemp/seguro-desemprego-pescador-artesanal.htm.

como motivação a reprodução e/ou recrutamento, bem como paralisações causadas por fenômenos naturais ou acidentes” (art. 2º, inciso XIX)¹⁹.

De acordo com o art. 2º da Resolução CODEFAT n. 657/2010, terá direito ao seguro-defeso o pescador que preencher os seguintes requisitos no processo de habilitação:

I - ter registro como Pescador Profissional, categoria artesanal, devidamente atualizado no *Registro Geral da Atividade Pesqueira – RGP*, emitido pelo MPA, com antecedência mínima de um ano da data do início do defeso;

II - possuir inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS como *segurado especial*;

III - possuir nota fiscal de venda do pescado a adquirente pessoa jurídica, ou pessoa física equiparada à jurídica no período compreendido entre o término do defeso anterior e o início do defeso atual;

IV - na hipótese de não atender ao inciso III e ter vendido sua produção a pessoa física, possuir comprovante de recolhimento ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, constando em matrícula própria no Cadastro Específico - CEI, no período compreendido entre o término do defeso anterior e o início do defeso atual;

V - não estar em gozo de nenhum benefício de prestação continuada da Previdência ou da Assistência Social, exceto auxílio-acidente, auxílio-reclusão e pensão por morte; e

19 De acordo com art. 6º da mesma Lei n. 11.959/2009, “o exercício da atividade pesqueira poderá ser proibido transitória, periódica ou permanentemente, nos termos das normas específicas, para proteção:

I – de espécies, áreas ou ecossistemas ameaçados;

II – do processo reprodutivo das espécies e de outros processos vitais para a manutenção e a recuperação dos estoques pesqueiros;

III – da saúde pública;

IV – do trabalhador.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, o exercício da atividade pesqueira é proibido:

I – em épocas e nos locais definidos pelo órgão competente;

[...].

VI - não ter vínculo de emprego ou outra relação de trabalho, ou outra fonte de renda diversa da decorrente da pesca”. [grifos nossos]

Do ponto de vista previdenciário, o pescador *artesanal* é reconhecido como *segurado especial* pela Lei n. 8.213/1991 (art. 11), nos seguintes termos:

“VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

[...]

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas *a* e *b* deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo”²⁰.

A mesma lei conceitua o regime de economia familiar, no § 1º do referido art. 11, como “a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes”.

Conforme a Lei n. 11.959/2009, pesca é “toda operação, ação ou ato tendente a extrair, colher, apanhar, apreender ou capturar recursos pesqueiros” (art. 2º, inciso III), e, consoante seu art. 4º, *caput*, a atividade pesqueira “compreende todos os processos de pesca, exploração e exploração, cultivo, conservação, processamento, transporte, comercialização e pesquisa dos recursos pesqueiros”. Por sua vez, a atividade pesqueira artesanal, aqui tratada, inclui, ainda, os “trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o processamento do produto da pesca artesanal” (art. 4º, parágrafo único).

De acordo com o art. 5º do mesmo diploma legal:

²⁰ Redação dada pela Lei n. 11.718/2008.

Art. 5º O exercício da atividade pesqueira somente poderá ser realizado mediante prévio ato autorizativo emitido pela autoridade competente, asseguradas:

I – a *proteção dos ecossistemas e a manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios de preservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos naturais*;

II – a busca de mecanismos para a garantia da proteção e da segurança do trabalhador e das *populações com saberes tradicionais*;

III – a busca da *segurança alimentar* e a sanidade dos alimentos produzidos. [grifos nossos]

Ora, quando do defeso da pesca artesanal, diante de seu contexto de realização, “em condições de mútua dependência e colaboração”, não é apenas a captura, *strito sensu*, que resta paralisada mas igualmente aquelas atividades de processamento da produção pesqueira desenvolvidas em terra exatamente pela mulher – também elas sujeitas, como visto, às regras de proteção ambiental.

Tanto é assim que, de acordo com o art. 6º da mesma Lei n. 11.959/2009, o exercício da atividade pesqueira poderá ser proibido transitória, periódica ou permanentemente, nos termos das normas específicas, para proteção, entre outros, “de espécies, áreas ou ecossistemas ameaçados” e “do processo reprodutivo das espécies e de outros processos vitais para a manutenção e a recuperação dos estoques pesqueiros” (incisos I e II), especificando seu § 1º, inciso I, que, sem prejuízo do disposto no *caput*, “o exercício da atividade pesqueira é proibido em épocas e nos locais definidos pelo órgão competente” (grifos nossos), vedando seu § 2º, entre outros, o processamento de espécimes provenientes da atividade pesqueira proibida.

Vale dizer, quando do defeso, não apenas a pesca mas também o beneficiamento de seu produto resta vedado. Considerando que a renda do núcleo familiar é o resultado desse conjunto de atividades, desenvolvido também pela mulher que dele participa, sua atividade profissional fica igualmente prejudicada, não havendo razão

juridicamente defensável para que se a ignore, mormente à vista do *princípio da igualdade*.

Com seu reiterado pagamento à mulher que assim atua na atividade pesqueira artesanal, nela despertou o Ministério do Trabalho e Emprego legítima confiança de que o benefício lhe era devido.

Da concreção do princípio da boa-fé objetiva promanam, entre outros decorrentes da *confiança no tráfico jurídico*, deveres de lealdade e de não contradição (e, pois, de atuação consequente, traduzidos pela locução *venire contra factum proprium*), cuja violação mediante o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo exercente é tida unanimemente como inadmissível²¹.

Havendo o benefício do seguro-defeso se incorporado, ano a ano, nos pelo menos doze anos que se seguiram à sua criação, por meio da Lei n. 8.287/1991 c/c Portaria IBAMA n. 171/1998, e Lei n. 10.779/2003 c/c INI MPA/MMA n. 03/2004, ao patrimônio jurídico das mulheres que tradicionalmente atuam na atividade pesqueira artesanal, sua eliminação fere os princípios da segurança jurídica e da boa fé objetiva. Isso porque tal possibilidade encontra limites quando – em situações tais como a presente – faz-se indispensável resguardar, atribuindo efeitos ao tempo decorrido, como interesse público prevalecente, a *confiança* dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis, que hão de ser mantidos por darem causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé²².

21 CORDEIRO, 1984, p. 742. Tal inadmissibilidade, que faz a contradição incompatível com a responsabilidade jurídica, nem mesmo pressupõe, necessariamente, que a expectativa na contraparte seja criada com má fé ou negligência culpável, pois nela se trata, não de obrigação de veracidade subjetiva, mas sim da impossibilidade de o agente se separar do valor de significação que pode ser atribuído pela outra parte à sua conduta, o que equivale a dizer que a proibição do *venire* é uma aplicação objetiva do princípio da “confiança no tráfico jurídico” e não uma específica proibição da má fé e da mentira (WIEACKER, 1977, p. 61-62).

22 Sobre o tema, ver SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*, São Paulo, v. 84, p. 47 e 61, out./dez. 1987.

Segundo assente na doutrina administrativista, a ideia de proteção à boa fé, à confiança – em suma, a ideia de segurança jurídica – levou ao entendimento de que a faculdade que tem o Poder Público de rever seus atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (*Treu und Glaube*) dos administrados, de modo que o agente público agiria contra a boa fé, incidindo na vedação de *venire contra factum proprium*, inclusive naqueles casos em que se quisesse valer de irregularidade longamente tolerada²³.

No caso em comento, porém, não há qualquer irregularidade no pagamento do seguro-defeso às mulheres que, com seus cônjuges ou companheiros, exerçam a atividade pesqueira artesanal em regime de economia familiar, porquanto, na condição de membros de comunidade tradicional, possuem estatuto jurídico próprio, cujas especificidades não podem ser ignoradas pelo intérprete/executor do direito.

Análise antropológica levada a efeito com base em trabalho de campo realizado junto às comunidades de pescadores artesanais dos Municípios de Rio Grande e São José do Norte concluiu que estes “se constituem enquanto população tradicional nos termos do Decreto 6.040/2007, e nos parâmetros antropológicos vigentes”²⁴.

O Decreto n. 6.040/2007, ao instituir a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, reconhece a segurança alimentar e nutricional como direito dos povos e comunidades tradicionais (art. 1º, inciso III, do Anexo).

Não pode o intérprete/executor do direito tampouco ignorar, no caso em tela, a questão de *gênero* que subjaz à questão, exemplarmente abordada pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres:

O entendimento da atividade produtiva das mulheres como “ajuda” vai na contramão do que propugna o II Plano Nacional de Políticas

23 Ibid, p. 55, reportando-se a Walter Jellinek.

24 Marco Paulo Fróes Schettino, analista pericial em Antropologia vinculado à 6ª CCR/MPF, Parecer n. 73, de 16.7.2009.

para as Mulheres, que deve balizar as ações do governo em todos os níveis e esferas. Lançado em 2007, o Plano apresenta como objetivo precípua a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, garantindo a igualdade de gênero, e tem na autonomia das mulheres um de seus princípios. Afirmarções como a destacada no excerto acima contribuem para a perpetuação de visão segundo a qual os trabalhos desenvolvidos pelas mulheres constituem um tipo de “ajuda” (ou colaboração) e que, como consequência disso, não são passíveis de remuneração. A compreensão de tais atividades como ‘ajuda’ é evidente no caso das mulheres envolvidas na pesca artesanal, cujas atividades produtivas misturam-se com tarefas domésticas, sendo muitas vezes levadas a cabo concomitantemente – assim, a coleta de mariscos, o cuidado dos filhos, o reparo de redes, o preparo das refeições e a evisceração do peixe aparecem todas, indistintamente, como atividades associadas ao cuidado da casa e da família²⁵.

Recorde-se, ainda, que, em 2 de junho de 2011, foi instituído, por meio do Decreto n. 7.492, o “Plano Brasil sem Miséria”, a ser executado pela União em favor da população em situação de extrema pobreza, “com a finalidade de superar a situação de extrema pobreza da população em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações” (art. 1º), entre cujas diretrizes estão a garantia dos direitos sociais e de acesso a oportunidades de ocupação e renda (art. 3º); o Ministério do Trabalho e Emprego inclui-se em seu Grupo Interministerial de Acompanhamento (art. 9º, § 1º, inciso VII).

Ora, diante da complexidade do contexto em causa e do mosaico de normas jurídicas incidentes na espécie, não é dada ao intérprete/executor do direito a opção simplista de adotar, como solução para a controvérsia, aquele artigo de lei que, à primeira vista, a contiver e a resolver, mas se exige sua aplicação à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, especialmente, de seus princípios fundamentais²⁶.

25 Nota Técnica – SPM/PR, de 27.6.2011.

26 Sobre o tema, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

Tampouco é possível alcançar a concretização da justiça material, finalidade última do Direito, em casos tais como o presente, abstraído, seja a coerência que deve a União Federal guardar na articulação de suas diversas políticas públicas, seja, ademais, todo o contexto socioeconômico e, sobretudo, antropológico em causa, pois, consoante bem anota Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 437), o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa.

7 Da caracterização antropológico-jurídica do/a beneficiário/a do seguro-defeso atinente à pesca artesanal no estuário da Lagoa dos Patos

No mês de abril de 2009, o analista pericial em Antropologia Marco Paulo Fróes Schettino, vinculado à 6^a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, visitou comunidades de pescadores artesanais dos Municípios de Rio Grande e São José do Norte e analisou o perfil antropológico do pescador(a) artesanal no estuário da Lagoa dos Patos.

Naquela oportunidade, foram cotejadas informações levantadas em campo, nas comunidades de pescadores tradicionais da Lagoa dos Patos e a pesquisadores da pesca no contexto do sul do Rio Grande do Sul, com definições consagradas na literatura especializada (e, pois, abrangendo outras realidades regionais e locais, como as do nordeste e do sudeste brasileiro), para alcançar a seguinte caracterização dos pescadores artesanais:

aqueles que sabem pescar, que conhecem a arte da pesca e a praticam com frequência. Em alguns locais a pesca é a principal fonte de subsistência desses pescadores, ou mesmo exclusiva, em outros ela está consorciada a outras atividades geradoras de renda [...]. Essas outras atividades são subsidiárias àquela principal que lhes define uma identidade social ou um *ethos* de pescador, conformado por um modo de vida e seus respectivos valores e conhecimentos. Esses pescadores detêm um conhecimento especializado do ato de pescar, construído socialmente na relação diária com a natureza, transmitido entre

gerações e associado ao seu modo de vida. Constituem-se enquanto população tradicional, no sentido de possuírem relações de solidariedade e reciprocidade que organizam sua vida social sobre uma base territorial que engloba o local de trabalho/pesca e o de habitação. Nesse território o mundo do trabalho se articula ao mundo da família e ao da comunidade. Nele, estabelecem como meio de vida uma relação direta com seus recursos naturais, cuja sobrevivência do grupo prescreve o seu acesso. Mesmo que o resultado econômico desse modo de vida tenha que se articular às imposições do mercado, não é este que o organiza, conseguindo resguardar uma autonomia relativa e o controle sobre seus meios de produção²⁷.

Reportando-se a tal caracterização, ressalta o antropólogo que

essa atividade profissional não caracteriza o seu trabalhador como o operário clássico, qual seja o indivíduo portador de força de trabalho disponível ao mercado onde quer que este o possa contratar. Mas antes, trabalhadores articulados a grupos familiares e comunitários, territorialmente localizados, e cujas atividades são desenvolvidas e vinculadas a tais grupos e respectivos contextos ecológicos. Portanto, antes de tratarmos de indivíduos portadores de força de trabalho, estamos tratando de coletividades compostas por pessoas que, por sua vez, portam identidades coletivas e têm seu ofício inserido num regime de economia familiar²⁸.

E continua:

A pesca artesanal, enquanto meio de subsistência familiar, não caracteriza-se como prática isolada do indivíduo A ou B, mas como uma organização coletiva e familiar do trabalho, que tem como objetivo prover o sustento familiar. Por consequência, a interrupção dessa atividade não afeta apenas a um indivíduo isolado do grupo familiar, mas o grupo familiar como um todo. De outro modo, também não interrompe o esforço de único membro, mas o de todos os que se dedicam a essa atividade.

Esse sentido foi parcialmente captado na definição do então Projeto de Lei n. 687, de 1995, onde definiu-se pesca artesanal como aquela

27 Parecer Pericial 6^a CCR/MPF n. 29/2012, de 27.3.2012.

28 Ibidem.

praticada “com o auxílio de familiares”, ou como definido: “diretamente por pescador profissional, de forma autônoma, com meios de produção próprios, *sozinho ou com o auxílio de familiares ou via contrato de parceria com outros pescadores*” [grifamos].

A vinculação do pescador/a artesanal ao regime de economia familiar é clara na Lei 10.779/2003, que dispõe sobre a concessão do benefício do seguro defeso, no seu Art. 1º enuncia que: “O pescador profissional que exerça sua atividade de forma artesanal, individualmente ou *em regime de economia familiar* [grifamos], ainda que com o auxílio eventual de parceiros”. Do mesmo modo, é clara a dependência e mútua colaboração que essa atividade requer para ser desenvolvida. Está expresso no parágrafo primeiro desse mesmo artigo que, “Entende-se como regime de economia familiar o trabalho dos membros da mesma família, *indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua dependência e colaboração*, [grifamos] sem a utilização de empregados”. A própria lei acolheu a compreensão desse modo peculiar de organização do trabalho, sem deixar dúvidas de que a fragmentação dessa unidade de produção e o isolamento de um de seus sujeitos ou etapas, caracterizam-se numa intervenção arbitrária em atropelo da realidade.

Do mesmo modo a Lei 11.959/2009, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, capta esse sentido de unidade inerente ao exercício dessa atividade. Em seu artigo 4º conceitua de modo amplo a atividade pesqueira, como um todo composto por diversas partes “A atividade pesqueira compreende todos os processos de pesca, exploração e exploração, cultivo, conservação, processamento, transporte, comercialização e pesquisa dos recursos pesqueiros”. Esse conceito dá um entendimento contemporâneo a essa atividade, distinguindo-a da perspectiva dos caçadores e coletores do paleolítico, onde se poderia pensar, sem razão, em restringir a atividade ao simples ato da captura do pescado. O parágrafo único desse mesmo artigo vai além ao definir o que é a atividade pesqueira artesanal: “para os efeitos desta Lei, os trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o processamento do produto da pesca artesanal”, temos aqui claro, nesse enunciado, que a atividade vai muito além da mera captura.

No art. 8º dessa mesma lei, onde se conceitua o que é a pesca artesanal, não resta dúvida acerca da vinculação da pesca artesanal à economia familiar, qual seja aquela modalidade “praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou *em regime de economia familiar*, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte”.

Fácil constatar como o ordenamento jurídico traz para dentro de seu escopo a especificidade da pesca artesanal, ressaltando o modo peculiar como esta se constitui na unidade produtiva familiar. Deixa claro que a captura compõe junto às outras etapas da produção a atividade da pesca no seu todo e unidade, e isolada do restante não alcança a finalidade que dá sentido à sua existência: garantir a subsistência do grupo familiar e a reprodução de seu modo de vida tradicional²⁹.

A aplicação indistinta do referido entendimento, ora positivado no disposto no art. 1º, § 2º, da Resolução CODEFAT n. 657/2010, c/c o art. 13, inciso XI, da Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01/2011, a comunidades tradicionais de pescadores artesanais confere um tratamento restritivo e individualizado ao pescador, como se fora o operário, descolado do seu contexto sociocultural. Na maioria dos casos, essa atividade não pode se desenvolver sem o concurso do trabalho familiar e comunitário – companheiras/os, filhos, parentes, compadres, vizinhos etc.³⁰

De acordo ainda com o citado antropólogo, a conjugação de tais normas não considera a unidade produtiva familiar dessa economia tradicional, que é reduzida ao que chama de “o pescador”, quando a mulher é muitas vezes também aí, como se observa em muitas famílias de baixa renda, a chefe de família. Trazem tais normas, assim, um indisfarçável *corde de gênero*³¹, bem notado pela Secretaria de Promoção da Mulher³²:

29 Parecer Pericial 6ª CCR/MPF n. 29/2012, de 27.3.2012.

30 Ibidem.

31 Ibidem.

32 Nota Técnica SPM/PR, de 27.6.2011.

A mencionada nota informativa emitida pelo MTE³³ afirma que, quando se trata do regime de economia familiar (definido no § 1º do Art. 1º da Lei nº 10.779/2003), a legislação não prevê “a concessão de Seguro-Desemprego a cada um dos membros do grupo familiar, mas tão somente ao pescador artesanal que comanda o grupo familiar. O trabalho dos demais membros decorre das condições de mútua dependência e colaboração, indispensável à própria subsistência do grupo familiar”. No entendimento dessa Secretaria, o reconhecimento de uma eventual complementariedade entre as tarefas desenvolvidas no âmbito da família, por homens e mulheres, na reprodução dos modos de vida de populações tradicionais não deve obscurecer o fato de que tal forma de divisão sexual do trabalho muitas vezes concorre para a submissão das mulheres, a invisibilidade das tarefas por elas desempenhadas e o desenvolvimento de relações desiguais e hierarquizadas, apoiadas em critérios de gênero. Cabe notar, ainda, o expressivo número de mulheres que são, elas próprias, as “pessoas de referência” (ou aquelas que “comandam” o grupo familiar, conforme redação do MTE).

Prossegue o analista pericial do Ministério Público Federal referindo que outra redução, consequência da primeira, operada por tal visão reducionista, é a de que a mulher é mera auxiliar do “pescador”, destituindo o valor do seu trabalho, não raro mais intenso e estafante do que o do homem, ao tempo que também é destituída dos seus direitos trabalhistas³⁴.

E cita, novamente, a mencionada nota técnica SPM/PR:

Afirmarões como a destacada no excerto acima [nota informativa MTE citada] contribuem para a perpetuação da visão segundo a qual os trabalhos desenvolvidos pelas mulheres constituem um tipo de “ajuda” (ou colaboração) e que, como consequência disso, não são passíveis de remuneração. A compreensão de tais atividades como “ajuda” é evidente no caso das mulheres envolvidas na pesca artesanal, cujas atividades produtivas misturam-se com as tarefas domésticas, sendo

33 Referência à já citada Nota Informativa n. 563/2010/CGSAP/DES/SPPE/MTE, de 28.4.2010.

34 Parecer Pericial 6ª CCR/MPF n. 29, de 27.3.2012.

muitas vezes levadas a cabo concomitantemente – assim, a coleta de mariscos, o cuidado dos filhos, o reparo de redes, o preparo das refeições e a evisceração do peixe aparecem todas, indistintamente, como atividades associadas ao cuidado da casa e da família. A literatura existente acerca das relações de gênero na pesca evidencia a invisibilidade do trabalho das mulheres e suas precárias condições de vida; ademais, enfatiza como, historicamente, não se tem assegurado às mulheres os mesmos direitos de que gozam os homens. A pesquisadora Maria do Rosário Leitão (UFRP) chama a atenção para a necessidade de garantir direitos trabalhistas e previdenciários para as mulheres que trabalham em todo o processo da cadeia produtiva da pesca: “o atraso deste processo nega os direitos de milhares de mulheres, desde o acesso à documentação que comprova o exercício da atividade profissional, à aposentadoria, ao salário maternidade e ao seguro defeso”³⁵.

Reportando-se, a seguir, a dados coletados ao ensejo do mencionado “Censo da Pesca Artesanal” (FURG/FAO), segundo o qual, de um total de 4.086 pessoas com algum tipo de atividade na pesca artesanal no estuário da Lagoa dos Patos, 2.902 são homens e 1.184, mulheres, as quais declararam participar das seguintes atividades, não excludentes, em ordem de importância: manutenção (684), beneficiamento (673), captura (472) e comercialização (254). Conclui o perito do Ministério Público Federal que “essa divisão de atividades nos dá uma noção de como a unidade produtiva familiar se organiza para realizar a pesca. Uma dessas atividades isoladas não subsiste sem as outras. No contexto da pesca artesanal a mulher compõe, junto ao homem, em mesmo grau de importância e direitos, a unidade produtiva familiar”.

E, fundado nas análises levadas a efeito no âmbito do mesmo censo, observa que a quebra dessa unidade produtiva, no caso de populações tradicionais, pode gerar sérias consequências, mormente à vista da constatação de sua já alta vulnerabilidade socioeconômica, frente à qual o seguro defeso é uma de suas principais fontes de renda – importância esta que se revela particularmente alta durante as safras frustradas.

35 LEITÃO, Maria do Rosário de Fátima Andrade. Pesca e gênero: o papel da mulher no desenvolvimento local. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2008.

Frisa o antropólogo que “não se está tratando de mera assistência social, mas de direito trabalhista para um segmento social específico. Face à introdução do defeso, medida de preservação ambiental, o seguro-desemprego é uma necessidade de complementação de renda para essa população, sem o qual está sujeita a entrar em colapso enquanto população tradicional que é, sendo impingida ao abandono de seu modo de vida tradicional e a uma proletarização forçada, cujo reflexo será a marginalização urbana”.

E aduz:

O corte arbitrário e abstrato no seio da realidade sociocultural dessas populações tradicionais, seccionando sua unidade de produção familiar, atribuindo direito individual a apenas aquele que captura o pescado, tem impactos importantes na sua renda familiar e, cujo empobrecimento decorrente, sujeita gerar desestruturação social nessas comunidades, sua descaracterização cultural e o rompimento de sua organização social e identidade coletiva.

É importante afirmar que a perspectiva aqui defendida, de estender o benefício a outros membros da unidade familiar, deve ser restrita ao contexto da pesca artesanal. Pois é aí que se justifica e encontra fundamento. Nesse âmbito o pescado é um bem socialmente produzido em regime de economia familiar, e seu benefício é apropriado coletivamente.

É absolutamente inadequado, no tratamento da pesca artesanal, estabelecer qualquer nivelamento com o modelo estandardizado do trabalhador assalariado, adotado inadvertidamente como molde para se enquadrar, e pensar, o largo espectro da diversidade sociológica e cultural que compõe o mundo do trabalho e dos seus sujeitos no Brasil, principalmente quando trata-se de populações tradicionais.

A apropriação coletiva do benefício socialmente produzido na pesca artesanal, contrasta com a sua apropriação privada na pesca industrial. Nesta última o benefício social, transformado em “lucro”, se restringe aos detentores dos meios de produção, reduzindo quem captura o pescado a indivíduo formalmente destituído de sua inserção social e dos benefícios gerados na cadeia produtiva de que faz parte, com direito apenas a perceber o salário individualizado para a renovação de sua força de trabalho a ser reofertada à cadeia que a “captura”.

Não estamos aqui abordando o aspecto quantitativo, comparando o valor do ganho em uma ou outra modalidade, mas o aspecto qualitativo que as diferenciam em termos da concepção do trabalho e da distribuição dos benefícios que produzem. O proletário da pesca industrial é excluído dos benefícios da cadeia produtiva que compõe, é tratado como mera engrenagem, alienada do todo, enquanto pescadores artesanais se reconhecem na unidade produtiva a que pertencem e usufruem diretamente de seus benefícios³⁶.

Ainda de acordo com o analista pericial do Ministério Público Federal, o distanciamento de tais atos normativos da realidade socio-cultural do pescador artesanal brasileiro não se restringe às circunstâncias expostas acima, pois assoma claro também no art. 13 da IN MTE/SPPE n. 01/2011, que elenca um rol de doze documentos exigidos para o requerimento do benefício. Observa o perito que, em média, os pescadores devem apresentar nove de tais documentos, uma vez que há documentos específicos exigidos apenas para determinadas modalidades de pesca, como a embarcada. Para um segmento socioprofissional de baixa escolaridade, esse rol de documentos é um excesso que dificulta o acesso ao benefício.

Informa o perito que dados levantados por Paulo Roberto Tagliani e Aléssio Almada Costa (FURG) constituem uma amostragem reveladora desse aspecto, pois dão conta de que a taxa de analfabetismo encontrada entre os pescadores no Município de Rio Grande é altíssima, quando comparada aos padrões do próprio Município e do Estado do Rio Grande do Sul, ambos com baixos índices de analfabetismo diante do padrão nacional. Tais dados revelam, assim, a pouca escolaridade que marca esse segmento social, dotado, em consequência, de uma cultura não letrada, cujos mecanismos de transmissão e reprodução não passam, por isso, pela escrita e pela leitura.

De acordo com o mesmo antropólogo, se, por um lado, a norma em comento não considera o aspecto acima relevado, por outro, pode estar a transformar em regra a ideia de que há um

36 Tudo conforme Parecer Pericial 6^a CCR/MPF n. 29, de 27.3.2012.

esforço generalizado em fraudar o sistema e, em reação, busca “blindá-lo” por meio do preenchimento de um extenso *check list* preventivo, de um exaustivo demonstrativo cartorial de boa-fé.

E prossegue:

O tema da criminalização e desconfiança oficial em face dos pescadores é recorrente, e apareceu com força no trabalho de campo desenvolvido em Rio Grande. Principalmente pela fiscalização ambiental que, sem lhes oferecer alternativas de sustento, coíbe-lhes a atividade com a qual garantem a sobrevivência. Naquela oportunidade os pescadores expressaram a compreensão e o sentimento de que são desrespeitados pela atividade que os qualifica, identifica, sustém e honra enquanto pessoas trabalhadoras. Essa percepção vem antes das razões ambientais que subjazem às restrições legais ao ato de pescar. Os pescadores reclamam justiça na fiscalização ao postularem que quem burla a fiscalização, principalmente os grandes da pesca industrial, acessam mais o pescado, o mesmo que lhes é disponível.

A incompreensão das especificidades e da lógica interna que organiza o trabalho na unidade produtiva da pesca artesanal, sujeita ser interpretada como irregularidade. Ilícitos ocorreram e estão sujeitos a ocorrer novamente, mas não podem ser tomados como norteadores da norma, mesmo porque parte das irregularidades decorrem da inadequação do sistema a tais especificidades. O princípio norteador da norma é organizar a atribuição de um benefício do Estado. E nesse caso, sem dúvida, a melhor organização decorrerá da sua maior adequação às especificidades dessa parcela da população.

Populações tradicionais, via de regra, são invisíveis aos olhos do Estado nacional. O que dificulta sobremaneira o reconhecimento de suas existências, direitos, peculiaridades e necessidades próprias que, por sua vez, são desrespeitadas em nome de um ideal civilizatório. Tal projeto civilizatório, ao mesmo tempo em que usa e explora essas populações, nega-lhes direitos e busca tutelá-las na direção do que, etnocentricamente, define como “o melhor para elas”.

No Brasil, a redução de nossa diversidade sociocultural a padrões abstratos ideais tem resultado, ao longo do tempo, em grandes frustrações em torno dos resultados de nossas políticas públicas, isso quando

não as torna contraproducentes, no sentido de gerarem danos ao invés de benefícios. O antídoto a tais desvios é a construção participativa dessas políticas junto aos seus principais interessados.

E conclui:

O seguro defeso é um avanço em termos de reconhecimento de direitos sociais, mecanismo benéfico que permite a unidade produtiva familiar, inserida na pesca artesanal, resguardar regras de manejo ambiental sem que isso signifique sacrifício de sua sobrevivência, consolidando sua posição estrutural de aliada da preservação da biodiversidade³⁷.

8 Da proibição de retrocesso

Observa Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 427-428) que, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre, entre outros, dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

- a) do princípio do Estado democrático e social e Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b) do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação, por meio de prestações positivas e, pois, de direitos fundamentais sociais, de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no art. 5º, § 1º, da Constituição, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais, a reclamar que se dê ao princípio da segurança jurídica a maior proteção possível, o que exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo;

37 Tudo conforme Parecer Pericial 6ª CCR/MPF n. 29, de 27.3.2012.

d) do princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito, além de sua íntima conexão com a segurança jurídica, impõe ao poder público, inclusive como exigência da boa-fé nas suas relações com os particulares, o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

e) como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, do fato de que os órgãos estatais estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores.

Esclarece o referido autor (2005, p. 412 e 414) que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica, a qual coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida como a sua realização, de sorte que se encontra umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida quando as pessoas são atingidas por certo nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. A proteção dos direitos fundamentais apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

A dignidade da pessoa humana não dispensa uma proteção contra medidas retrocessivas, ainda que não possam ser tidas como propriamente retroativas, por não alcançarem direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada (SARLET, 2005, p. 415). É exatamente esta a situação que se encontra em causa nos autos, onde, sem retroagir relativamente às parcelas de seguro-defeso pagas anteriormente, sustado, prospectivamente, seu pagamento a um segmento de seus até então beneficiários.

Anota Ingo Sarlet (2005, p. 416 e 423) que a questão central que se coloca no contexto da “proibição de retrocesso” é a

de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional, assim como os demais órgãos estatais, voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, ainda que não o faça com efeitos retroativos, observando que a proteção das posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público foi consideravelmente enrobustecida, passando a abranger boa parte das prestações que integram o sistema público de seguridade social, especialmente, entre outras, o *seguro-desemprego*.

Ilustra-o julgado do Tribunal Constitucional Português (Processo n. 768/2002, Acórdão n. 509/2002, de 19.12.2002), no qual reconhecida a inconstitucionalidade, por violação do princípio de proibição de retrocesso, da substituição do antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluindo da fruição do benefício, ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos, pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em tal decisão, entendeu aquele egrégio Tribunal que a legislação revogada havia concretizado o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo benefício as pessoas nessa faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social, a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito, *já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia* (SARLET, 2005, p. 435).

Reconheceu então aquele Tribunal que, no âmbito da concretização dos direitos sociais, o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios a serem prestados, *sob o pressuposto de que, em qualquer caso*, a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos (SARLET, 2005, p. 436).

Assim sendo, ainda que se argumente contra o reconhecimento de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, com a autonomia do poder público para voltar atrás no que

diz com as próprias decisões, tal liberdade é limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas (SARLET, 2005, p. 424-425).

Isto posto, embora por certo a proteção contra o retrocesso não possa assumir um caráter absoluto, mas sim a feição de princípio constitucional fundamental implícito, como garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social já alcançados e corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica assim como da própria dignidade da pessoa humana – sujeitando-se, por conseguinte, a ponderações com outros princípios quando de sua concretização prática –, a liberdade de autoconformação do poder público e sua inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado, notadamente no que diz com as noções de dignidade da pessoa e da garantia das condições materiais mínimas para uma vida digna (SARLET, 2005, p. 430-432).

Por isso, na indispensável ponderação a ser procedida em cada hipótese concreta em que estiver em causa uma medida retrocessiva, importa optar sempre pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p. 435³⁸).

Consoante bem anota Juarez Freitas (2010, p. 197 e 210), proporcionalidade não pode ser entendida como mera adequação meio/fim, pois significa, sobretudo, sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais. Por tal razão, deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, não se ampliando, por conseguinte, as restrições excepcionais previstas no sistema, tudo em favor da priorização da dignidade humana.

Frente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que estejam sendo objeto de uma medida retrocessiva, não pode, por isso, o poder público, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo

38 Reportando-se a lição de Juarez Freitas.

com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. É em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido (SARLET, 2005, p. 433).

Tal núcleo essencial encontra-se diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente em se tratando de direitos sociais prestacionais, ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade. Mínimo existencial, compreendido como o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade. Dignidade da pessoa, que atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial (SARLET, 2005, p. 433).

Esse conjunto de prestações básicas – que, no caso dos autos, significa a própria *segurança alimentar* dos envolvidos – não poderá ser suprimido ou reduzido para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, uma vez que afetar o cerne material desta continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor e princípio máximo da ordem jurídica e social (SARLET, 2005, p. 434-435).

Uma violação do mínimo existencial significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e, por esta razão, será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional. Por isso, para que uma medida de cunho retrocessivo não venha a violar o princípio da proibição do retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar, em qualquer hipótese, o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas (SARLET, 2005, p. 436-437).

Tem-se, em consequência, que eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais deve corresponder a

necessidades da sociedade como um todo, exigindo, por isso, uma ponderação entre o dano provocado pela restrição à confiança individual e a importância do objetivo almejado por seu intermédio para o bem da coletividade (SARLET, 2005, p. 437-439).

9 Da ausência de justificação para o retrocesso e da ausência de previsão de benefício alternativo apto a salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental afetado

No caso em comento, contudo, o que se verifica é a absoluta ausência de qualquer objetivo macrossocial que pudesse, ao menos em tese, vir a ser ponderado com o dano inflingido às mulheres que tradicionalmente atuam na atividade pesqueira artesanal com a medida restritiva em comento. Não se diga que tal objetivo residiria no combate à fraude na percepção do benefício, pois se tal mulher não pode ser considerada como fraudadora, não será a sua exclusão do universo de beneficiários do seguro-defeso que eliminará a fraude cometida, esta sim, por pessoas de todo estranhas à atividade pesqueira.

Vista friamente, a medida em questão é um simples corte orçamentário, fundado em critério completamente apartado da realidade sociocultural local, cujos prejuízos, seja para a garantia do mínimo existencial da população tradicional atingida, seja para a sua confiança, não encontram, nem mesmo remotamente, qualquer justificativa legal ou constitucional.

Na esteira do referido julgado do Tribunal Constitucional Português, sua constitucionalidade exigiria, no mínimo, a previsão de benefício alternativo, apto a assegurar o mínimo existencial solapado de tais mulheres, também omitida.

Não se deve esquecer que a “dignidade da pessoa humana” é fundamento da República Federativa do Brasil, entre cujos objetivos fundamentais insere-se a erradicação da pobreza e da marginalização (arts. 1º, inciso III, e 3º, inciso III, da Constituição).

E entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida àqueles elevados a nível constitucional, consistentes, sobretudo, nos princípios e decisões valorativas que encontram a expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da “dignidade da pessoa humana” (LARENZ, 1997, p. 479).

Em se tratando da proteção de direito fundamental, impõe-se a interpretação das normas que regulam o exercício da função ambiental do Estado segundo um princípio de máxima efetividade frente aos bens jurídicos que protege, ou seja, atribuindo-se à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê³⁹.

Uma interpretação sistemática e constitucional das normas em causa leva à inarredável conclusão de que, enquanto não criadas e implementadas políticas públicas que assegurem, de forma alternativa ao seguro-defeso, a segurança alimentar das comunidades tradicionais de pescadores que dela retiram a sua subsistência, há que se manter o pagamento do seguro-defeso também à mulher que atua tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal, sob pena de lançar tais famílias, já significativamente vulneráveis, em juridicamente inadmissível situação de miséria – o que nada mais seria do que a iníqua consagração, na espécie, daquilo para o que já alertavam os romanos ao cunhar o imemorial brocardo *summum ius, summa iniuria*.

10 Uma interpretação sistemático-constitucional para o disposto na Resolução CODEFAT n. 657/2010 e na Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01/2011

De acordo com o art. 3º da Resolução CODEFAT n. 657/2010, o benefício do seguro-defeso será requerido pelo pescador profissional artesanal mediante a apresentação de uma extensa gama de documentos:

39 A respeito, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1995, p. 227.

- I - documento de identificação oficial;
- II - comprovante de inscrição no Programa de Integração Social - PIS ou Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP;
- III - comprovante de inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF;
- IV - Carteira de Pescador Profissional, categoria artesanal, emitida e atualizada pelo MPA, cuja data do primeiro registro comprove a antecedência mínima de um ano da data do início do defeso;
- V - comprovante de venda de pescado ou comprovante de recolhimento ao INSS, conforme disposto nos incisos III e IV do art. 2º desta Resolução;
- VI - comprovante do Número de Inscrição do Trabalhador - NIT como segurado especial na Previdência Social;
- VII - comprovante de inscrição no Cadastro Específico do INSS - CEI, quando necessário;
- VIII - comprovante de domicílio.

§ 1º No momento da recepção do Seguro-Desemprego o pescador profissional, categoria artesanal, assinará declaração de que não dispõe de outra fonte de renda, que se dedicou à pesca em caráter ininterrupto durante o período compreendido entre o defeso anterior e o em curso, e que assume responsabilidade civil e criminal por todas as informações prestadas para fins de concessão de benefício Seguro-Desemprego.

§ 2º O pescador profissional, categoria artesanal, que opera com auxílio de embarcação que necessite de autorização específica perante o Ministério da Pesca e Aquicultura, deve, ainda, apresentar cópia do Certificado de Registro da Embarcação, emitido pelo MPA, comprovando que a permissão de pesca concedida é direcionada para a captura da espécie objeto do defeso.

§ 3º Nos casos de embarcações com propulsão a motor, o pescador deve apresentar cópia do Título de Inscrição de Embarcação registrado no Ministério da Marinha.

§ 4º Instruirão o processo de habilitação, cópia da documentação de que trata os incisos I a VIII deste artigo, mediante apresentação de documento original, e documentação exigida no § 1º.

§ 5º O Ministério do Trabalho e Emprego poderá, por meio da SPPE, quando julgar necessário, exigir outros documentos para a habilitação do benefício, conforme Parágrafo único, art. 2º da Lei 10.779/2003, mediante Instrução Normativa.

Consoante referido acima, com base no citado § 5º, editou o MTE, por meio da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego, a Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01/2011, *passando a exigir, além dos documentos listados acima, também a “licença ambiental emitida pela autoridade ambiental ou pesqueira competente, quando for obrigatória para o exercício da atividade pesqueira”* (inciso XI, grifo nosso) e proibindo, em seu § 5º, “a recepção de requerimento que não apresentar quaisquer dos documentos obrigatórios no momento da recepção, devendo o pescador ser orientado a retornar de posse dos documentos, para que possa ser concluído o processo de recepção”.

Ora, uma vez afastada, em se tratando de comunidades tradicionais de pescadores artesanais, de um lado, a correlação entre exercício da captura, *strito sensu*, e direito ao seguro-defeso e, de outro, considerando-se que nem toda a atividade pesqueira exige licenciamento ambiental, mas tão somente aquela que represente esforço de pesca sobre o recurso natural, e que *as atividades tradicionalmente exercidas pelas mulheres que atuam na pesca artesanal no estuário da Lagoa dos Patos* (beneficiamento de pescado, remendo de redes etc.) não implicam em tal esforço, *não é obrigatória a licença ambiental para o seu exercício*.

Restam tais mulheres *excepcionadas*, por conseguinte, da regra prevista no citado art. 13, inciso XI, da Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01/2011.

Consoante princípio hermenêutico elementar, a solução para cada controvérsia jurídica não pode ser encontrada levando-se em conta apenas o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la⁴⁰ – como, no caso, o § 2º do art. 1º da Resolução CODEFAT

40 Segundo Eros Roberto Grau – A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, São Paulo, RT, 1991, p. 182 –, uma norma jurídica isolada, des-tacada, despreendida do sistema jurídico não expressa significado normativo algum.

n. 657/2010 c/c o inciso XI do art. 13 da Instrução Normativa MTE/SPPE n. 01/2011 –, mas, antes, o *inteiro ordenamento jurídico*, e, especialmente, seus princípios fundamentais, consignados no texto constitucional, considerados como opções de base que o caracterizam (PERLINGIERI, 1997, p. 5), entre os quais a dignidade humana (Constituição da República, art. 1º, inciso III).

Impõe-se, aqui, o recurso ao princípio hermenêutico da “interpretação das leis em conformidade com a Constituição”, definido por José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 1099) como um princípio de controle, cuja finalidade é assegurar a constitucionalidade da interpretação e que ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os vários significados da norma, hipótese em que se deve dar preferência à interpretação que lhe confira um sentido em conformidade com a Constituição.

Embora por isso comumente associado à ideia de que uma lei só deve ser declarada inconstitucional quando não possa ser interpretada conforme a Constituição, observa Canotilho (1995, p. 1171) consistir tal princípio, na verdade, em um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei, de modo que é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa do que um simples princípio de conservação de normas.

Exigem as normas regulamentares em tela uma interpretação adequada aos dispositivos constitucionais que, em respeito à dignidade humana e por isso atenta ao princípio da igualdade entre os sexos e às peculiaridades socioculturais de seus beneficiários, consagram o direito fundamental social destes ao *mínimo existencial* (no caso, à própria segurança alimentar) consubstanciado no seguro-defeso.

Encontrando-se em causa, no caso em tela, tutela de direito fundamental social, há que garantir seu *núcleo essencial* como condição do mínimo de existência – ou o que Canotilho designa como “núcleo essencial como *standard* mínimo”. Reportando-se à

Constituição portuguesa, em lição de todo aplicável à Constituição pátria, anota Canotilho (1995, p. 470) que, das várias normas sociais, econômicas e culturais, é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais, na ausência do qual o Estado deve se considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucionais. E conclui:

Nesta perspectiva, o “rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica”, o “subsídio de desemprego” são verdadeiros direitos sociais *originalmente* derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito. [grifos do autor]

O reconhecimento dessa proteção expressa-se no *princípio de proibição de retrocesso*, o qual limita a reversibilidade do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, constituindo-se, por isso, num limite jurídico ao legislador e, ao mesmo tempo, numa obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas (proteção à confiança). Assim sendo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do poder público nas leis sociais, as eventuais modificações dessas leis devem observar o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado (CANOTILHO, 1995, p. 320).

Uma interpretação sistemática e constitucional dos dispositivos regulamentares citados leva, pois, à inarredável conclusão de que o seguro-defeso é devido às mulheres que atuam tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal desenvolvida no estuário da Lagoa dos Patos. Entendimento diverso importa em inconstitucionalidade e não é dado ao poder público afastar-se dos comandos constitucionais, devendo, pois, conduzir-se em conformidade com estes na interpretação das normas com que pauta a sua atuação.

11 Conclusão

Considerando que a ausência de licença ambiental em nome próprio pode ser facilmente suprida mediante a apresentação da licença de titularidade do cônjuge ou companheiro, acompanhada de prova do regime de economia familiar, postulou o Ministério Público Federal, na Ação Civil Pública em comento, fosse determinado à União que aceitasse e deferisse os requerimentos do seguro-defeso das mulheres que atuam tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal no estuário da Lagoa dos Patos, em regime de economia familiar, que apresentem a licença ambiental e os documentos da embarcação em nome do marido ou companheiro, pelo menos enquanto não elaboradas e implementadas políticas públicas que assegurem, de forma alternativa ao seguro-defeso, a segurança alimentar (mínimo existencial) das comunidades tradicionais de pescadores que dela retiram a sua subsistência⁴¹.

⁴¹ Antes do ajuizamento da ação civil pública em comento, tramitaram perante a Subseção Judiciária de Rio Grande numerosos feitos individuais, em que mulheres postulavam a concessão do benefício, pedido não raro cumulado com o de outorga de Licença Ambiental de Pesca. Feitos nos quais, a partir da intervenção do Ministério Público Federal a oficiar, alterou o Juizado Especial Cível entendimento inicialmente adotado, passando a – uma vez demonstrado o exercício da atividade pesqueira, em regime de economia familiar – deferir o seguro e julgar ausente interesse em agir relativamente à obtenção da licença.

Caso da sentença proferida em 13 de fevereiro de 2012, nos autos do Procedimento Comum n. 5004679-60.2011.404.7101/RS, *in verbis*:

“Como já restou apurado em diversos feitos congêneres em tramitação junto a esta Vara do Juizado Especial Federal, não é comum o efetivo exercício da captura do pescado, a bordo das embarcações, por parte das mulheres, em regra envolvidas com o apoio a tal labor, através da realização de atividades-meio. Com efeito, por esta razão não há que se falar, em se tratando de mulher que auxilia, em terra, seu marido na pesca, em expedição de licença ambiental de pesca [...].

Assim, ante a realidade acima descrita, o entendimento anteriormente esposado pelo Juízo era no sentido da improcedência, em regra, do pedido de seguro-defeso às mulheres, salvo às que comprovassem efetivos e regulares embarques e lida com redes no desenvolvimento do esforço de pesca.

[...]

Contudo, reconsiderando entendimento anterior, tenho como relevante tal sorte de colaboração da mulher em tarefas de apoio à pesca exercida, como ocorre no caso

Apreciando o pedido liminar, o MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Rio Grande fixou como cerne da controvérsia o conceito de pescador artesanal para fins de concessão do benefício em comento, reconheceu o defeso como hipótese de desemprego involuntário, consignou a relevância do trabalho da mulher, na medida em que influencia diretamente na produtividade do grupo familiar (que, de outra forma, deveria providenciar a contratação de terceiros), estabelecendo que, embora pago e administrado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, o seguro-desemprego (no caso, seguro-defeso) mantém sua natureza jurídica de benefício previdenciário, consoante expressa disposição constitucional⁴².

Recordando o fato de que o art. 193 da Constituição da República adota como base da ordem social, sem qualquer dis-

dos autos, em regime de economia familiar, que reputo essencial à subsistência de todo o grupo nela envolvido.

É que a legislação previdenciária assegura, no regime de economia familiar, a concessão de benefícios de valor mínimo não apenas aos chefes do grupo familiar, mas a todos que com ele colaboram.

Destarte, ante a cobertura de outros riscos sociais, no caso do labor prestado em tais condições, não há porque excluir a cobertura securitária no caso de desemprego, sob pena de subversão da unidade do sistema jurídico. Por isso, em que pese a omissão da lei do seguro-desemprego em relação à questão do regime de economia familiar, a adoção de raciocínio diverso não se afiguraria razoável nem proporcional.

A prova oral colhida em audiência ratifica o entendimento acima firmado, tendo [...], marido da autora, afirmado que ela lhe presta apoio remendando redes, descascando camarão, fazendo filé, entre outras atividades - o que foi confirmado pelas testemunhas [...].

Vê-se, pois, tratar-se a autora de pessoa cuja família vive da pesca artesanal, atividade que ela própria mantém, juntamente com seu cônjuge, não havendo qualquer irregularidade no pagamento do seguro-defeso às mulheres pescadoras, porquanto na condição de membros de comunidade tradicional, possuem estatuto jurídico próprio, cujas especificidades não podem, consoante bem asseverou o Ministério Público Federal, em seu parecer, ser ignoradas pelo intérprete/executor do direito.

Destarte, pelo conjunto probatório, tenho que a autora é beneficiária do seguro-defeso, sendo ilegal a vedação à percepção das parcelas devidas a tal título”.

42 Art. 201, inciso III.

crímen, o primado do trabalho bem como a necessidade de compreensão da proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário à luz do princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento no âmbito da seguridade social⁴³ como dever geral de proteção imposto tanto ao legislador quanto à administração pública, e considerando que a própria Constituição da República prevê⁴⁴ que tanto o pescador artesanal quanto seu respectivo cônjuge, quando exerçam suas atividades em regime de economia familiar, fazem jus aos benefícios abrangidos pela seguridade social, concluiu aquele MM. Juízo que

não pode prevalecer o atual entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, acerca do artigo 1º da Lei n. 10.779/03, no sentido de restringir a concessão do seguro-desemprego (seguro-defeso), excluindo da percepção do benefício as esposas que não ‘embarcam’ juntamente com os pescadores para a atividade pesqueira, sob pena de afronta à Constituição Federal⁴⁵.

Entendimento referendado na sentença, que julgou, em 5.11.2012, integralmente procedentes os pedidos, confirmada à unanimidade pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Em seu voto, o relator, des. fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, concluiu:

43 Art. 194, parágrafo único, inciso I.

44 Art. 195, § 8º.

45 Ao deferir o pedido liminar, vinculou-o aquele MM Juízo, contudo, aos limites geográficos de sua competência territorial, limitando a aplicabilidade da decisão, pois, à área sob jurisdição da Subseção Judiciária de Rio Grande e, assim, às mulheres residentes nos Municípios de Rio Grande e São José do Norte. Considerando que o estuário da Lagoa dos Patos vai além da área sob jurisdição da Subseção Judiciária de Rio Grande, alcançando área sob jurisdição da Subseção Judiciária de Pelotas, interpôs o Ministério Público Federal recurso de Agravo de Instrumento, a fim de que fossem readequados os termos daquela decisão ao disposto no art. 93, inciso I, da Lei n. 8.078/90 c/c art. 106 do Código de Processo Civil. Provendo-o, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública em comento a todas as mulheres que, no estuário da Lagoa dos Patos, atuam tradicionalmente na atividade pesqueira artesanal, em regime de economia familiar (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Agravo de Instrumento n. 5007176-73.2012.404.0000/RS, rel. des. fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 11 de maio de 2012).

Ora, tratando-se de benefício previdenciário cujo escopo é oferecer meios para a sobrevivência do pescador artesanal que se vê impedido de exercer sua atividade profissional durante o período do defeso, não há como se impedir a sua extensão às mulheres que atuam na cadeia produtiva da pesca, ainda que em terra, na medida em que também ficam impossibilitadas de exercer suas funções dentro do núcleo familiar.

A existência de fraudes para a obtenção do benefício tampouco poderia impedir o gozo do benefício por essas mulheres, cabendo ao Estado fiscalizar a sua concessão para que atinja somente aqueles que estão protegidos pela legislação⁴⁶.

Referências

BECKER, Anelise. O licenciamento ambiental da pesca e a licença a cargo da Secretaria Especial de Pesca e Aquicultura: comentários aos artigos 23 e 27, inciso XV, da Lei n. 10.683/2003. *Boletim Científico ESMPU*. Brasília: ESMPU, ano II, n. 9, out./dez. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Teoria do direito*: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, policopiado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. p. 45, 51 e 116.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. v. II, Coimbra: Almedina, 1984.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁶ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, Apelação/Reexame Necessário n. 5002559-10.2012.404.7101/RS, rel. des. fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, un., j. em 17.4.2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HAIMOVICI, Manuel et al. Diagnóstico da pesca no litoral do Estado do Rio Grande do Sul. In: ISAAC, Victoria et al. (Org.). *A pesca marinha e estuarina do Brasil no início do século XXI: recursos, tecnologias, aspectos socioeconômicos e institucionais*. Projeto RECOS. Belém: Universidade Federal do Pará, 2006.

KALIKOSKI, Daniela C.; VASCONCELLOS, Marcelo. Estudos das condições técnicas, econômicas e ambientais da pesca de pequena escala no estuário da Lagoa dos Patos, Brasil: uma metodologia de avaliação. In: *FAO fisheries and aquaculture*. Circular n. 1075. Roma, 2013. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/018/i2589p/i2589p.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Las normas fundamentales de derecho privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84, out./dez. 1987.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Madri: Civitas, 1977.

_____. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

O abuso de poder judiciário e o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil contemporâneo

Pedro Thomé de Arruda Neto

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 4ª Promotoria de Justiça Especial Criminal e de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de Sobradinho. Mestre em Ciências pela FEARP-USP.

Resumo: O presente artigo investiga o controle jurisdicional incidente sobre as políticas públicas de saúde, educação e segurança pública, sob a ótica da teoria jurídica do poder. Propõe-se a averiguar se, no estado atual da ciência jurídica, é viável um controle dessa natureza e se, quando o Poder Judiciário assim atua, incorre necessariamente em abuso de poder judiciário, seja na modalidade do excesso, seja na modalidade do desvio. Conclui que, ao exercer o Poder Judiciário o controle sobre o Estado-Administração, funciona como garante da força normativa da Constituição Cidadã e, em assim sendo, está no estrito cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais, não havendo que se falar em abuso de poder judiciário.

Palavras-chave: Desvio de poder. Reservas administrativas. Políticas públicas. Estrito cumprimento do dever legal.

Abstract: The present article examines the judicial control assessed on public policies, through the lenses of the legal theory of state power. It proposes the debate over the possibility of occurring, in the Brazilian Constitutional System, a judicial control concerning public policies (health, education, public security, mainly). Also focuses on the issue brought by this type of control whenever it becomes abusive, whether by deviating of its legal purpose, whether by exceeding the legal purpose of the constitutional control. Shows that whenever the Brazilian Judicial System acts a control system it does it to assure and guard the normative force of its important Constitution of 1988. Therefore, the judicial system, guardian of the constitutional law, whenever exercises forms of

control over public policies, functions strictly in patent unconstitutional situations and consequently works within the narrow path of always observing the law.

Keywords: Power deviation. Administrative reserves. Public policies. Strict surveillance of the law.

Um dos temas de maior atualidade¹ no Direito pátrio envolve a discussão das políticas públicas e sua judicialização. Na prática, estamos falando da propositura de ações que visam à garantia de leitos de UTI, assistência terapêutica, prestação de serviços de saúde, vagas escolares no ensino fundamental e médio, implantação do ensino infantil e da educação profissional para os trabalhadores, gestão democrática da cidade, proteção ao consumidor e outros direitos sociais e transindividuais.

Muitos enxergam nesse tipo de atuação judicial, mesmo que provocada e preenchedora dos requisitos processuais atinentes à espécie (condições da ação e pressupostos processuais), a emergência de uma “ditadura” do Poder Judiciário, o qual chamaria para si questões que não lhe são diretamente afetas e estariam acobertadas pelas chamadas “reservas legislativas” ou “reservas administrativas”, ou seja, só poderiam ser exercitadas pelos demais poderes constituídos.

As discussões jurídicas acerca dessa atuação são complexas e envolvem debates sobre a própria formatação do Estado brasileiro contemporâneo, exemplo da leitura que se faz, nos tempos atuais, da “cláusula da separação dos poderes”, que recebeu impulso teórico e pragmático com a publicação da obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis (De L'Esprit des Lois)* (1979). Essa obra que apregoava a instituição de uma tripartição de poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) e o exercício regular do *checks*

1 A atualidade da discussão não é apenas jurídica e permeia o próprio mundo dos fatos através dos chamados movimentos sociais. Alguns deles, ademais, recentíssimos (2013) e que “foram às ruas” exigir do Estado-Administração políticas públicas adequadas nas áreas da educação, saúde, segurança pública, representatividade social nas decisões estatais, mobilidade urbana e equidade (estas últimas, políticas públicas ligadas a segmentos específicos como minorias e grupos sociais vulneráveis).

and balances na relação interpoderes, ambos como mecanismos para se evitar a indesejável *concentração de poderes*, a ditadura. Afinal, para o grande pensador francês, “tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers” (apud DANIEL, 1982).

Outras questões afetas à judicialização das políticas públicas envolvem as suas dimensões substancialista (institutos como o do nível de eficácia das normas constitucionais, do mérito administrativo, da equidade, do mínimo existencial, da proibição do retrocesso social, da cláusula da reserva do possível, da implementação das políticas públicas e do pouco compreendido ativismo judicial; este último debate mais afeto à sociologia jurídica) e procedimentalista (que, em breve síntese, se preocupa com o *decisum* judicial no plano de sua efetividade temporal, elidindo o *periculum in mora*, e coercitiva, de molde a induzir o administrador público – ou delegado do Poder Público – ao seu cumprimento).

Neste artigo, não temos a pretensão de enfrentar todas estas questões, até porque impossível fazê-lo nesta sede. Queremos apenas abordar o tema sob um *novo viés*: o do *abuso* ou *desvio de poder*.

A *teoria jurídica do poder* tem suas origens no Direito Administrativo francês, que inaugurou a chamada doutrina do desvio de poder (*Détournement de Pouvoir*) e tem forte base jurisprudencial oriunda do órgão de cúpula da justiça administrativa, e no Conselho de Estado francês (*Conseil D’État*), em especial os precedentes conhecidos como casos *Vernes* e *Lesbats*. Este último importou a anulação de “ato regulamentar” de natureza restritiva praticado pela prefeitura de Fontainebleau e inquinado do vício do “desvio de finalidade” para beneficiar um número restrito de pessoas quanto ao uso de área pública como estacionamento particular.

Desde então, o sistema jurídico prescreve um tratamento específico para o tema, que permite *invalidar* (*anular ou revogar*) “condutas” que, por satisfazerem finalidades alheias à natureza do ato

utilizado, acabam por exceder (*abuso de poder*) ou se desviar (desvio de poder) da *finalidade* pretendida pela função que foi atribuída em abstrato à autoridade, mesmo que esta detivesse *competência* expressa para o seu exercício.

Perceba-se, antes de tudo, que os atos praticados com desvio de finalidade são inquinados de *nulidade* e restam maculados por violações relativas à própria *finalidade* do ato (*ou da política pública*) e não por violações à regra definidora da *competência* da autoridade que pratica o ato (*ou ordena a execução da política pública*).

Dentro deste panorama, temos que, no Brasil, a consequência jurídica para a prática de atos com desvio de poder (ou, em outras palavras, desvio de finalidade) é a *nulidade*, conforme preconiza o art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei n. 4.171, de 29 de junho de 1965 (*Lei da Ação Popular*), que estrutura a questão da seguinte forma:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

e) desvio de finalidade

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguinte normas:

[...]

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Em termos mais amplos, estamos falando que juridicamente existe a possibilidade de se configurar as mais diversas hipóteses de nulidade por desvio de poder em atos contextualizados pelos Poderes constituídos, não se reservando a nulidade apenas aos atos exteriorizados pelo Poder Executivo, que é aquele a quem precipuamente, no desempenho de sua função típica, cabe a *execução da lei* e que, por isso mesmo, recebe atenção mais explícita no que se refere às questões ligadas ao desvio de poder nas políticas públicas.

É se falar na configuração dos *excessos de poder legiferante*, de *poder administrativo*, ou ainda, de *poder judiciário*, desde que haja uma violação (abuso ou desvio) à fidelidade das responsabilidades públicas atribuídas aos Poderes pelo sistema constitucional. *Celso Antônio Bandeira de Mello* (2010, p. 138) assim se pronuncia sobre o assunto, sob a ótica do desvio de poder:

Vê-se, pois, que o desvio de poder é vício que pode afetar comportamento oriundo das funções típicas de quaisquer dos Poderes, já que no Estado de Direito as competências públicas não são da propriedade dos seus titulares, mas simples situações subjetivas ativas, compostas em vista da satisfação dos fins previstos nas normas superiores que lhes presidem a instituição. O descompasso teleológico entre as finalidades da regra de competência – qualquer que seja ela – e as finalidades do comportamento expedido a título de cumpri-la macula a conduta do agente, viciando-a com o desvio de poder.

Por oportuno, na jurisprudência dos Tribunais Superiores há importante precedente no qual o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu haver “atividade legislativa” exercida com “desvio de poder”, incorrendo o legislador (distrital) em inconstitucionalidade por “desvio de poder legiferante” quando da edição de uma lei no Distrito Federal (DF), *Lei n. 2.912/2002*, que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão de curso e fornecimento de currículo escolar para alunos da terceira série do Ensino Médio que fossem aprovados em vestibulares para ingresso em curso de nível superior (decisão do *Tribunal Pleno na ADIN n. 2.667-4/DF*, rel. *min. Celso de Mello*), mesmo sem conclusão de etapa final da educação básica e de natureza obrigatória, violando a política pública do Ensino Médio prevista na Constituição Federal e na legislação em vigor (*arts. 4º, inciso II; 10 e 35 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB*).

Dentro desse panorama, retomemos a reflexão proposta no título deste artigo, qual seja: estaria o Poder Judiciário brasileiro, em seu momento atual, praticando atos (decisões judiciais) de modo a ferir a *teoria jurídica do poder*, configurando-se como “atos jurisdicionais nulos”? Ou estaria, isto sim, no estrito cumpri-

mento de seu dever constitucional, sem que se pudesse a ele atribuir excesso ou desvio de finalidade em sua atuação na seara das políticas públicas?

Em primeiro lugar, é preciso levar em consideração que as políticas públicas no Direito pátrio têm fundamento no direito objetivo, ou seja, na própria lei, sobretudo nas normas de *status* constitucional, que fornecem a “moldura” da qual emanam todos os direitos e garantias da população consideradas fundamentais, dentro de uma concepção de Constituição-Quadro. Vide exemplo do *art. 182* e seus parágrafos, da *Lex Mater*, o qual trata expressamente da *política urbana*.

Assim sendo, o direito das políticas públicas não se assenta na “criação judicial”² ou em um “ato voluntarioso ministerial”³. Se assim fosse, demonstrado eventual dolo, restaria configurado o excesso, o transbordamento do uso do poder legiferante, que *ab initio* não lhes caberia exercer, uma vez que refugiria à competência constitucional confiada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, em especial no campo do controle de constitucionalidade

2 Enquanto a criação pura e simples é vedada, a “criatividade judicial” e “criatividade ministerial” são aceitas no contexto do novel direito das políticas públicas. Entrementes ela só poderá ocorrer nos moldes da juridicidade, dentro de uma visão sistêmica. Contrariado o Direito como sistema, de forma antijurídica, nos moldes apregoados por Schmidt-Assman (2003, p. 122), por exemplo, estaremos claramente diante do “excesso de poder judiciário”.

3 Veja-se o exemplo da política pública de “gestão democrática da educação”, que, além de prevista no *art. 106* da *Lex Mater*, está prescrita no *art. 53*, incisos II e III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que atribui aos filhos o papel de protagonistas do seu processo educacional uma vez que podem a todo tempo questionar os métodos pedagógicos empregados por seus pais e educadores; e no *art. 3º*, inciso VIII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), que estabelece a gestão democrática como o tipo adotado na educação brasileira. Este modelo, por sua vez, resulta da autonomia e da participação previstas nos artigos 14 e 15 da LDB. Também, vale registrar, que o referido “modelo de gestão” educacional é um dos objetivos fundamentais do Plano Nacional da Educação. Este sistema é que garante, no plano legal e em linhas gerais, a democracia da educação no Brasil.

(omissiva, via de regra), que é o de que em essência cuida o controle judicial das políticas públicas.

Historicamente, no Direito Constitucional pátrio, temos que as *Constituições de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 97*, respectivamente, previam expressamente a exclusão dos “atos de governo” da apreciação do Poder Judiciário, nos seguintes termos: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Entrementes, o mesmo não ocorre a partir da *Constituição de 1946*, quando passou a vigorar o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito* (art. 5º, inciso XXXV, da CF), denotando a evolução do legislador constituinte em compreender que até mesmo os “atos de governo” são judicialmente sindicáveis.

E mais, se mesmo os “atos de governo” (exemplo: declaração de guerra pela União – *art. 21, inciso II, da CF*) podem acarretar lesão a direitos (exemplo: violação do *due process of law formal-constitucional*, por não ter ocorrido a autorização oriunda do Congresso Nacional – art. 49, inciso II, da CF, ou ainda, sem se facultar ao Conselho de Defesa Nacional a possibilidade de opinar sobre a declaração de uma guerra – art. 91, § 1º, inciso II, da CF), outra conclusão não há que a ampla e irrestrita possibilidade de sua impugnação pela via judicial, ou seja, da possibilidade de haver a ocorrência do controle jurisdicional das políticas públicas, mesmo aquelas revestidas de caráter de “atos de governo”, isto é, “exclusivamente políticas”.

É a Lei Maior que de forma expressa trata dos direitos fundamentais, tais como educacionais, *trabalhistas*⁴, de saúde, ambien-

4 Políticas públicas de combate ao trabalho escravo e infantil, de educação para o trabalho, de combate às cooperativas de trabalho fraudulentas, de combate à precarização da relação de trabalho, de proteção ao meio ambiente do trabalho, entre tantas outras. Para aprofundamento sobre o tema das políticas públicas trabalhistas, em especial a da educação para o trabalho, consulte-se profícua dissertação de mestrado, disponível na biblioteca digital de teses da Universidade de São Paulo (USP): <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-07012013-104428/pt-br.php>>.

tais, urbanísticos de assistência social, de moradia⁵ e outros, sendo certo que, quando o Estado-Administração queda-se inerte ou se mostra ineficiente por insuficiência, leniência ou por uma atuação simplesmente retardatária, cabe ao Poder Judiciário, devidamente provocado pela via individual ou coletiva, atuar por meio de sua regular função de controle da Administração Pública e determinar, *in limine* ou ao longo do transcurso processual, a implementação, adequação, correção ou complementação das políticas públicas esquadras no estatuto constitucional.

É claro que a atuação judicial em políticas públicas deve ocorrer em casos excepcionais, devidamente parametrados pela jurisprudência, que, a fim de resguardar a plausibilidade *in concreto* dos pleitos deduzidos em juízo, somente deve dar guarida às pretensões relativas àqueles direitos que fossem devidamente demonstrados pelos meios probatórios disponíveis e adequadamente embasados dentro do processo. Assim, esvaziar-se-iam de sentido alegações *in abstracto* da ocorrência de *détournement du pouvoir judicial*, quando da edição de decisão, *antecipatória ou final, de mérito e acolhedora do pedido deduzido em juízo pela parte requerente.*

Apresente-se, a título ilustrativo, um recorte da questão: as políticas públicas de *assistência farmacêutica*, dentro do contexto da assistência terapêutica integral propugnada pela Constituição Federal e pela legislação do Sistema Único de Saúde (SUS) – *Lei n. 8.080/1990*, art. 6º, I, *d*. A respeito dos pedidos deduzidos em juízo em relação às listagens governamentais de medicamentos (e tratamentos), há que se separar algumas situações específicas e suas respectivas exigências probatórias para as partes pleiteantes, não sendo razoável, dentro da ótica da teoria jurídica do poder, admitir a irrestrita tutela dos pleitos, sem a produção de uma prova mínima a amparar de elementos concretos a pretensão deduzida em juízo⁶.

5 O direito à moradia foi introduzido no art. 6º da Carta Magna pela Emenda à Constituição n. 26, de 14 de fevereiro de 2000.

6 Antes de mais nada, deve-se perceber que são regras gerais probatórias relativas ao direito das políticas públicas:

Esclareça-se, por oportuno, que as listas governamentais de medicamentos são duas:

- I. RENAME – lista de medicamentos essenciais, e
- II. lista de medicamentos excepcionais.

Essas listas possuem enumeração do tipo *numerus clausus*, o que gera como consequência probatória, segundo a jurisprudência pátria pesquisada neste artigo, três situações básicas para as partes que as pleiteiam individualmente em juízo, nos seguintes termos:

- I. O medicamento “x” (ou tratamento “x”) consta das listas do SUS e não é fornecido. Nesse caso, não haveria maiores discussões probatórias, apontando-se para a possibilidade de uma tutela jurisdicional positiva;
- II. O medicamento “x” (ou tratamento “x”) consta das listas governamentais, mas não é adequado para o tratamento do paciente, o que deve ser demonstrado *in concreto*, por meio de laudos médicos; e
- III. O medicamento “x” (ou tratamento “x”) não está amparado nas listas administrativas. *In casu*, a parte deve fazer prova de que o medicamento é indispensável para a garantia do seu direito à saúde e à vida e que os ali constantes, se for o caso, não agregam soluções ou melhor prognóstico para o seu tratamento específico.

Em todos esses casos, temos que, para se garantir o *núcleo duro* do direito à saúde, o Estado brasileiro deve garantir a formulação e a implementação de políticas públicas sanitárias, sejam elas *curativas ou preventivas*, e prestar adequadamente os serviços públicos de saúde, não se admitindo comportamentos lenientes, ilegais, ilegítimos ou, sim-

-
- I. a da inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do *Código de Defesa do Consumidor*), em aplicação analógica, e
 - II. a da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333 do *Código de Processo Civil* (CPC) para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.

plesmente, omissivos. Afinal, mesmo que afetadas pela necessidade de se incorrer em custos – conforme ressalta a chamada Teoria dos Custos dos Direitos, até mesmo no que se refere aos direitos de primeira geração – as políticas públicas sanitárias constituem, em nosso sistema, verdadeiro *direito público subjetivo*, autorizando-se a tutela individual (e coletiva) de dispensação de medicamentos necessários à tutela da saúde e da vida, individual e coletivamente consideradas.

Por outro lado, mesmo que, se considerada *in abstracto*, este tipo de ação seja merecedora de uma tutela jurisdicional acolhedora da *pretensão* inicial posta em juízo, como entendemos ser o caso, é preciso que a parte se desvencilhe de produzir determinadas provas, dando assim viabilidade aos pleitos (mediatos e imediatos) abstratamente deduzidos na ação individual respectiva e permitindo ao julgador avaliar a justiça do caso *in concreto*, não se incorrendo, na espécie, em qualquer *desvio de sua finalidade* de julgar e distribuir a justiça segundo os ditames constitucionais e de legalidade e dentro de um processo contraditório e com as garantias decorrentes da cláusula da ampla defesa (enfim, o *due process of law*). A questão, nestes termos, é eminentemente probatória (e, portanto, processual e instrumental) e de observância da finalidade precípua da jurisdição, que é a de “dizer o Direito” mediante o “acesso à justiça” destinado, em última análise, à realização da sua “dimensão material”.

Outrossim, os estudos de *Direito Comparado* reforçam a ideia da viabilidade de uma tutela jurisdicional de políticas públicas no Brasil, desde que adaptada à nossa realidade, como sói ser.

De fato, o chamado “*direito das políticas públicas*” não é peculiaridade do Direito pátrio. Ao contrário, é sempre oportuno lembrar que, guardadas as especificidades de cada sistema legal, o controle jurisdicional de políticas públicas é admitido em diversos regimes jurídicos mundo afora (Alemanha, Estados Unidos, França, Portugal etc). Senão, vejamos algumas hipóteses:

I. No Direito alemão não se admite a insindicabilidade das decisões dos poderes Executivo e Legislativo (*Nichtjustitiabilität*). O Poder

Judiciário, de há muito, se utiliza do postulado da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, em especial quando referente a atos restritivos de direitos (ÁVILA, 2011). Odete Medauar, em pesquisa de *Direito Comparado* inserta na sua obra “Controle da Administração Pública”, de 2012 (p. 221), aponta que o *Tribunal Constitucional Federal alemão* já tratou do “controle de políticas públicas educacionais” que restringiam, no início da década de 1970, o acesso de alunos a curso superior da área médica, entendendo que as imposições legislativo-regulamentares, naquelas hipóteses, foram casuísticas e apresentavam justificativas ligadas à matéria orçamentária, como limitações de despesas, configurando-se como desarrazoadas no caso *in concreto*.

II. Mais familiarizado com o instituto das políticas públicas está o Direito anglo-saxão, em especial o estadunidense, que trata as *public policy(ies)* com *sindicabilidade judicial plena*, decorrência direta de posição da doutrina publicista dos Estados Unidos da América (EUA), que enxerga as leis, por definição, como políticas públicas (BUCCI, 2006). Quer nos parecer que, por força das peculiaridades do sistema da *common law* e da visão utilitarista e pragmática norte-americana, o instituto das políticas públicas floresceu nos estudos de direito público daquele país, que é o direito das agências e em que o Poder Judiciário exercita o controle jurisdicional, com fundamento no *Federal Administrative Act* (APA), de todos os atos das agências, reguladoras ou não reguladoras, responsáveis, por excelência, naquele regime legal peculiar, pela execução das políticas públicas estadunidenses;

III. O *Direito Público francês*, por meio da doutrina de Jacqueline Morand-Deville, Michel Prieur, Yve Mény, Pierre Muller, Olivier Giraud, Danièle Bourcier e Jacques Chevallier, assimilou há tempos o instituto e trata do “controle das políticas públicas” como espécie do gênero “controle da Administração Pública”. Na França, conforme assinala a culta *Jacqueline Morrand-Deville* (2009, p. 108), o controle das políticas públicas (*politique publique*) é realizado pelo Conselho de Estado – órgão de cúpula da “justiça administrativa” daquele país – e pelo Parlamento, sendo este auxiliado, em grande medida, pela *Corte de Contas*. No Brasil, por sua vez, o controle parlamentar, exercitado

com auxílio do Tribunal de Contas (TC), em especial o incidente sobre a economicidade do Estado-Administração, tem fundamento no art. 70 da Carta Magna e é relevante hipótese (e vertente contemporânea) de controle não jurisdicional das políticas públicas;

IV. No Direito português o tema tem recebido atenção de grandes constitucionalistas, a exemplo de José Joaquim Gomes Canotilho (2007), que, questionado sobre a possibilidade da Judicialização da Política, afirma expressamente, em artigo citado *in fine*, a sua existência e necessidade de sua assimilação no processo de desneutralização judicial contemporâneo. Consigna, inclusive, que a política comunitária europeia já se encontra judicializada em temas atinentes à biosegurança, por exemplo.

De fato, grandes pensadores do *Direito brasileiro*, em estudos processuais e materiais, tratam do tema, valendo citar alguns nomes de eminentes protagonistas: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Carlos Alberto Salles, Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, Eduardo Cambi, Fábio Konder Comparato, Fauzi Choukr, Gustavo Binenbojm, José Celso de Mello Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Kazuo Watanabe, Luis Manuel Fonseca Pires, Luís Roberto Barroso, Luiza Cristina Frischeisen, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Maria Paula Dallari Bucci, Nelson Nery Júnior, Nelson Rosenvald, Odete Medauar, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Gesta Leal e Sérgio Bruno Cabral Fernandes.

O tema das políticas públicas no Direito ganha contornos interessantes no seio das discussões jurídicas pátrias mais atuais, expandindo-se do meio doutrinário e chegando à própria jurisprudência. Destaque-se nesse panorama relevante debate, ocorrido no plenário do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de incidir o *controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias*, via *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)*.

Esclareça-se, desde já, o leitor acerca da importância do tema, uma vez que, como sabemos, os direitos fundamentais, veiculados nas políticas públicas, são diretamente ligados à aplicação e realização

das receitas e despesas públicas, respectivamente. Profunda é a relação entre políticas públicas e orçamentos públicos quando os olhos se voltam para a implementação, a realização prática dos *direitos fundamentais*.

Como se vê, perfilamos o entendimento pela viabilidade desse tipo de controle de constitucionalidade, por ser essencial para a efetivação do controle em sentido *lato* e implementação das políticas públicas constitucionais e por não contrariar o sistema em vigor no Brasil.

Não se olvide, por não ser de menor importância, que este tipo de controle jurisdicional pode se dar no bojo de uma ação civil pública, proposta pelo *Parquet*, onde se pleiteia, v.g., a inclusão de rubrica orçamentária no exercício financeiro seguinte para a implementação de uma determinada política pública sanitária, educacional ou de segurança pública, até porque os orçamentos não são vinculantes, permitindo a transposição de verbas.

Retome-se aqui o tema ora proposto, sob a ótica do controle concentrado das leis orçamentárias, via ADI. Observe-se, nesse panorama, que tal discussão sobre a viabilidade ou não desse tipo de controle via ação ainda está pendente em nossa jurisprudência, uma vez que carece de decisão plenária final oriunda do *Supremo Tribunal Federal*, *posicionando a Corte, de forma definitiva*, sobre o assunto.

Nesse diapasão, é sabido que o STF tem uma posição histórica firmada na *ADI n. 203-1/DF* – criação jurisprudencial da própria Suprema Corte – pela não admissão das ADIs que questionassem leis orçamentárias (exs: LDO e LO). O entendimento da Suprema Corte é no sentido de que lei ou ato normativo, para serem alvo de *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, deveriam se revestir dos atributos da abstração, generalidade, normatividade e impessoalidade. As leis orçamentárias seriam típicas hipóteses de “leis de efeitos concretos”, ou seja, que possuiriam o *revestimento de lei*, sem, contudo, o serem em essência (COELHO ÁVILA, 2010).

Ocorre que essa posição clássica foi colocada na berlinda no julgamento, pelo *Tribunal Pleno*, de *Medida Cautelar na ADI n. 4.048/DF* – portanto, decisão não final –, ao se apreciar *questão preliminar suscitada* em caso concreto onde se havia determinado a abertura de “crédito extraordinário” a favor de órgão do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral, por meio de uma *Medida Provisória*, a de número 405/2007. Esta discussão de matéria de ordem, no plenário do STF, acabou por abrir a possibilidade para a atuação ministerial em um novo campo: o do controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos (COELHO ÁVILA, 2010, p. 76), e, portanto, da realização prática dos direitos sociais.

Registre-se que, *in casu*, a respeito da veiculação de matéria orçamentária, o STF entendeu que, formalmente, não haveria empecilhos para a Medida Provisória tratar do tema, conforme a dicção do art. 167, § 3º, da Constituição Federal (CF):

Art. 167 [...]

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

Contudo, no mérito da medida cautelar, a maioria dos ministros (6 a 5) entendeu pela inconstitucionalidade da *Medida Provisória n. 405/2007*, uma vez que não estaria configurada a “situação imprevisível” exigida *ex vi legis*, fato que tornaria inconstitucional a “abertura de crédito” no caso *sub judice*.

Esse precedente, em especial no que se refere à *questão de ordem suscitada*, de fato, abriu espaço, na jurisprudência pátria, para a viabilidade do controle constitucional abstrato das leis orçamentárias. E tal fato repercute positivamente a necessidade de o sistema de justiça pátrio implementar, por meio dos mecanismos jurídicos disponibilizados, políticas públicas dependentes que são de custeio público. Como bem observou, de forma refletida, o culto *ministro Gilmar Mendes, relator da MC – ADI n.*

4.048/DF, naquele caso o STF corrigiria um “erro histórico” da Corte Maior ao tratar do tema.

Outra vertente teórica digna de nota quando o tema é o controle jurisdicional e adequado – *não excessivo ou desviante* – das políticas públicas está na percepção de que o *Supremo Tribunal Federal* exerce, entre outras relevantes, a função qualificada de *Corte Constitucional*, ou seja, é o tribunal que tem a interpretação final em matéria constitucional no País e, nesse contexto, tem por missão garantir a obediência rigorosa aos ditames emanados do texto da Carta Magna. Funciona, assim, como um verdadeiro “guardião da Constituição” e dos direitos nela assegurados, em especial aqueles considerados de natureza fundamental.

As políticas públicas são a dimensão operacional dos direitos sociais e de fraternidade constitucionalmente previstos, na medida em que são elas as exteriorizações experimentadas pela população destinatária na prática, no dia a dia. Em realidade, as políticas públicas são a faceta visível, a exteriorização dos direitos sociais fundamentais (*Ordem Social*), que, historicamente falando, foram estatuídos de forma precursora na *Constituição Mexicana de 1917* – fruto de uma revolução – e na *Constituição de Weimar da República Alemã, de 1919* (FRISCHEISEN, 2000), ambas fontes inquestionáveis de inspiração na condução dos trabalhos do constituinte brasileiro de 1988.

Devem, portanto, ser compreendidas no contexto do “Estado em ação”, onde se entende a política pública como “veículo” do direito fundamental e, transversalmente, os direitos fundamentais como “objeto” da política pública. E, dentro desta nova concepção, a jurisprudência dos tribunais superiores já trabalha com o novel instituto, podendo-se falar, no estado atual da ciência jurídica, de um “*direito das políticas públicas*”.

O controle e a avaliação da adequação, extensão e efetiva realização das políticas públicas são permitidos ao Poder Judiciário por meio de destacada provocação do Ministério Público (conforme o art. 129 da CF, “defensor do povo” – inciso II –, “órgão de

controle da Administração Pública” – incisos III e IV), da sociedade diretamente (por meio dos instrumentos do chamado “*controle social*”, agora ampliados pela Lei de Acesso às Informações – *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*), ou até mesmo do indivíduo (quando podemos estar diante de uma *tutela individual de efeitos coletivos ou ampliados*, ou, ainda, de casos repetitivos que, reiteradamente deduzidos em juízo, acabam por induzir o administrador público à implementação da política pública).

Afinal, o Estado não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento a serviço daquilo que o contratualista *Sir John Locke* (“Segundo Tratado do Governo Civil”, de 1640) chamava de “bem público” e que o Direito Administrativo pátrio tradicionalmente prefere chamar de “bem comum”. Nesse contexto, ao determinar, por meio de uma ordem soberana (decisão judicial), a realização de políticas públicas previstas na Constituição Cidadã, está o Poder Judiciário viabilizando o Estado Democrático de Direito contemporâneo. Está garantindo o integral respeito às normas constitucionais, de modo a não se configurar a inconstitucionalidade pela via omissiva, ou, como registra a atualizada jurisprudência da Corte Suprema: equiparar o quadro normativo constitucional a um elenco de “meras promessas inconsequentes” (confirmam-se alguns recentes julgados do STF: I) RE n. 634643 AgR/RJ – Rio de Janeiro, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento 26.6.2012, Segunda Turma; II) RE n. 669955/RN, Recurso Extraordinário, rel. min. Joaquim Barbosa, Julgamento 7.8.2012; e III) AI n. 809018 AgR/SC, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, Primeira Turma (25.9.2012), rel. min. Dias Toffoli).

O Estado-Juiz, nessas hipóteses, age no *estrito cumprimento de seu dever constitucional*, não se configurando na espécie qualquer desvio ou excesso de poder judiciário, uma vez que a *substitutividade da vontade do Estado-Administração pela do Estado-Juiz* é inerente à própria função jurisdicional de editar ordem-norma soberana que substitua a vontade das partes envolvidas em uma determinada contenda. Trata-se de atuação jurisdicional legítima

e, desde que delimitada *in concreto* pela razoabilidade (LUHMAN, 1980) e pelas garantias do processo judicial (*due process of law*), plenamente válida. Em outras palavras, preenchidos os requisitos relativos às condições da ação e pressupostos processuais como, por exemplo, em uma ação civil pública que pleiteia a implementação de uma determinada política pública de segurança, não há que se falar em “usurpação das funções de outros poderes”, uma vez que estamos falando do exercício regular da função jurisdicional, dentro de um processo instaurado segundo os ditames da lei e assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º da CF), atendendo-se ao postulado da transparência.

Por fim, considerando que o *art. 3º da Lex Mater* elenca os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* – “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II), “erradicar a pobreza” (inciso III), “promover o bem de todos” (inciso IV) –, que só são alcançados mediante a formulação e implementação de políticas públicas, tem-se que, no Estado Democrático de Direito, esse comando se dirige, também, aos órgãos judiciário e ministerial, que são “instrumentos em essência” do acesso e da distribuição de justiça social e representam arenas qualificadas para o controle das políticas públicas, não havendo que se falar em abuso de poder, seja na modalidade do excesso, seja na do desvio.

Ao contrário, clara é a congruência entre a missão constitucional conferida ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, protagonistas das políticas públicas no seio jurídico pátrio, e a finalidade pretendida pela lei, qual seja, o respeito ao Povo, destinatário último dos direitos sociais e de fraternidade fundamentais na República Federativa do Brasil.

Plenamente aceitável, no nosso regime jurídico, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar provimento cominatório, antecipatório – a qualquer tempo no processo – ou final para correção, complementação, adequação e implementação de políticas

públicas equivocadas, incompletas, inadequadas ou simplesmente ausentes no mundo dos fatos.

Plausível, outrossim, é a praxe da fixação de *astreintes* contra o administrador público recalcitrante que, ademais, deverá estar alerta para as eventuais consequências criminais advindas de sua conduta. Em termos práticos, recomenda-se reste consignada, de forma expressa, no mandado judicial a expressão “sob pena de configurar o crime de desobediência (art. 330, CP)”, espancando qualquer alegação de não violação do tipo subjetivo quando não for expressa a sanção criminal.

O Direito brasileiro precisa enfrentar, cada vez mais, o desafio de implementação das políticas públicas pela via judicial, seja no plano da evolução legislativa, seja no campo da hermenêutica. O Direito e a sociedade atuais, queremos crer, estão prontos para tanto, tendo em vista o inegável amadurecimento de nossas instituições e o fato de o povo não ser leniente com os comportamentos estatais que atentem contra a boa gestão da *res publica*, estes sim desviantes de suas finalidades públicas. Tratemos, portanto, da questão jurídica das políticas públicas, que é medida de urgência para que o estado democrático de direito contemporâneo cumpra a contento suas finalidades maiores, de forma constitucional, transparente e congruente com os postulados mais profundos estabelecidos pela Constituição Cidadã.

Referências

ARRUDA NETO, Pedro Thomé. A implementação pela via judicial das políticas públicas na área de saúde mental: o papel do Ministério Público. *Revista de direito sanitário (USP) – Journal of health law*, São Paulo, v. 6, n. 1-3, p. 38-61, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 245:1-312, maio-ago. 2007, São Paulo: Atlas, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Montchrestien, 2008.

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*, 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

COELHO ÁVILA, Luciano. *Controle abstrato de constitucionalidade de leis orçamentárias: a anunciada revisão da jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos*. *Revista de artigos jurídicos do MPDFT*, Brasília, v. 1. [s.d.]

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 737, mar. 1997.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. Atlas: São Paulo, 2004.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 5, v. 20/21, p. 111-131, 2006.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle judicial jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*.

LOPES, Magda; COSTA, Marisa Lobo da (Trad.). 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. 1. ed. Brasília: UnB, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais?* In: D'ISEP, Clarissa Ferreira

Macedo; JUNIOR, Nelson Nery; MEDAUAR, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais – estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTESQUIEU. *De L'esprit des lois*. Paris: Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1982.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. Montchrestien, Paris, 2009.

ROSENVALD, Nelson. O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. 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, 2010.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2003.

SILVESTRE, Charles Lustosa. *O Ministério Público brasileiro e a construção de políticas públicas de educação para o trabalho: um modelo de promoção da cidadania*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo, FEARP-USP, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-07012013-104428/pt-br.php>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

A competência comum dos entes da federação em matéria de proteção ambiental e os ecossistemas costeiros

Roger Fabre

Procurador da República em Santa Catarina.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que compete à União, Estados e Municípios o exercício da competência administrativa de proteção ambiental, instituindo o denominado federalismo cooperativo. Essa previsão não impediu o surgimento de conflitos de competências entre os entes da federação no exercício da fiscalização ambiental e na definição do órgão ambiental competente para o licenciamento ambiental. Com a entrada em vigor da Lei Complementar n. 140/2011, definidas novas regras, verifica-se, no que se refere aos ecossistemas costeiros, uma ausência de suficiente resolução sobre o órgão competente para o licenciamento em relação a empreendimentos incidentes nessa porção geográfica. Justifica-se, assim, a análise sobre o potencial dos impactos ambientais envolvidos para se definir a autoridade administrativa competente para o licenciamento. Além disso, no que se refere ao exercício da fiscalização ambiental, forçoso reconhecer que continua o dever ambiental, de todos os entes da federação, de tomar as medidas administrativas cabíveis ante a verificação da prática ou iminência de ilícitos ambientais, garantindo-se o direito à sadia qualidade de vida.

Palavras-chave: Zona Costeira. Fiscalização ambiental. Licenciamento ambiental. Federalismo cooperativo.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 provides that it is for the Federal Union, federated states and municipalities exercise the administrative powers of environmental protection, establishing the so-called cooperative federalism. This prediction did not prevent the emergence of conflicts of jurisdiction between the federal entities in the performance of environmental monitoring and the definition of the relevant environmental agency for environmen-

tal licensing. With the entry into force of the Supplementary Law 140/2011, set new rules, it appears, in relation to coastal ecosystems, a lack of sufficient resolution on the institution responsible for licensing regarding works located in this geographic portion. It is justifiable, therefore, the analysis of the potential environmental impacts involved in order to define the authority responsible for licensing. Furthermore, with regard to the exercise of environmental enforcement, it is clear that continues the environmental obligation of all federal entities to take the necessary administrative measures on the verification of environmental violations or imminent violations, thus ensuring the right to a healthy life.

Keywords: Coastal Zone. Environmental enforcement. Environmental licensing. Cooperative federalism.

Sumário: 1 Introdução. 2 Regime jurídico da Zona Costeira. 3 Considerações gerais sobre a competência comum prevista na Constituição Federal de 1988. 4 O exercício da fiscalização ambiental. 5 Licenciamento ambiental na Zona Costeira. 6 Considerações finais.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, inovando a sistemática constitucional então vigente, dedicou um capítulo próprio ao meio ambiente, conferindo a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, daí a imposição ao poder público e à coletividade do dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF/1988). Foi consagrada uma abordagem intergeracional para o dever de proteção ambiental, a merecer especial atenção da sociedade e do poder público.

Na forma do § 3º do art. 225 da Carta Magna, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O nosso diploma fundamental preocupou-se, de modo especial, com os ecossistemas representativos do território nacional,

merecendo destaque, no presente trabalho, o tratamento dado à Zona Costeira, que constitui patrimônio nacional. Sua utilização “far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”¹.

A Zona Costeira constitui, por assim dizer, uma região intensamente pressionada pelos setores produtivos e econômicos – guardadas as peculiaridades regionais do extenso litoral nacional – e de inegável importância estratégica, o que motivou o Governo Federal a fixar diretrizes e normas gerais a nortear o uso sustentável dos seus recursos².

Não obstante, verificou-se a existência de conflitos, na vigência da Constituição Federal de 1988, entre os órgãos ambientais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos diversos aspectos relacionados ao exercício da competência comum prevista no art. 23, VI, da Carta Magna, dispositivo que impõe aos entes federativos a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

O parágrafo único do mencionado art. 23, a propósito, previu que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

No final de 2011, foi editada a Lei Complementar n. 140/2011 com objetivo de disciplinar o exercício da competência comum, bem como para estabelecer critérios para a cooperação entre os entes federativos.

1 CRFB, art. 225, § 4º: “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”.

2 A Lei n. 7.661/1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, destacou a importância da Zona Costeira, patrimônio nacional, definindo diretrizes básicas aplicáveis aos bens jurídicos costeiros e à sua gestão pela União, Estados e Municípios.

Ao presente estudo interessa analisar os arts. 23 e 225 da CF de 1988 e as disposições da Lei Complementar n. 140/2011, relacionados com o exercício do poder de polícia ambiental, com enfoque no alcance a ser dado a essa nova normatização, sem perder de vista os preceitos constitucionais aplicáveis ao meio ambiente em geral e à Zona Costeira em particular.

2 Regime jurídico da Zona Costeira

Inicialmente, merece destaque que o litoral abriga ecossistemas importantes para a reprodução de diversas espécies e a manutenção da vida marinha. Os estuários constituem espaços fundamentais de reprodução e alimentação, além de aportarem para o meio marinho uma grande carga de nutrientes essenciais aos processos aquáticos. Os manguezais, em particular, cumprem funções vitais para a manutenção da fauna, podendo ser considerados o berçário de diversas espécies, além de estabilizadores de processos erosivos e deposicionais. O litoral brasileiro possui um mosaico significativo de ecossistemas, onde se destaca, também, uma sequência de estuários de porte distribuídos ao longo de toda a linha da costa. O patrimônio natural contido na Zona Costeira do Brasil pode ser qualificado como de grande valor ambiental, apresentando recursos altamente valiosos, tanto do ponto de vista ecológico quanto socioeconômico (BRASIL, 2006, p. 11).

Saliente-se que, promulgada a Constituição Federal de 1988, ficou consignado que a Zona Costeira representa patrimônio nacional e sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Como bem observa Machado (2013, p. 1001), tal regra indica ao administrador público, aos particulares e ao juiz que o desenvolvimento econômico não deve ser predatório, tornando claro que a gestão do litoral interessa a todos os brasileiros. O referido autor ainda afirma que regionalismos não devem sobrepôr-se aos interesses ambientais nacionais (2013, p. 156).

Por outro lado, tem-se que, antes mesmo da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei n.

7.661, de 16 de maio de 1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, que tem a função de orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população e a proteção de seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural (art. 2º, *caput*).

O art. 3º da Lei n. 7.661/1988 dispõe que o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC) deverá dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens:

I – recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuários e lagunares, baías e enseadas; praias, promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas; II – sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente; III – monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

Por outro lado, a Zona Costeira foi conceituada como o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que são definidas pelo Plano (Lei n. 7.661/1988, art. 2º, parágrafo único). O Decreto Federal n. 5.300, de 7 de dezembro de 2004, que regulamentou a Lei n. 7.661/1988, delimitou, em seu art. 3º, que a faixa *marítima* corresponde ao espaço que se estende por *doze milhas náuticas*, medido a partir das linhas de base, compreendendo, dessa forma, a totalidade do mar territorial; a faixa *terrestre*, de outro lado, abrange o espaço compreendido pelos limites dos Municípios que *sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na Zona Costeira*.

Tem-se, ainda, que há previsão de participação da União, Estados e Municípios na aplicação do Plano de Gerenciamento Costeiro, bem como da concretização, pelos dois últimos, por meio de lei, dos Planos Estaduais e Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as diretrizes do Plano Nacional, prevalecendo sempre as disposições de natureza mais restritiva (art. 5º da Lei n. 7.661/1988).

Registre-se ainda que, conforme o art. 6º, *caput*, da Lei n. 7.661/1988,

O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, *com alterações das características naturais da Zona Costeira*, deverá observar, além do disposto nesta lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro. [grifo nosso]

Há previsão de exigência de EIA/RIMA para o licenciamento em Zona Costeira (art. 6º, § 2º, da Lei do Plano Nacional). Por sua vez, o descumprimento dos termos da licença sujeita o interessado às sanções de interdição, embargo e demolição, sem prejuízo de outras penalidades (art. 6º, § 1º, da Lei n. 7.661/1988).

Sublinhe-se o destaque à necessidade de conservação dos bens jurídicos ambientais costeiros acima enunciados e a previsão da necessidade de licenciamento e EIA/RIMA, em caso de obra que importe alteração das características naturais da Zona Costeira.

3 Considerações gerais sobre a competência comum prevista na Constituição Federal de 1988

A competência comum/executiva inscrita no art. 23 da CF/1988, titularizada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, predispõe-se a contribuir, no que se refere à matéria ambiental, para a preservação da sadia qualidade de vida, que deve ser entendida em sentido amplo, como apontam Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 40-41):

No contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formação de uma dimensão ecológica – inclusiva – da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental (assim como de um bem-estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violados no seu núcleo essencial.

O legislador constituinte instituiu o dever de solidariedade intergeracional, proclamando que o poder público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A responsabilidade conferida à coletividade é de extrema relevância, sendo impositivo que se lhe faculte o acesso às informações importantes sobre o meio ambiente, o que deve vir acompanhado por um processo de educação ambiental e de conscientização sobre o seu papel nos processos decisórios, nas esferas pertinentes.

No que se refere ao poder público, verifica-se que ele detém parcela significativa de responsabilidade pela implementação das políticas públicas ambientais e pelo efetivo acompanhamento das atividades/obras impactantes ao meio ambiente, incumbindo-lhe a condução do licenciamento ambiental e a fiscalização de obras, licenciadas ou não.

A propósito, como ensina Benjamin (2011, p. 94),

Diante do novo quadro constitucional, a regulação estatal do ambiente dispensa justificção legitimadora, baseada em técnicas interpretativas de preceitos tomados por empréstimo, pois se dá em nome e causa próprios. Em face da exploração dos recursos naturais, a ausência do poder público, por ser a exceção, é que demanda cabal justificativa, sob pena de violação do dever inafastável de (prontamente) agir e tutelar.

A Lei n. 9.605/1998, afinada com a necessidade de atuação ativa das esferas governamentais, determinou que são autoridades competentes para a lavratura do auto de infração e instauração de processo administrativo os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA (art. 70, § 1º). Qualquer pessoa pode representar a essas autoridades para efeito do exercício do poder de polícia (art. 70, § 2º), e a autoridade ambiental que “tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de responsabilidade”.

O exercício da competência material comum (art. 23 da CF/1988), no entanto, tem sido extremamente debatido na dou-

trina e na jurisprudência. Há diversas críticas a hipóteses em que um órgão ambiental licencia uma dada atividade, e outro órgão – normalmente o IBAMA – se entende competente para o licenciamento, ou mesmo, no exercício do poder de polícia, toma as medidas administrativas necessárias para a cessação da atividade danosa ao meio ambiente.

Além disso, verifica-se a tendência de o órgão ambiental de dada esfera aplicar tão somente a legislação respectiva, ignorando a vigência da normatização das outras. Se essa realidade já se evidenciava nos licenciamentos conduzidos pelos órgãos ambientais estaduais, com a progressiva estruturação dos órgãos ambientais municipais, o problema agravou-se em razão da prática comum de observância pura e simples das suas normas urbanísticas.

Sobre essa litigiosidade, registra Antunes (2012, p. 99):

Um dos pontos mais relevantes do tema é o exercício do poder de polícia ambiental que, em termos práticos, se desdobra na fiscalização e no licenciamento ambiental. Nesses dois pontos se materializam as maiores dificuldades para as atividades econômicas e, principalmente, os conflitos entre os diferentes entes administrativos, tanto no nível das diferentes esferas como, não raras vezes, dentro de um mesmo nível político administrativo [...].

Guerra (2013, p. 153) vai mais além e assinala a existência de um *federalismo competitivo*, que traria prejuízo a todos os segmentos da sociedade. Mukai (2012, p. 29) sustenta que qualquer interpretação do art. 23 da CF que traga conflitos de competências entre os entes federativos seria inconstitucional em razão da violação do comando do parágrafo único, que persegue a busca pelo equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Machado (2013, p. 182-183), por sua vez, assenta que o art. 23 não exclui qualquer ente federativo do exercício da competência, uma vez que a “competência comum é aglutinadora e inclusiva, somando os intervenientes e não diminuindo ou tornando privativa a participação”.

Cirne (2013), com o objetivo de afastar a ideia de que apenas um ente estaria legitimado a intervir, registra que não se poderia defender que a competência comum/administrativa de “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (art. 23, I) pudesse ser limitada à União ou ao Estado, já que todos os entes devem perseguir tal objetivo. Esse raciocínio, segundo a autora, seria aplicável à proteção ambiental (2013, p. 67).

Em verdade, como acentua Dino Neto (2013, p. 101), é de ser reconhecida “proeminência da União no terreno das competências administrativas em matéria ambiental, a partir da verificação da existência de um interesse geral, de âmbito nacional” que se sobrepõe ao regional e local.

4 O exercício da fiscalização ambiental

O poder de fiscalização ambiental representa uma dimensão do poder de polícia ambiental, visando à prevenção de danos ao meio ambiente e à repressão a condutas lesivas.

Na forma do parágrafo único do art. 23 da CF/88, leis complementares fixarão normas para a cooperação entre os entes, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Promulgada a LC n. 140/2011, destaca-se o teor do seu art. 17:

Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o *caput*, para efeito do exercício do poder de polícia.

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá adotar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*.

Merece destaque, ainda, que os arts. 7º, inciso XIII, 8º, XIII, e 9º, XIII, da LC n. 140/2011 dispõem que são ações administrativas da União, Estados e Municípios exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida a cada um deles.

Note-se que a regra geral do *caput* do art. 17 – no sentido de que o ente licenciador exercerá a fiscalização – está em sintonia com os dispositivos legais citados no parágrafo anterior e se reforça pelo argumento de que é ele normalmente o detentor do maior número de informações sobre empreendimento. Some-se a isso a exigência de economia de recursos públicos a serem despendidos com a realização dos atos inerentes à fiscalização, bem como a necessidade de serem verificadas as condicionantes da licença preferencialmente pelo licenciador. Trata-se de correta aplicação dos princípios da cooperação e eficiência.

Ocorre que não existe, mesmo à luz dos dispositivos legais citados, a insindicabilidade do licenciamento conduzido por um ente da Federação diante da constatação de uma prática ilegal lesiva ao meio ambiente.

Ainda na hipótese de atividade licenciada, entende-se perfeitamente aplicável o § 3º do art. 17 da Lei Complementar, que possibilita a atuação de órgão de outra esfera diante de ilícito ambiental. Presume-se que a cooperação preconizada no parágrafo único

do art. 23 da CF foi concebida com o objetivo de unir esforços para coibir a efetivação de atos ilícitos tendentes a atingir o equilíbrio ambiental. O órgão licenciador, diante de uma atuação diligente de outro ente, deve valorizar essa iniciativa e apurar a sua procedência.

Na hipótese de o licenciador lavrar, também, o auto de infração, o auto respectivo prevalecerá (parte final do § 3º do art. 17 da LC), desde que materialmente seja similar ao lavrado pelo primeiro ente fiscalizador.

Se o ente licenciador não tomar as medidas cabíveis, é de ter-se como hígido o auto de infração lavrado pelo primeiro fiscalizador, presumindo-se que há o reconhecimento da prática lesiva por aquele. No caso, deve prevalecer o interesse pela manutenção da qualidade ambiental, interesse difuso de todos.

Exemplifica-se a hipótese com a ocorrência de uma prática lesiva por pessoa que detém uma licença, mas não respeitou a ressalva de que não poderia *efetuar o corte ou supressão de APPs*. Nesse caso, diante do dano ambiental, perfeita a intervenção de outro ente. O que se impõe é a comunicação sobre eventual lavratura de auto de infração ao órgão licenciador.

A interpretação fica mais difícil se a prática lesiva estiver em conformidade com permissão extraída da licença ambiental. Nesse caso, possivelmente o licenciador tentará defender os seus termos, até mesmo para não admitir eventual prática de ato administrativo ilegal, possivelmente eivado de imprecisões factuais de análise ou equivocados posicionamentos jurídicos.

Na situação, impositiva a atuação do órgão que se depara com o dano ambiental ou sua iminência. Transcreva-se, a propósito, parte da ementa do acórdão do STJ, no AgRg no REsp n. 1.373.302 – CE, rel. min. Humberto Martins (*DJe* 19.6.2013):

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ZONA DE AMORTECIMENTO DO PARQUE NACIONAL DE JERICOACOARA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Em se tratando de proteção ao meio ambiente, não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo, bem como da competência para o licenciamento.

Esclareça-se, no que se refere a atividades não licenciadas ou não licenciáveis, que se afigura imprescindível a atuação dos entes da federação na fiscalização e tomada das providências administrativas cabíveis diante do dano ou de sua iminência, não havendo que se falar em legitimidade única de determinado ente.

Por fim, registre-se que a legitimidade da União para intervir no caso de práticas danosas em Zona Costeira justifica-se pelo seu *status* de patrimônio nacional, sendo correto presumir-se o interesse do órgão central no tratamento uniforme de assuntos entendidos como gerais (DINO NETO, 2013, p. 101). Trata-se de aplicação do princípio da predominância do interesse, que deve ser combinado com o critério da dominialidade, em ordem a legitimar a tomada das providências administrativas cabíveis, de caráter preventivo ou sancionador.

5 Licenciamento ambiental na Zona Costeira

A Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011, conceitua o licenciamento ambiental como procedimento administrativo destinado a “licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (art. 2º, I).

A Lei n. 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, previa, em seu art. 10, *caput*, que as atividades utilizadoras de recursos ambientais seriam licenciadas pelo órgão estadual competente e pelo IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

O IBAMA licenciava, também, atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional (antiga redação

do art. 10, § 4º, da Lei n. 6.938/1981, agora revogado). Por sua vez, a Resolução n. 237/1997 do CONAMA, em seu art. 4º, explicitava o que seriam empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a serem licenciados pelo IBAMA.

Com a entrada em vigor da LC n. 140/2011, observado o art. 8º, XIV, ficou definida a competência do Estado para a promoção de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º.

Conforme o art. 7º, XIV, compete à União promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos no Brasil e em país limítrofe; localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação federal, exceto em Áreas de Proteção Ambiental; localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados; de caráter militar; que envolva material radioativo ou energia nuclear; ou *que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.*

Os municípios, a seu turno, nos termos do art. 9º, XIV, da LC n. 140/2011, deverão licenciar atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade.

Ainda no que se refere ao marco legal instituído pela Lei Complementar n. 140, anote-se que o art. 13, *caput*, prescreve que os empreendimentos e atividades são licenciados ou auto-

rizados, ambientalmente, *por um único ente federativo*, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos da LC. O § 1º do art. 13 dispõe que os demais entes interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

Em relação a atividades e empreendimentos situados *concomitantemente em faixa terrestre e marítima*, registre-se que o art. 7º, parágrafo único, da LC n. 140/2011 preceitua que o licenciamento será atribuição da União *exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo*, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

Descrito o marco legal existente, necessária a análise da competência para o licenciamento ambiental, com enfoque em atividades a serem desenvolvidas na Zona Costeira.

No que se refere a tais hipóteses, registre-se, em primeiro lugar, que as atividades desenvolvidas no mar territorial, plataforma continental e zona econômica exclusiva, assim como as localizadas em unidade de conservação federal, devem ser licenciadas pelo órgão federal detentor da atribuição, nos termos da previsão específica contida na LC n. 140/2011 (art. 7º, XIV, *b e d*).

É legítima a previsão de que as intervenções feitas no mar territorial, plataforma continental ou zona econômica exclusiva devem ser licenciadas pela União. No caso, não incide apenas o critério da titularidade/localização do bem, mas também o interesse público maior da nação na segurança marítima e conveniência estratégica.

Merece atenção, ainda, o caso em que o empreendimento/atividade estiver localizado concomitantemente em zona marítima e terrestre, hipótese prevista no parágrafo único do art. 7º da LC n. 140/2011. O referido dispositivo legal diz que a atribuição será

da União exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite, considerados os critérios do porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

Entende-se que a lei previu a necessidade da condução, pelo IBAMA, do licenciamento nessa porção geográfica se a magnitude dos impactos for significativa, nos termos de apuração posterior da referida Comissão Tripartite e decisão do Executivo Federal.

Ocorre que não houve a definição dessa tipologia. A demora do administrador não pode trazer prejuízo ao meio ambiente, com a definição de órgão licenciador diverso do IBAMA para atividades com grande potencial de dano em região costeira. A lei sinalizou que essa competência será do órgão federal.

Assim, ausente a definição da tipologia pelo Executivo, necessária manifestação fundamentada dos órgãos ambientais envolvidos (tanto do estadual, a quem caberia o licenciamento segundo leitura apressada da lei, quanto do federal, a quem poderia ser atribuída a competência por ato do Executivo), a fim de embasar a conclusão específica sobre o porte e potencial poluidor da atividade, importante para a definição da competência para o licenciamento. A interpretação da lei deve atentar para os princípios constitucionais garantidores da sadia qualidade de vida e deve favorecer a existência de uma análise interdisciplinar habilitada sobre empreendimentos impactantes nessa porção territorial, normalmente verificada na estrutura do IBAMA e ICMBio.

No que tange ao licenciamento em porção terrestre da Zona Costeira, entende-se que também devem ser analisados o porte, potencial poluidor e natureza do empreendimento/atividade, lembrando-se que a alínea *h* do inciso XIV do art. 7º da LC diz que constitui ação administrativa da União promover o licenciamento de empreendimentos e atividades que atendam tipologia estabelecida pelo Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite, assegurada a participação de um membro do CONAMA e con-

siderados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

Mais uma vez, anote-se que existe mora do Poder Executivo na tomada das providências para dar efetividade à previsão legal. Não se justifica que, provisoriamente, a competência para o licenciamento fique para Estados e Municípios, muitas vezes desparelhados e mais suscetíveis à pressão política, em casos de obras e atividades que envolvem impactos significativos.

Ausente o alto potencial de dano, a ser aferido por pareceres específicos dos órgãos ambientais, a competência ficará para os Estados, na forma do art. 8º, XIV, a quem caberá a análise da viabilidade do empreendimento, observada não somente a legislação estadual mas também a legislação federal ambiental e, eventualmente, as disposições legais aplicáveis aos terrenos de marinha (v.g., Lei n. 9.636/1998).

No que se refere à denominada *atuação supletiva*, registre-se que, no regime anterior à LC n. 140/2011, havia previsão expressa de que o IBAMA estava autorizado a intervir supletivamente nos licenciamentos e na fiscalização e controle de normas ambientais (redação revogada no art. 10, *caput*, e § 1º, da Lei n. 6.938/1981).

Com o advento da Lei Complementar n. 140/2011, destaque-se que a atuação supletiva foi conceituada como “a ação do ente da Federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas na LC” (art. 2º, II). No art. 14, § 3º, foi prevista a hipótese do decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença, a legitimar a competência supletiva.

Do art. 15 constam as demais situações legitimadoras da atuação supletiva, destacando-se que, se não existir órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais até a sua criação (inciso I).

Uma leitura apressada do dispositivo poderia conduzir à conclusão de que não haveria mais espaço para a assunção do licenciamento pelo ente federal, mesmo diante de uma condução irregular ou fraudulenta do procedimento (caso da “inépcia”). Nessa linha,

para obstar a atuação supletiva bastaria que o ente licenciador contasse com um *órgão capacitado*.

No entanto, considerado o dever de proteção ambiental imposto ao poder público (CF/1988, arts. 225, *caput*, § 1º; Lei n. 9.605/1998, art. 70, §§ 1º e 3º), a correta interpretação parece ter sido a trazida por Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 609):

Isso, no entanto, não exclui um poder-dever de controle recíproco entre os diversos entes federativos. Nesse perspectiva, uma vez tomado conhecimento de alguma irregularidade na emissão de licença ambiental praticada por algum deles, a autoridade ambiental integrante de outro ente é obrigada legalmente a tomar as medidas necessárias para deflagrar tal situação.

Os referidos autores ainda destacam que, não obstante o federalismo cooperativo detalhado pela Lei Complementar n. 140/2011, autoriza-se, excepcionalmente, a atuação supletiva também na hipótese de omissão do órgão licenciador ou atuação insuficiente, uma vez que o princípio da subsidiariedade deve estar amarrado com a premissa de maior proteção ambiental (2013, p. 609).

6 Considerações finais

Tem-se que o objetivo fundamental previsto na LC n. 140/2011, art. 3º, III, de evitar sobreposição de atuação dos entes, evitando conflitos de atribuição, não pode, com efeito, nortear, de modo absoluto, a resolução dos conflitos que envolvem o exercício da competência comum/executiva prevista no art. 23.

Necessário reservar destaque especial ao presumível interesse da coletividade em geral – e do poder público – na manutenção e melhora da qualidade ambiental, o qual poderá ser garantido com a intervenção oportuna e habilitada de outro ente que possua conhecimento específico relevante ou que verifique dano ambiental iminente decorrente de prática ilegal. Tal raciocínio se afina com a dicção do art. 225 da CF/1988, que se preocupou com a garantia de direito difuso pertencente a todos os membros da sociedade (“qualidade ambiental”).

Assim, a preferência do ente licenciador para a tomada das medidas administrativas cabíveis diante da prática de dano ambiental é razoável, mas não afasta a necessidade de atuação dos demais entes que se deparem com ilícitos ambientais.

Por fim, a definição da competência para o licenciamento, tal como prevista na Lei Complementar n. 140/2011, não impede que se verifique a magnitude dos impactos ambientais envolvidos nos empreendimentos costeiros, de modo a justificar a atribuição do IBAMA para a condução do procedimento.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BENJAMIN. Antônio Herman. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Projeto Orla: fundamentos para gestão integrada*. Brasília: MMA, 2006.

CIRNE, Mariana Barbosa. A lei complementar 140/2011 e as competências ambientais fiscalizatórias. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 72, out. 2013.

DINO NETO, Nicolao. Conflito de interesses na criação de unidades de conservação e repartição de competências. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 70, abr. 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney. O licenciamento ambiental de acordo com a LC 140/2011. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 66, abr. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Federalismo cooperativo ecológico, deveres de proteção ambiental do Estado e licenciamento ambiental: algumas considerações em face da Lei n. 140/2011*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 932, jun. 2013.

WALCACER, Fernando Cavalcanti et al. Notas sobre a LC 140/2011. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 70, abr. 2013.

A vedação dos procedimentos da ACP em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público

Marla Marcon Andrade Guimarães

Servidora do Ministério Público Federal. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Instituto de Ensino Superior de Vitória. Especialista em Direitos e Garantias Constitucionais pela FDV – Instituto de Ensino Superior de Vitória e em Direito Eleitoral pela Escola Superior Verbo Jurídico.

Resumo: Busca o presente estudo apresentar fundamentos para uma reflexão acerca da (in)constitucionalidade do art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9504/1997), que veda a utilização dos procedimentos da Lei da Ação Civil Pública em matéria eleitoral, restringindo garantia institucional do Ministério Público expressa no art. 129, III, da CF/1988, a fim de salvaguardar interesse individual de candidatos em detrimento do direito difuso à legitimidade e à normalidade do processo eleitoral.

Palavras-chave: Art. 105-A da Lei n. 9504/1997. Vedação. ACP. Restrição. Garantia institucional. Ministério Público. (In) constitucionalidade.

Abstract: This study aims to provide the basis for a reflection on the (un)constitutionality of Art. 105-A of the Election Law (Law 9504/1997), which prohibits the use of the procedures of the Law of Civil Action on electoral matters, restricting institutional guarantee of the Public Prosecution Service expressed in art. 129, III, of the Federal Constitution of 1988, in order to safeguard the interests of individual candidates rather than the diffuse right to legitimacy and normality of the electoral process.

Keywords: Art. 105-A of Law 9504/1997. Seal. ACP. Restriction. Public Prosecution Service. Institutional guarantee. (In) constitutionality.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. 3 As garantias fundamentais e o reconhecimento das garantias institucionais dentro de um conceito único e conjugado. 4 A ação civil pública e o inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público: cláusula pétrea da CF/1988. 5 Retrocesso trazido pelo art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9504/1997): proibição da utilização dos procedimentos da ACP no Direito Eleitoral. 6 Conclusão.

1 Introdução

As preocupações atuais da comunidade jurídica passam, via de regra, por dois pontos-chave, quais sejam: a necessidade de se assegurar, de forma concreta e universal, o pleno acesso à Justiça e a de se equipar o Estado de mecanismos material e formalmente voltados a uma prestação jurisdicional célere, eficiente e, principalmente, eficaz.

Nesse compasso, despontam a ação civil pública e o inquérito civil como autênticas garantias fundamentais do cidadão, por expressa disposição constitucional, uma vez que atendem de forma eficiente e eficaz aos ditames constitucionais do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

Além disso, a ação civil pública e o inquérito civil também integram as garantias institucionais do Ministério Público (art. 129, III) e representam importantes instrumentos da atuação desse órgão estatal vocacionado para a transformação social, o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais, razão por que são protegidos pelo manto sagrado das *cláusulas pétreas* da Constituição Federal de 1988.

O compromisso central assumido pelo Estado Democrático de Direito é o de transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e a outros valores. Essa transformação da realidade social com justiça também é compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático (arts. 1º e 127, *caput*, ambos da CF/1988).

Em descompasso com o regime democrático e as perspectivas acima delineadas, surgiu o art. 105-A da Lei n. 9.504/1997, que afasta a aplicação, em matéria eleitoral, das disposições da Lei da Ação Civil Pública. Assim, impede-se que a atuação do Ministério Público nos procedimentos previstos naquela norma – em especial o inquérito civil – possa acarretar reflexos prejudiciais à campanha eleitoral do candidato supostamente investigado e à sua atuação política.

O Direito Eleitoral guarda fundamento de existência material no Estado Democrático de Direito, visando a legitimidade e a normalidade das eleições e consultas populares, de forma que a supremacia da vontade popular seja traduzida fielmente, com base na promoção da igualdade de direitos e na participação de todos na formação da vontade geral. O Ministério Público Eleitoral é essencial nesse processo.

Assim, pretende-se, ao final do presente estudo, trazer fundamentos para reflexão diante da resposta à seguinte questão: é possível a criação de normas e/ou a interpretação restritiva às garantias institucionais do Ministério Público, para servirem de barreira à eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral, em salvaguarda de interesse individual de candidato?

Para isso, serão desenvolvidos quatro tópicos, conforme leitura a seguir: 1) os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo; 2) as garantias fundamentais e o reconhecimento das garantias institucionais dentro de um conceito único e conjugado; 3) a ação civil pública e o inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público: *cláusula pétrea* da CF/1988 e 4) retrocesso trazido pelo art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997): proibição da utilização dos procedimentos da ACP no Direito Eleitoral.

2 Os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo

Ao se referir à função dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, assevera o filósofo e jurista espanhol Antonio Enrique Perez Luño (1984, p. 19) que o constitu-

cionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. Segundo o autor, as normas que consagram os direitos fundamentais, as que determinam a forma de Estado e as que estabelecem o sistema econômico definem o modelo constitucional de determinada sociedade.

Considerando-se a dinâmica estabelecida entre tais fundamentos, que não podem ser analisados estaticamente, é estabelecida uma relação de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito, já que um implica diretamente a garantia do outro. Assim, o tipo de Estado de Direito (liberal, social ou democrático) depende do alcance e significado dado pelos direitos fundamentais, que, por sua vez, têm seu conteúdo condicionado pelo tipo de Estado de direito definido.

Para Perez Luño (1984, p. 20), os direitos fundamentais são a principal garantia dos cidadãos frente ao Estado, no sentido de serem respeitados e promovidos os direitos da pessoa humana, em todas as suas dimensões:

La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello *Grundwert*), y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas¹.

1 Tradução livre: A concepção de direitos fundamentais determina o próprio significado de “Poder Público”, por existir uma íntima relação entre o papel assinado por esses direitos e o modo de organização e exercício do Poder Estatal. Os direitos fundamentais constituem a principal garantia dos cidadãos de um Estado de Direito de

No entender do renomado jurista do direito espanhol, os direitos fundamentais apresentam-se sob duas dimensões: axiológica-objetiva e subjetiva.

Em sua acepção axiológica-objetiva (1984, p. 21), os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, surgido com fundamento em relações de tensão e nos consequentes esforços de cooperação para as metas comuns. Apresentam-se como um importante legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito e funcionam como base para a edificação de qualquer sociedade democrática. Comportam, ainda, a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático e condicionar seu dever de obediência ao direito, bem como garantir um processo político livre e aberto, como elemento informador do funcionamento de qualquer sociedade pluralista.

Em sua dimensão subjetiva (PEREZ LUÑO, 1984, p. 22), por sua vez, os direitos fundamentais representam o “estatuto jurídico dos cidadãos” em suas relações com o Estado e entre os próprios cidadãos entre si. Esses direitos tendem a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança frente ao poder e aos demais indivíduos.

Ressalta, ainda que, em sua concepção inicial, os direitos fundamentais foram concebidos como instrumento de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, uma vez que se entendia não haver necessidade de se garantirem direitos fundamentais nas relações entre sujeitos, obedecendo-se à concepção de igualdade puramente formal. Entretanto, com a passagem para o estado social, implementaram-se os direitos fundamentais para todos os setores do ordenamento jurídico, inclusive nas relações entre particulares.

Destaca-se que, na medida em que houve a “evolução” do Estado de Direito, os direitos fundamentais foram dinamizando

que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará no sentido do respeito da promoção da pessoa humana, em todas as suas dimensões (individual, social e coletiva). Os direitos fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como um marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

seu próprio significado e maneiras de atuação, deixando de ser meros limites ao exercício do poder político, para atingir um conjunto de valores direcionados às ações positivas dos poderes públicos. E, mais recentemente, esses valores se ampliaram em direção à tutela coletiva de bens de natureza metaindividual e à concretização de sua dimensão institucional, com base na qual seu conteúdo deve dirigir-se a assegurar os fins e valores constitucionalmente proclamados.

Afirma Perez Luño (1984, p. 25 e 29):

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizar-se para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados².

[...]

Esta situación obliga a una continua tarea, siempre abierta, encaminada a profundizar y depurar el estatuto teórico de tales derechos, conjugada con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implementación³.

Os direitos fundamentais correspondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que devem informar todo o ordenamento jurídico e nortear qualquer atividade de criação, interpretação e aplicação do Direito, dependendo, para sua efetiva-

2 Tradução livre: Dentro do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo, funcionam como garantias das liberdades individuais, bem como da defesa dos direitos sociais e coletivos, enquanto que no aspecto objetivo têm assumido dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve dirigir-se a assegurar os fins e valores constitucionalmente proclamados.

3 Tradução livre: Esta situação obriga a uma contínua tarefa no sentido de aprofundar e depurar o estatuto teórico desses direitos, conjugada com o consequente esforço prático para contribuir com a sua implementação definitiva.

ção, do incessante trabalho intelectual dos estudiosos do Direito e do esforço daqueles que têm a incumbência de aplicá-los.

3 As garantias fundamentais e o reconhecimento das garantias institucionais dentro de um conceito único e conjugado

O termo *garantia*, em seu significado neutro e autônomo, se traduz numa posição que afirma a segurança e põe fim à incerteza e à fragilidade. Assim, sempre há garantia em face de um interesse que demanda proteção e de um dado perigo que se deve afastar.

No entanto, as dificuldades começam a surgir quando esse termo é levado para os campos político e jurídico, pois passa a ter uma dimensão conceitual de natureza axiológica, ligando-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção, conforme afirma Paulo Bonavides (2007, p. 525-526):

A garantia – meio de defesa – se coloca diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direito e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão frequentes entre alguns dicionaristas célebres. É o que acontece com o *Dicionário da Real Academia Espanhola* ao definir as garantias constitucionais como “os direitos que a Constituição de um Estado reconhece a todos os cidadãos”. Em idêntica falta incide também, cerca de 40 anos depois, o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o léxico de mais fama e autoridade no Brasil, que assim define a garantia constitucional: “direitos e privilégios dos cidadãos conferidos pela Constituição dum país”.

No Brasil, Ruy Barbosa⁴ demonstrava preocupação esclarecendo que “a confusão que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras”. Segundo ele, “Direito é a faculdade

4 Barbosa apud Bonavides (2007, p. 528).

reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.

As garantias constitucionais podem ser tanto garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Constituição do País, ou seja, instrumentos jurisdicionais eficazes para a tutela desses direitos (acepção estrita). São entendidas pelos publicistas latino-americanos, preferencialmente, nesta última concepção (BONAVIDES, 2007, p. 532-533):

Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

Os constitucionalistas italianos posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, ao que tudo indica, parecem haver reservado a expressão garantias constitucionais para um uso de conformidade com a primeira acepção.

Já os publicistas latino-americanos se inclinam, de preferência, ao aprofundamento do conceito da linha referente à segunda acepção, e assim o têm formulado com mais frequência em suas obras de Direito Constitucional. Mostram eles a cada passo uma viva preocupação em acompanhar de perto, com redobrado interesse, a criação pelo constituinte de novos recursos jurisdicionais, novas técnicas ou novos institutos aptos a configurarem mecanismos de garantia constitucional dos direitos fundamentais.

A garantia constitucional em sua concepção estrita, conforme defendido pelos doutrinadores latino-americanos, significa, além da garantia prática do direito subjetivo, percebida quando uma cláusula declaratória do direito corresponde à respectiva cláusula assecuratória, o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que transforma em eficácia a segurança e a proteção do direito violado.

É neste cenário que surge, como uma das maiores novidades constitucionais do século XX, o reconhecimento das garantias institucionais, tão importantes para o Estado Social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado Liberal.

Para Paulo Bonavides (2007, p. 537), a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um competente institucional que os caracteriza. E complementa:

No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova.

Em razão disso poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilatação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado Social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista.

Nesse caso *faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.*

Chegamos, portando, à seguinte conclusão: *a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.* [grifo nosso]

Diante da diferenciação entre direitos e garantias constitucionais e do reconhecimento das garantias institucionais como ampliação do conceito de garantias fundamentais, cláusula pétrea da CF/1988 (art. 60, § 4º, IV), passamos a analisar o instituto da ação civil pública e do inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público.

4 A ação civil pública e o inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público: cláusula pétrea da CF/1988

A Constituição Federal, em seu art. 127, revela a grandeza do Ministério Público ao atribuir-lhe o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, III, da Constituição inclui a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos interesses metaindividuais.

Pela simples leitura dos dispositivos, percebe-se a importância que o legislador conferiu ao inquérito civil e à ação civil pública, bem como a grandeza desses institutos como garantia dos direitos de terceira dimensão, consequência natural do estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Embora não estejam o inquérito civil e a ação civil pública dispostos ao lado das outras garantias constitucionais fundamentais, previstas no art. 5º da CF/1988, isso não lhes retira a qualidade de verdadeiros instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, como os demais. Trata-se de mera opção topográfica do legislador constituinte, que preferiu enquadrar a ação civil pública e o inquérito civil dentro do capítulo que trata do Ministério Público, o que eleva ainda mais a condição desses instrumentos.

Os direitos e as garantias fundamentais estão previstos por toda a Constituição. Embora reúna grande parte deles, o art. 5º da CF/1988 trata de um rol meramente exemplificativo. Diferente entendimento

levaria a interpretação restritiva dos direitos e das garantias fundamentais, o que é vedado pelo próprio sistema constitucional.

O art. 60, § 4º, da Constituição Federal traz o que se denomina de *cláusulas pétreas*, ou seja, o núcleo intangível do sistema constitucional. Não é permitido haver sequer proposta legislativa (proposta de emenda) que intente abolir essas cláusulas. Nesse aspecto, a doutrina é pacífica ao entender o vocábulo *abolir* na acepção ampla do termo; assim, não é possível restringir os direitos fundamentais nem por emenda à constituição nem por interpretação que diminua sua abrangência ou relevância.

A possível dúvida quanto à aceitação do inquérito civil e da ação civil pública como cláusula pétrea advém da dicção do próprio dispositivo constitucional, que abriga o *núcleo intangível* da Constituição de 1988, pois seu art. 60, § 4º, dispõe que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias *individuais*”. [grifo nosso]

Assim, como o inquérito civil e a ação civil pública consistem em instrumentos de proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, uma leitura apressada poderia levar à ideia de que os referidos institutos não estariam protegidos pelo manto das *cláusulas pétreas* da Constituição.

No entanto, segundo a doutrina, a expressão *direitos e garantias individuais* exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o pensamento da Escola Liberal e sua versão do positivismo jurídico. É preciso

outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais (BONAVIDES, 2007, p. 638).

Além disso, só é possível atingir o verdadeiro sentido da *Constituição*, por meio de uma hermenêutica constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito, tornando-se inconstitucional qualquer interpretação restritiva da expressão

direitos e garantias individuais, que não pode servir de argumento para a exclusão dos direitos sociais e dos coletivos da proteção da *cláusula pétrea*.

Pelo exposto, a elevação do inquérito civil e da ação civil pública ao plano constitucional e sua afirmação como garantia institucional do Ministério Público na proteção dos interesses metaindividuais leva à conclusão de que tais institutos consistem em verdadeira *cláusula pétrea*, embora não previstos expressamente no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

5 Retrocesso trazido pelo art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997): proibição da utilização dos procedimentos da ACP no Direito Eleitoral

A Lei n. 9.504, comumente denominada *Lei das Eleições*, foi publicada em 1º de outubro de 1997, a fim de estabelecer normas gerais para as eleições no Brasil. No ano de 2009, por meio da Lei n. 12.034/2009, ocorreu a “minirreforma eleitoral”, que alterou substancialmente a redação originária da Lei n. 9.504 e nela incluiu o art. 105-A na Lei das Eleições, *in verbis*: “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Com base em um histórico legislativo das proposições que resultaram na *minirreforma*, é possível notar que a restrição estabelecida pelo art. 105-A não constava do projeto original e foi pouco abordada e discutida pelas Casas Legislativas. A questão decorreu de uma emenda (Plenário n. 57) da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Bonifácio Andrada, no intuito de inviabilizar a utilização do inquérito civil na seara eleitoral⁵.

5 Na justificativa, o Deputado assim ponderou: “O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências (sic) ilegais e com

Contudo, a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar o inquérito civil e estabelecer os poderes inerentes a essa investigação, deu um novo valor a esse instrumento, permitindo sua utilização para o exercício de todas as atribuições constitucionais do Ministério Público. Na seara eleitoral, é evidente que há interesse difuso quanto à garantia da normalidade e legitimidade do poder de sufrágio popular, viabilizando a democracia. Há, inclusive, previsão expressa no art. 129, III, da CF/1988 no sentido de que o Ministério Público está legitimado para tanto.

Ao mesmo tempo, o inquérito civil é um instrumento de cidadania, uma vez que enseja a participação de todos no controle dos atos do Poder Público, da forma mais ampla possível, sem exigir comprovação da condição de eleitor de quem venha a noticiar determinado fato, o que o torna um importante instrumento de participação política.

A doutrina já consagrou e os tribunais superiores vêm afirmando que, diante de sua natureza inquisitiva, a mera instauração do inquérito civil não fere o direito líquido e certo nem ofende a liberdade de ir e vir, por isso não se tem admitido impetração de mandado de segurança e de *habeas corpus* em face de sua mera instauração.

No mesmo sentido, não cabe reparação por dano moral pela instauração da investigação ministerial, ainda que esta resulte em arquivamento, uma vez que se trata de regular exercício de funções institucionais. Isso não quer dizer que a instauração ministerial esteja infensa ao controle judicial, desde que ocorra a violação de algum regramento legal na condução da investigação ou haja desvio de finalidade em sua instauração (RODRIGUES, 2013, p. 245).

Ademais, a instauração do inquérito civil tem alguns importantes efeitos, pois possibilita a prática de atos administrativos exe-

graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência (sic) que atinge (sic) de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral”.

cutórios tais como notificações, requisições, condução coercitiva, atos de instrução e outros, uma vez que a atividade requisitória do Ministério Público deve sempre ocorrer dentro de um instrumento formal de investigação.

Por se tratar de um procedimento que não implica sanções ou restrição de direitos, a ele não se aplica o princípio do contraditório. E ainda assim a instrumentalização da investigação do Ministério público acaba vantajosa mesmo para quem se imputa a suposta lesão ao direito, uma vez que funciona como um filtro para evitar a propositura das ações descabidas.

A introdução do art. 105-A no ordenamento jurídico brasileiro veio de encontro ao modelo de atuação do novo Ministério Público e ao bom desempenho de sua vocação de agente de transformação social, desenhado pelo texto constitucional democrático da CF/1988. Afirmam Carlos Alberto Jatahy (2013, p. 34) referindo-se a atuação do Ministério Público:

De fato, sua atuação o vincula primordialmente a função de “órgão agente”, privilegiada pelo manejo dos poderosos instrumentos previstos na Constituição, onde se destacam o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública (art. 129, III). Este perfil está diretamente relacionado a implementação dos princípios e valores insertos no texto constitucional, sendo o Ministério Público o defensor direito dos interesses de relevância social. Incumbe-lhe, como assevera Márcia Piatigosky “ter como fonte primeira de interpretação a Constituição, afastando-se o absolutismo legal formal e defendendo a legalidade democrática, visando o bem comum. Operando o direito é possível transformar a realidade e concretizar o Estado Democrático”.

Houve mudança de paradigma com a instituição do Estado Democrático de Direito e para sua concretização é preciso sintonizar a legislação com o texto constitucional, operar sua constitucionalização, fazer vazar as consequências da filtragem constitucional, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e o futuro (CLÉVE, 2004 apud JATAHY, 2013).

A fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei n. 9.504/1997, foi proposta a ADI n. 4352, que se encontra no Supremo

Tribunal Federal aguardando julgamento. A referida ação tem como premissas a indevida restrição ao exercício de funções institucionais do Ministério Público e a violação do art. 129, III, da CF/1988, bem como dos princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico pela norma citada.

Em relação à inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei das Eleições e considerando o cenário em que se deu e a justificativa para sua criação, Peleja Jr. e Batista (2010, p. 83) observam:

Analisando a Constituição Federal, que dispôs expressamente acerca da Ação Civil pública, entendemos que a *voluntas legislatoris* não é suficiente para justificar a norma restritiva, nos moldes em que se deu. Ora, não é porque a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil são utilizados de forma abusiva, que se justifica a supressão do instituto no campo eleitoral.

Imagine-se o caso em que um candidato, valendo-se do cargo de agente público lese o patrimônio público, cuja conduta se enquadra, ao mesmo tempo, como abuso de poder político e econômico - captação ilícita de sufrágio, mediante distribuição de benefícios financiados com recurso público.

A norma infraconstitucional específica disciplinando o tema não faz qualquer restrição.

Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social, dos quais a lisura do pleito é correlato.

A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade, da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso do poder político e econômico. A redação do art. 105-A, Lei 9.504/97, vai totalmente de encontro a tais desideratos. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional.

Por fim, a inconstitucionalidade do referido dispositivo também decorre de violação ao princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/1988), que busca garantir uma resposta jurisdicional a todo aquele que sofra lesão ou ameaça de lesão

aos seus direitos. O destinatário do referido princípio é o legislador, que ficaria impedido de elaborar normas jurídicas que obstruam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

6 Conclusão

A CF/1988 valorizou o Ministério Público, seus princípios, atribuições e garantias, da mesma forma que valorizou os direitos fundamentais arrolados no seu Título II. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar unida à do art. 127 e, esta associada à do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

O inquérito civil é importante instrumento de coleta e organização de dados, de pesquisa e de formação de prova documental e testemunhal. Assim, embora tenha natureza civil, nada impede que os elementos que embasaram a propositura de uma ação civil pública, colhidos no bojo de um inquérito civil, possam ser utilizados para subsidiar a atuação do Ministério Público Eleitoral.

No mesmo sentido, o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público Eleitoral em situações específicas também se revela perfeitamente possível; por exemplo, como supedâneo da ação rescisória eleitoral, possibilitando a ampliação de seu alcance (hipóteses e competência), bem como para eventual desconstituição de coisa julgada inconstitucional pelo MP eleitoral, ante a ausência de instrumento específico para tal fim, em prol da lisura do processo democrático.

A comunidade jurídica tem-se inclinado ao entendimento da Constituição dentro do conceito de *sistema*. Trata-se do Sistema Constitucional, ou seja, admite-se que, embora a Constituição ocupe o centro desse sistema, ela não está sozinha; a Constituição está circundada por normas infraconstitucionais, princípios, interesses políticos e da sociedade, que devem ser considerados no momento de sua interpretação e aplicação.

Ademais, o acesso à Justiça é direito constitucional fundamental em nosso ordenamento jurídico, e a ação civil pública (e seus institutos), instrumento eficaz para sua garantia, que assegura, ainda, a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, atendendo aos ditames constitucionais.

Assim, como se buscou demonstrar neste estudo, o legislador ordinário, ao criar a norma do art. 105-A da Lei n. 9.504/1997, com a redação da Lei n. 12.034/2009, que proíbe a aplicação dos institutos da lei da ação civil pública ao Direito Eleitoral, desrespeitou a Constituição em vários aspectos, dos quais se destacam:

restrição das garantias institucionais do Ministério Público, previstas no art. 129, III, da CF/1988 (ação civil pública e inquérito civil), *cláusulas pétreas*, com a criação de barreira que restringe a eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral;

equivocada valoração dos interesses protegidos, uma vez que fundamenta a vedação da aplicação dos institutos da ACP em matéria eleitoral na proteção de interesses individuais de candidatos (sua imagem contra reflexos prejudiciais à campanha eleitoral e sua atuação política), em detrimento do interesse difuso quanto à legitimidade e à normalidade do processo eleitoral;

ofensa ao princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, XXXV, CF/1988), bem como aos princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico, que buscam assegurar um processo eleitoral legítimo e igualitário.

É eivada de inconstitucionalidade qualquer norma (e/ou interpretação) que, visando salvaguardar interesse de candidato, restrinja garantia institucional do Ministério Público e impeça a plena eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral.

Conclui-se, portanto, que o art. 105-A da Lei das Eleições, além de inconstitucional, representa um grande retrocesso na busca da concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais e da realização do modelo de justiça esboçado pelo Estado Democrático de Direito ao qual a “Constituição Cidadã” rende todas as suas homenagens.

Referências

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais de Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed, rev., atual. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Tratado de direito eleitoral. Tomo I*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CONEGLIAN, Olivar. *Radiografia da Lei das Eleições 2010: comentários à Lei 9.504/97, com alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034*. Curitiba: Juruá, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Bahia: Jus Podium, 2007.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos*. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREZ LUNO, Antônio. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

Os princípios constitucionais da dependência hierárquica (MF espanhol) e independência funcional (MP brasileiro): reflexões à luz da evolução do Ministério Público e do constitucionalismo contemporâneo

Dicken William Lemes Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilla (Espanha).

Resumo: O tema que motiva a realização deste artigo é a constatação de que o Ministério Fiscal espanhol e o Ministério Público brasileiro são regidos por dois princípios constitucionais antagônicos. São os princípios da dependência hierárquica para o primeiro e da independência funcional para o segundo. Na verdade, tais princípios expressam opções legítimas do legislador constituinte espanhol e do brasileiro, realizadas em um contexto favorável. Sem embargo, este estudo busca demonstrar que, apesar da diferença pontual, esse antagonismo é muito menos intenso do que pode supor uma análise apressada e superficial. Com efeito, são dois os fatores que sustentam essa afirmação: primeiro, a constatação de que o Ministério Público evoluiu para converter-se em um órgão essencial para a proteção do Estado Constitucional, consolidado hoje como Estado Social e Democrático de Direito na Espanha e no Brasil; e, segundo, o fato de que os dois princípios referidos, vistos à luz do constitucionalismo contemporâneo, têm alcance limitado quando confrontados com outros princípios constitucionais. Em outras palavras, tais princípios não podem ser interpretados sem que seja assegurado ao Ministério Público um razoável e satisfatório grau de garantias, necessárias para o exercício de suas funções com responsabilidade e livre de pressões ou instrumentos de controle não razoáveis.

Palavras-chave: Ministério Público brasileiro. Ministério Fiscal espanhol. Neoconstitucionalismo. Independência funcional. Dependência hierárquica.

Abstract: The main issue in this essay is the finding that Spanish and Brazilian prosecutors are governed by two opposed constitutional principles. These principles are the hierarchical dependence, for the first, and functional independence, for the second. In fact, both of them express legitimate options of the Spanish and Brazilian constituent legislators, held in a favorable context. Nevertheless, this paper seeks to demonstrate that, despite minor differences, this hypothetical contradiction is much less intense than might assume a hasten and superficial analysis. Indeed, there are two arguments that support this claim: first, finding that the prosecutors office has evolved to become an organ essential to protecting the Democratic Constitutionalism, consolidated today as a Democratic and Welfare State in Spain and Brazil; and second, that the two principles above, viewed in the light of the new constitutionalism, have limited reach when faced with other constitutional principles. In other words, these principles can not be interpreted without being granted a reasonable and satisfactory degree of assurance, required for the performance of the prosecutor duties, with responsibility and freedom of unreasonable or unnecessary hierarchical control structures.

Keywords: Brazilian public prosecution office. Spanish public prosecution office. Neo-constitutionalism. Functional independence rule. Hierarchical dependence rule.

Sumário: 1 Introdução. 2 Ministério Público, Estado de Direito e direitos fundamentais: elementos de origem, evolução e contexto contemporâneo. 3 Princípios constitucionais do Ministério Público e neoconstitucionalismo. 4 Autonomia e independência do Ministério Público: alguns modelos atuais e os modelos espanhol e brasileiro de Ministério Público. 4.1 Alguns modelos de Ministério Público atuais: perspectivas de autonomia e independência. 4.2 O Ministério Fiscal espanhol. 4.3 O Ministério Público brasileiro. 4.4 Reflexões sobre o antagonismo dos princípios da dependência hierárquica (Ministério Fiscal espanhol) e independência funcional (Ministério Público brasileiro). 5 Conclusões.

1 Introdução

A instituição do Ministério Público alcançou em muitos países de índole democrática, tanto na Europa quanto na América,

uma posição jurídico-política fundamental para construção (PAES, 2003), manutenção e preservação do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, fato este que se consolidou no contexto do que Peter Häberle chamou, ao analisar a atual fase de desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, de “logro cultural do Estado Constitucional”¹.

O papel do Ministério Público de hoje merece, pois, reflexões baseadas na compreensão da evolução de sua natureza, desde uma perspectiva da evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais, passando pelo constitucionalismo liberal e pelo constitucionalismo democrático, e chegando aos nossos tempos, marcados pela globalização como fenômeno radical de transformação de espaço e tempo (JÁUREGUI, 2011, p. 237-266).

Como resultado desse processo histórico, o Ministério Público foi forjado como instituição do Estado de Direito destinada e vocacionada à proteção do interesse público – inicialmente, na vertente histórica de manutenção da paz social e da legalidade e, em seguida, com a evolução para o modelo político do Estado Social e Democrático de Direito², contexto em que lhe foram confiadas novas e indispensáveis funções de transformação social, para defesa, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com base em reflexões pertinentes às suas novas funções e ao papel que vem assumindo como órgão de equilíbrio

1 Peter Häberle (2004, p. 156) utiliza essa expressão ao realizar uma análise da Jurisdição Constitucional na fase atual do desenvolvimento do Estado Constitucional, dividindo-a, historicamente, em três partes, tendo como cenário inicial a fase anterior à II Guerra Mundial, partindo do surgimento da ideia da noção de Jurisdição Constitucional autônoma (Marbury vs. Madison – Estados Unidos e Constituição de Weimar – 1919), passando pelo período do pós-Guerra (Constituições Italiana – 1947 e Alemã – 1948) e chegando ao período de expansão da Jurisdição Constitucional, posterior a 1989.

2 “Las transformaciones del moderno Estado de Derecho y muy en particular el advenimiento del Estado Social, han traído consigo un profundo replanteamiento de la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en el marco de un nuevo sistema constitucional”. (PRADA, 1999, p. 22-23).

entre os Poderes no contexto do Estado Social e Democrático de Direito, o Ministério Público reclama uma releitura de sua natureza jurídico-política, no marco do novo sistema constitucional de nossos tempos. Além disso, a instituição do Ministério Público, cujos diversos modelos vêm sendo fixados a partir de Constituições de índole democrática em muitos dos países europeus e americanos, no período que sucedeu ao término da II Guerra Mundial, inclusive Espanha e Brasil, expressa, ao menos nesses dois países, uma garantia institucional.

O presente artigo, nessa ampla moldura, propõe uma análise crítica, com a produção de algumas reflexões à luz de teorias contemporâneas do Direito Constitucional, do Ministério Fiscal espanhol e do Ministério Público brasileiro, com relação ao modelo constitucional adotado quanto ao princípio orgânico da “dependência hierárquica” na Constituição espanhola (art. 124.2³) e o princípio da “independência funcional” na Constituição brasileira (art. 127, § 1^o4).

Embora a proposta de estudo aqui apresentada contemple uma grande variedade de abordagens possíveis, em vista da amplitude que o tema sugere, o que aqui se intentará é apresentar, sob o enfoque do constitucionalismo contemporâneo, uma reflexão acerca da natureza do Ministério Público, especialmente na Espanha e no Brasil, que, apesar de contemplarem modelos semelhantes de instituição, apresentam a peculiaridade da existência de diferença pontual relativa ao tema da (in)dependência funcional, elevado à categoria de princípio constitucional.

3 “Artículo 124.2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

4 “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. § 1^o - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

2 Ministério Público, Estado de Direito e direitos fundamentais: elementos de origem, evolução e contexto contemporâneo

O modelo de Ministério Público hoje vigente na Espanha e no Brasil deriva do processo histórico de afirmação dos direitos humanos e do surgimento do Estado de Direito, marcado pela evolução do constitucionalismo liberal ao atual constitucionalismo democrático. Assim, da evolução histórica da instituição do Ministério Público, nesse contexto, resultou a fixação de importantes incumbências e funções à instituição, tendentes ao equilíbrio no esquema consolidado de tripartição de poderes e à proteção do interesse público, o que reclamou maior autonomia e independência de sua atuação com o passar do tempo⁵.

Dessa forma, na presente análise se busca valorar a evolução histórica do Ministério Público em contraste com as transformações jurídico-políticas do Estado, de molde a permitir a construção de um fio condutor lógico, capaz de ser utilizado para melhor compreensão da crise atual da instituição, diante das transformações do Estado contemporâneo. E, nessa perspectiva, constata-se a existência de uma sintonia evolutiva entre a afirmação histórica dos Direitos Humanos, a respectiva positivação como direitos fundamentais no plano constitucional e a ampliação do objeto de atuação do Ministério Público⁶.

5 “La historia del M.F. es la historia de su propia metamorfosis institucional. Ni el análisis de las viejas magistraturas que conoció el Derecho Histórico ni el examen de los órganos que los monarcas crearon para la defensa de los intereses patrimoniales de la Corona, permiten afirmar la existencia de una institución que abrigara un contenido funcional próximo al abanico competencial que, en nuestros días, se encomienda al Fiscal”. (MARCHENA GOMEZ, 1992, p. 193).

6 El Ministerio Fiscal o Ministerio Público, como generalmente suele denominársele en el Derecho comparado, no es una institución innata sino un fruto de la Historia. [...] Es así como la institución del Ministerio Fiscal va adquiriendo un carácter expansivo de sus funciones y, sin perder su originaria misión de promover el ‘ius puniendi’, ve acentuada su condición de órgano esencial para la estructura política del Estado, convirtiéndose en el custodio de la legalidad democrática y tutelador de los derechos de los ciudadanos, en una evolución aún no consumada, pero que

A análise (COMPARATO, 1999) com base na qual se pode afirmar que a evolução dos direitos humanos resulta de um processo histórico de criação e difusão de instituições jurídicas destinadas à proteção da dignidade humana constitui, atualmente, doutrina consolidada. Com fundamento em tal doutrina, e no contexto da positivação dos direitos fundamentais, pode-se considerar consensual a constatação de que a origem do modelo de Ministério Público atual remonta à França e aos modelos franceses.

Conde-Pumpido Ferreiro⁷, ao estudar as diversas concepções de Ministério Público e analisar o sistema que denomina *Continental Napoleônico* ou de *Representação do Poder Executivo*, afirma que a verdadeira instituição do Ministério Público moderno é criação do Direito Continental. Além disso, diz que foi o sistema francês o primeiro dos sistemas, tanto em origem quanto em extensão, que alcançou a configuração própria do modelo atual da instituição.

Observa-se, pois, a importância desse momento, em que começa a conformação e a conquista do Estado de Direito, na sua etapa de Estado de Direito Liberal, para análise da evolução, da conformação e das perspectivas do Ministério Público atual. A propósito, diz Eduardo García de Enterría (2001, p. 19–20) que a Revolução Francesa expressou um fato totalmente distinto de outros tantos que até então tinham resultado em mudanças políticas. São criados fundamentos inteiramente novos, inaugurando-se um período histórico que ainda hoje se encontra em fase expansiva e de aprofundamento dos seus postulados básicos: liberdade e igualdade. Ressalta esse autor

se hace patente con fuerza creciente en las más modernas Constituciones y en las más recientes reestructuraciones del Ministerio Público de los países de nuestra área cultural”. (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999, p. 15–17).

- 7 La legislación napoleónica concibe al Ministerio Público fuertemente jerarquizado, como organización monocrática – a semejanza de la del Estado Imperial – y sometido al principio de unidad formal e indivisibilidad, que hace que todos sus componentes actúen en nombre de la Institución y puedan ser sustituidos unos por otros, sin que la función se vea interrumpida o afectada. [...] Pero la principal característica de este sistema es la incardinación del Ministerio Fiscal en el Ejecutivo, poder predominante que, en su tendencia expansiva, se apodera de la institución para completar el dominio sobre el Poder Judicial [...]”. (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, op. cit., p. 21–22).

(ibidem, p. 57), além disso, a grande influência do “iusnaturalismo racionalista”, cuja linguagem serviu de parâmetro para a redação das declarações de direitos do homem na América e na França.

A noção de Estado Liberal de Direito vincula-se, então, ao contexto da superação do Estado Absolutista, com o surgimento do movimento do constitucionalismo, mediante o qual se “pretendia a jurisdicização do *liberalismo*, no seu sentido tanto político (ligado à garantia do cidadão perante o Estado) quanto econômico (vinculado aos postulados de uma economia de livre mercado)” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 108).

Nesse contexto, e com base na premissa de que a estrutura do modelo jurídico-político do Estado de Direito descansa no dogma do império da lei como expressão da soberania popular, a doutrina espanhola (PRADA, op. cit., p. 104-109) destaca que a configuração jurídico-política do Ministério Público nesse modelo foi influenciada, principalmente, por dois fatores: a primazia da lei e a construção política da separação de poderes. Entretanto, é certo que esta segunda característica experimentou um desequilíbrio significativo, com o fortalecimento do Executivo após as guerras napoleônicas. Tal fato, então, repercutiu na configuração da natureza jurídico-política do Ministério Público nessa época, o qual, ao invés de se converter já em órgão de garantia do Estado de Direito, viu aprofundada sua dependência do Executivo.

Observa-se, então, como decorrência de fatores econômicos, a eclosão da crise do Estado Liberal de Direito. E o que se verificou, nesse momento, é que os fatos posteriores à Revolução Francesa desembocaram na crise do Estado Liberal, cujas bases ideológicas, individualismo e abstencionismo, com a doutrina do livre mercado, não produziram o equilíbrio social preconizado.

Na segunda metade do século XIX, inicia-se um novo contexto jurídico-político que dará lugar, após múltiplos eventos históricos e políticos e já a partir da segunda metade do século XX, à progressiva consolidação e extensão da noção de Estado Social e Democrático de Direito. Esses fatos tiveram importantes repercussões na institui-

ção do Ministério Público, uma vez que desembocaram em questionamentos do modelo bonapartista, que concebia a instituição como instrumento do Executivo para controlar o Poder Judiciário.

A evolução e crise do Estado Social e Democrático de Direito, que se experimentou em seguida, constituiu, então, o cenário da conformação e consolidação dos modelos atuais de Ministério Público na Espanha e no Brasil.

De acordo com análise de doutrina espanhola (PORRAS NADALES, 2011, p. 561-583), bastante esclarecedora para a finalidade de melhor visualização da posição contemporânea do Ministério Público, observa-se que o Estado Social, cujo efetivo nascimento encontra-se no período que sucedeu ao término da II Guerra Mundial, converteu-se no modelo de Estado do século XX, com a substituição do abstencionismo pelo intervencionismo estatal.

Tal fato, que se verificou em decorrência da existência de um período⁸ economicamente expansivo, com um entorno histórico favorável, resultou no estabelecimento de um novo marco geral, que tem a configuração do Estado como o elemento impulsor da racionalidade e da justiça do sistema, observando-se uma tendência centralista e de estatização.

As pioneiras e mais conhecidas constituições, da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn – 1949) e da Itália (1947), contam com os antecedentes de constituições como a dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917, a de Weimar, de 1919, e a própria Constituição da II República espanhola, de 1931, ou a Constituição brasileira de 1934, entre outras, no que concerne ao enfoque de política social, como as primeiras que contribuíram de forma decisiva para consolidar, na prática, um modelo de Estado Social.

8 Em tal período observa-se a existência de um ambiente favorável à intervenção do Estado para reconstrução dos países afetados pelo flagelo bélico, sob influência de novos ideais então em voga (ideias econômicas de maior participação do Estado na gestão das crises econômicas, de John Maynard Keynes, e propostas reformistas do socialismo “fabiano” consolidadas no Informe Beveridge – 1942). Além disso, destaca-se a existência, no período, de condições sociais (tendência favorável à formulação de pactos sociais entre trabalhadores e empresários) e econômicas (Plan Marshall) adequadas.

E, a partir de então, opera-se uma mudança no modelo de Constituição do Estado Liberal, expandindo-se, nas novas cartas fundamentais, os direitos e as garantias dos cidadãos, com a presença de normas programáticas e de reforço burocrático destinado à concretização do Estado do Bem-Estar Social. Assim, além do movimento expansivo dos direitos fundamentais, observa-se também a formulação e a adoção de orientação geral do ordenamento jurídico a fim de tornar efetivos os valores constitucionalizados, finalidade esta para a qual o Ministério Público assume importância capital.

No contexto desta nova realidade, marcada pela complexidade do Estado e pela superação do esquema clássico de tripartição de poderes⁹, o Ministério Público passou não somente a expressar um importante mecanismo para controle do exercício do poder e para encaminhá-lo à consecução dos valores superiores do ordenamento (BOUSAULT, 1993, p. 20-21), mas também a integrar-se a um conjunto institucional articulado em torno do Estado Assistencial. Vale ressaltar que a missão desse conjunto institucional consiste em tornar efetivos os princípios e direitos fundamentais, em direção aos quais devem se orientar tanto a produção quanto a aplicação do ordenamento jurídico (PRADA, 1999, p. 164-165).

Com o passar do tempo, entretanto, verifica-se, em um setor da doutrina econômica e política, um questionamento dos princípios básicos do Estado Social, devido, por uma parte, ao incremento dos gastos sociais e dos recursos fiscais exigidos para suportá-los e, por outra, à limitação dos recursos de que dispõe o Estado. No campo político-ideológico sobrevém o chamado “neoliberalismo”, embasado em uma política de diminuição do Estado, por meio da prática da desregulamentação e da privatização, movimento este que não alcançou os resultados pretendidos.

9 “desde hace tiempo, tanto la reducción del poder del Estado a tres potestades, como las realidades sociales sobre las que se sustentaban, ha dejado de tener vigencia [...]. En resumen, la trinidad de poderes se ha hecho demasiado simple para explicar la división del poder en un Estado y en una sociedad actualmente complejos” (GARCÍA PELAYO, 1995, p. 57-60).

No ponto, é relevante observar que a regulação em nível constitucional do Estado Social, não somente na Europa mas também em outros locais, como no Brasil, além das respectivas doutrinas e jurisprudências constitucionais pertinentes a tais conteúdos, impediram a extinção dos valores e princípios básicos do modelo do Estado Social.

Em outra linha de análise, interessante mencionar o trabalho de Bruno Amaral Machado (2007b, p. 53-116), que, priorizando o contexto sociopolítico, investiga e sintetiza “o contexto em que é elaborado o discurso sobre o modelo de acusação penal na atualidade”, com o objetivo de explicar o crescente protagonismo dos atores do sistema de justiça de nossos dias. Conclui-se, no trabalho aqui referido, que tal fenômeno se verifica em face da atual expansão do Direito Penal, derivada de pressões associadas à globalização econômica, no combate à corrupção política e à delinquência econômica. Tal fenômeno, segundo afirma Machado (2007b, p. 63), “explicaria o protagonismo de juízes e promotores de justiça nas investigações sobre corrupção política” e o elevado destaque e importância da instituição do Ministério Público nas sociedades contemporâneas.

No contexto das ideias desse autor, é importante sua referência às demandas contemporâneas de independência e autonomia do Ministério Público, com a otimização e preservação de valores, como a maior garantia de defesa e a maior eficiência na persecução criminal, concretizados na assunção, por parte da instituição, da função de dirigir as investigações de delitos, coordenando e orientando uma Polícia Judiciária a ela subordinada. Assim, nada obstante ressalte as alterações das normas processuais penais após a vigência, na Espanha, da Constituição de 1978 (CE/1978), em vista de atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH¹⁰, Machado observa que parte da doutrina indica justamente a falta

10 “Sainz Ruiz (2000) comenta que, desde a Constituição de 1978, as normas processuais penais espanholas vêm sofrendo alterações em razão da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sedimentando-se o entendimento de que o princípio acusatório puro é mais progressista e corresponde ao perfeito Estado de Direito. Além disso, seria imprescindível conferir verdadeira independência ao MP espanhol”. (MACHADO, 2007b, p. 73).

de independência do Ministério Público como o principal obstáculo à adoção do modelo de direção da instrução criminal pelo Ministério Público.

É necessária, ademais, uma referência ao tema da globalização, que se apresenta como o fenômeno que maior impacto tem produzido em todos os campos de convivência humana: político, econômico, cultural, jurídico etc. Nesse contexto, a própria conformação e as perspectivas do Estado Social de Direito e do modelo de Ministério Público também devem sofrer fortes impactos.

Entre as várias leituras possíveis do fenômeno da globalização, tem-se, por exemplo, a avaliação ofertada por Zygmunt Bauman (1999, p. 63-84), que apresenta uma série de observações sobre as consequências humanas da globalização. Esse autor chega à conclusão de que, em sua dimensão negativa, que se afasta da ideia de universalização, a globalização traz como consequência uma patente desigualdade social, econômica e jurídica, o que expressa um retrocesso no reconhecimento e na efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Outra leitura possível é aquela oferecida por Gurutz Jáuregui (2011, p. 237-226), que, ao propugnar por um novo contrato social, defende a adaptação dos Estados à nova situação com a diversificação do poder em várias soberanias compartilhadas, flexíveis e caracterizadas pela interconexão, no contexto da nova ordem mundial direcionada ao surgimento de um modelo híbrido. Esse modelo é capaz de unir elementos positivos dos modelos confederado e federal, com a possibilidade de limitação do monopólio dos diferentes Estados, tanto em nível interno como internacional, como sujeitos de direito internacional, sem que isso signifique necessariamente acabar com o Estado.

Essas ideias poderiam, inclusive, conduzir a um novo constitucionalismo mundial, regulador de um ordenamento jurídico complexo em que seria possível a convivência de ordens jurídicas diversas, que não fossem necessariamente sustentadas em relações

hierárquicas de supremacia ou subordinação, mas em critérios de coparticipação, cooperação e subsidiariedade (FERRAJOLI, 1996). Além disso, nessa linha que privilegia a visão da globalização mais aproximada da ideia de universalização, com o surgimento de um modelo jurídico “cosmopolita”¹¹ e de um “constitucionalismo global”¹², não se poderá prescindir de instituições do Estado voltadas à concretização dos valores do Estado Social e Democrático de Direito, como é o caso do Ministério Público.

3 Princípios constitucionais do Ministério Público e neoconstitucionalismo

Este tópico do estudo apresenta algumas noções de conceitos, instituições e ideias forjados no âmbito da Jurisdição Constitucional e respectiva doutrina (princípios constitucionais, hermenêutica constitucional, garantia institucional etc.), encampadas no ainda ambíguo¹³ contexto do chamado neoconstitucionalismo, e tem por finalidade a busca de uma melhor compreensão sobre a natureza, o alcance e a eficácia dos princípios constitucio-

11 “Kant, Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Intent [...] 1983:29. Kant postula que a sociedade avança para a constituição de uma comunidade ética mundial em que o processo de criação de uma comunidade política constitui o primeiro passo. Há duas áreas nas quais o progresso deve ocorrer: (i) o progresso na política e no desenvolvimento de um sistema jurídico mundial; (ii) o progresso na ética e na correspondência entre a criação interna (ética) de leis e a criação externa”. (MORRISON, 2006, p. 179-180).

12 “o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o jus cogens – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o jus cogens e os direitos humanos –, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global”. (CANOTILHO, 1999, p. 1276).

13 “El término ‘neoconstitucionalismo’, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiipositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos”. (POZZOLO, 2010, p. 165).

nais relativos à (in)dependência funcional do Ministério Público na Espanha e no Brasil.

Com efeito, considerando-se o fato de que o tema da independência/hierarquia ou autonomia do Ministério Público encontra-se positivado, tanto na Espanha quanto no Brasil, sob a forma de princípios constitucionais, faz-se necessário realçar a natureza instrumental de tais princípios. Vale dizer, tais princípios existem somente para que a instituição do Ministério Público consiga, com a indispensável autonomia e isenção, desincumbir-se de sua principal missão, consolidada no contexto das transformações do Estado contemporâneo, como órgão que encarna o exercício de um conjunto de funções essenciais para a manutenção e garantia do Estado de Direito (PRADA, 1999, p. 339).

Pois bem, essa compreensão, relativa a tais princípios constitucionais, não prescinde da análise de alguns instrumentos forjados no contexto da jurisdição constitucional contemporânea, identificada por vários estudiosos como *neoconstitucionalismo*, conforme salienta Miguel Carbonell. Este autor destaca que a novidade que marca e caracteriza esse fenômeno é o fato de que, neste início do século XXI, opera-se a sua efetiva concretização no Estado Constitucional, valorizando-se a combinação de três elementos pré-existentes: *textos constitucionales*, *prácticas jurisprudenciales* y *desarrollos teóricos*, cuja dinâmica teórica e prática explica o conteúdo e o significado do termo (2010, p. 153-158).

Além disso, a ideia do *neoconstitucionalismo*, como contemplada no cenário dos debates e estudos atuais, liga-se a outras duas: de *pós-positivismo* e de *hermenêutica constitucional*.

Assim, pós-positivismo é designação dada às novas tendências críticas ao positivismo jurídico formalista. Conforme destaca Pérez Luño¹⁴, o pós-positivismo já encontra significativos representantes na

14 “Uno de los signos característicos de la filosofía y la teoría del derecho de la hora presente consiste en la aparición de una serie de doctrinas que poseen en común el propósito de enmendar las principales críticas avanzadas frente al positivismo

cultura jurídica espanhola. Susanna Pozzolo (2010, p. 167) observa que a característica fundamental em que coincidem todos os estudiosos neoconstitucionalistas é seguramente a crítica ao positivismo jurídico.

Pois bem, a irrupção do chamado pós-positivismo, concomitante com o surgimento do Estado Democrático de Direito, resultou de dois fatores: a superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo. Tais fatos abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Em tal ambiente, então, promoveu-se a reaproximação entre Direito e Ética, com a valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica¹⁵.

É nesse contexto, também, que hoje se afirma a existência, ligada à noção de princípios constitucionais, da chamada *nova hermenêutica constitucional* e suas relações com a teoria dos direitos fundamentais, cuja edificação estaria embasada no princípio da dignidade humana.

Observa-se, no ponto, a pertinência dos temas do *neoconstitucionalismo*, *pós-positivismo* e *nova hermenêutica constitucional*, para melhor compreensão dos princípios relativos ao tema da hierarquia/independência do Ministério Público, incorporados na CE/1978 (Espanha) e CF/1988 (Brasil). Para tal finalidade, devem ser realça-

jurídico formalista. Estas tendencias que, convencionalmente, se suelen designar como postpositivistas, han contado también con significativos representantes en la cultura jurídica española actual. Uno de los focos de recepción e irradiación de las actuales tendencias del postpositivismo jurídico es, sin resquicio a duda, el núcleo de iusfilósofos formados en torno al magisterio de Gregorio Peces-Barba en la Universidad Carlos III de Madrid. [...], Peces-Barba ha considerado necesario superar el formalismo kelseniano mediante los estímulos intelectuales de Bobbio, Hart y Ross. Esa directriz científica se ha prolongado en sus más allegados discípulos en los que la apertura y, en cierto modo, la corrección del iuspositivismo formalista, se ha operado a partir del reconocimiento de la dimensión de ‘facticidad’ del derecho, encarnada en la función del poder político en las sociedades democráticas. Al propio tiempo, la necesidad de fundar el sistema jurídico en valores y, en particular, en los derechos fundamentales [...]”. (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 197).

15 Cf. BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 107.

dos três aspectos relacionados ao tema: *a normatividade dos princípios, a interpretação concretizadora e a técnica da ponderação*.

A *normatividade dos princípios* é realçada na dogmática constitucional moderna¹⁶, que identifica os princípios e as regras como as duas grandes categorias nas quais se enquadram as normas em geral e as normas constitucionais em particular. Assim, enquanto as *regras* contemplam relatos mais objetivos e descritivos de certas condutas, com a incidência da subsunção¹⁷, os *princípios*, cujos relatos comportam um grau de abstração maior, além de se aplicarem a um conjunto amplo e indeterminado de situações, reclamam a utilização da *ponderação*¹⁸, na hipótese de tensão dialética de princípios que apontem em direções opostas. Tal processo intelectual opera-se com a utilização, como fio condutor, do princípio instrumental da *proporcionalidade*.

Robert Alexy (2010, p. 111) explica a estrutura da ponderação da seguinte forma:

en el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquél, que postula un principio general. Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprinci-

16 “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna Dogmática Constitucional, indispensável para a superação do Positivismo legalista, onde as normas se cingiam as regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 108-109).

17 “Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do Juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto”. Ibidem, p. 101.

18 “[...] ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível!”. Ibidem, p. 110.

pios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas.

Uma observação, entretanto, é necessária quanto à ponderação, pois a utilização de tal técnica não prescinde da necessidade de controle de legitimidade de decisões (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 126), conforme também adverte Inocêncio Coelho (2003, p. 57), ao salientar que, em termos de racionalidade hermenêutica, em alguma medida, tudo o que implica valoração é congenitamente irracional e infenso a critérios de verdade ou testes de validação e ao concluir que *racional* será aquela atividade hermenêutica que, observados métodos, critérios e padrões socialmente compartilhados, mostrar-se apta à realização de fins reputados valiosos por determinada comunidade, em certo momento histórico.

Vale ressaltar, entretanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se “como *valor-fonte* de todos os valores, *valor fundante* da experiência ética, ou se preferirmos, como *princípio e fim* de toda ordem jurídica” (COELHO, 2003, p. 49).

Além disso, deve-se realçar, quanto à ponderação, a respectiva natureza de *interpretação concretizadora*, que não identifica necessariamente texto (dispositivo) e norma. Com efeito, a identificação do *núcleo essencial* de princípios que eventualmente se apresentem em conflito deve envolver a precisa interação “entre o ‘programa normativo’(correspondente ao comando normativo) e o ‘domínio normativo’(a realidade social)” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 103), entendida a não identificação entre norma e texto-normativo como “postulado básico da denominada metódica

‘normativo-estruturante’ de Friedfrich Müller”, segundo esclarece o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho¹⁹.

Por fim, resta mencionar a condição do Ministério Público, tanto na Espanha²⁰ quanto no Brasil²¹, como uma *garantia institucional*, cuja noção, que se vislumbra em apartado dos direitos fundamentais e se destina a resguardar os traços essenciais de certas instituições, expressa a proteção constitucional de determinadas instituições sociais, típicas e necessárias, da organização política (Barrero Ortega, 2008, p. 1046).

Finalizando este tópico, pode-se concluir que a utilização de instrumentos típicos do *neoconstitucionalismo*, entre os quais se encontram o manejo do jogo consertado do conjunto de princípios constitucionais e a garantia institucional, tem importância determinante para a compreensão dos princípios da *independência funcional* e da *dependência hierárquica*, aos quais devem sujeitar-se, respectivamente, o Ministério Público brasileiro e o Ministério Fiscal espanhol.

19 “O facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (= processo metódico) não significa que o texto ou a letra da lei constitucional contenha já a decisão do problema a resolver mediante aplicação das normas constitucionais. Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, deve considerar-se que: (1) a letra da lei não dispensa a averiguação de seu conteúdo semântico; (2) a norma constitucional não se identifica com o texto; (3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema carecido de decisão”. (CANOTILHO, 1999, p. 1.141).

20 “IV.- [...] Ministerio Fiscal en la Constitución española de 1978 [...] el artículo 124 le otorga el carácter de garantía institucional, pues sus características básicas vienen impuestos por el Texto constitucional. Por tanto, el legislador no puede ni suprimir la institución ni privarla de sus rasgos más esenciales. [...]” Sinopsis del art. 124 de la Constitución Española de 1978 realizada por: Enrique Arnaldo Alcubilla. Letrado de las Cortes Generales Esther González Hernández. Profesora Asociada. Universidad Rey Juan Carlos. Diciembre 2003. Actualizada por Sara Sieira. Letrada de las Cortes Generales. 2011 - Congreso de los Diputados - España. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=124&tipo=2>.

21 A imposição do caráter de instituição permanente ao Ministério Público pelo art. 127, caput, da Constituição Brasileira de 1988, resultou em “impedir a supressão da instituição pelo poder constituinte derivado e pelo legislador”. (SANTOS; MAURICI RJ, 2012, p. 717).

4 Autonomia e independência do Ministério Público: alguns modelos atuais e os modelos espanhol e brasileiro de Ministério Público

4.1 Alguns modelos de Ministério Público atuais: perspectivas de autonomia e independência

Grande parte dos estudiosos²² que investigam o tema do Ministério Público no Direito comparado costuma dividir as respectivas análises, basicamente, em dois modelos de Ministério Público: (1) aproximados, dependentes ou submetidos a controle de um dos três clássicos poderes do Estado, em regra o Executivo; e (2) tendentes à independência, ou não submetidos a um controle estrito de um dos três poderes do Estado.

Nessa perspectiva de análise, observa-se que os modelos de Ministério Público atuais da França e da Alemanha encontram-se mais submetidos a uma relação de dependência com o Poder Executivo; enquanto os modelos da Itália e de Portugal apresentam-se em uma configuração tendente a uma garantia de atuação mais independente.

A *França*, que como visto serviu de parâmetro para a configuração do modelo atual típico de Ministério Público, contempla atualmente um modelo de instituição cuja principal característica é exatamente a dependência hierárquica, pois os integrantes da instituição estão diretamente submetidos à autoridade do ministro da Justiça. Sem embargo, o Ministério Público francês apresenta algumas características que realçam a importância da instituição, pois os respectivos membros são integrantes de uma magistratura especial (CAPPELLETTI; JOLOWICZ apud GARCIA, 2008, p. 12) – *magistrature du Parquet*; exercem funções de defesa do interesse público²³, não incluída a defesa de

22 PAES, 2003, p. 57-219; PRADA, 1999, p. 168-184; MACHADO, 2007b, p. 81-94; MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 51-100.

23 “Dos son las características principales del Ministerio Público francés, que nos servirán para señalar la distancia con los jueces du siège: la dependencia jerárquica y la unidad (hiérarchie, indivisibilité). Se ha hablado del principio de independencia del Fiscal, que se manifestaría tanto ante los tribunales como ante las partes intervinientes en el proceso. Para la defensa de esa posición, la independencia ante los tribunales incluiría

interesses do Estado; detêm garantia relativa de inamovibilidade²⁴; e possuem um poder de resistência às diretrizes de atuação²⁵.

Na *Alemanha*, o modelo de Ministério Público também tem suas origens no modelo francês. Entretanto, a instituição configura-se como órgão autônomo em relação aos tribunais, ou Poder Judicial, seus membros têm tratamento semelhante aos demais servidores, e os respectivos chefes ostentam a condição de funcionários políticos (podendo ser substituídos livremente). Verifica-se, ademais, a vinculação institucional aos princípios da unidade e dependência hierárquica, tendo como condição a respectiva subordinação final ao ministro da Justiça²⁶, portanto ao Executivo.

Em *Portugal*, a partir da Constituição de 1976, com a instauração de um Estado Democrático de Direito, inicia-se um processo de afastamento do modelo napoleônico de Ministério Público. Tal processo se complementa (1) com a Lei Orgânica de 1978 que criou o Conselho Superior do Ministério Público (órgão de gestão e disciplina), concretizando a autonomia da instituição diante do Executivo; *instituiu* a autonomia orgânica em relação à magistratura judicial e o princípio do paralelismo entre as carreiras; *adotou* a regra da inamovibilidade e *atenuou* o princípio da hierarquia²⁷; e

la posibilidad con que cuenta el Fiscal francés de obrar libremente en el ejercicio de la acción pública, así como el hecho de que nadie puede censurarles en el ejercicio de su actividad. Desde el otro lado, las demás partes no pueden obligar al Fiscal a mantener la acusación al tiempo que, por la condición del Ministerio Público como parte en el proceso, no puede ser recusado, situación que sí es posible darse respecto al juez de siège, el órgano encargado de enjuiciar.” (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 57-58).

24 Apesar de poderem ser removidos ou mesmo separados do serviço por falta grave (art. 60 da lei de 20.4.1810 – publicada no Bulletin des lois IV B 282 n. 5351- Pas. B.1. 1810, 66).

25 “No que concerne às diretrizes, deve-se observar que os magistrados do Ministério Público dispõem do poder de resistência, podendo descumprir as orientações que afrontem a lei ou a sua consciência, o que também não autoriza a avocação de suas atribuições”. (GARCIA, 2008, p. 14).

26 Lei Orgânica dos Tribunais, de 9.5.1975, modificada pela Lei de 20.12.1984.

27 “prevendo o dever de escusar o cumprimento de ordens ilegais e o direito à objeção de consciência, consistente na faculdade de recusar ordens superiores sob o funda-

(2) com a revisão constitucional de 1992, por meio da qual foi abolida a possibilidade de o ministro da Justiça estabelecer diretrizes ao Ministério Público, ressalvadas as hipóteses de ações cíveis nas quais haja interesse patrimonial do Estado. Além disso, foi mantida a autonomia da instituição com a reforma constitucional de 1997²⁸.

Sem embargo, o modelo de Ministério Público adotado em Portugal é portador de uma ambiguidade que consiste em acumular atribuições nem sempre compatíveis, mas que foram fixadas constitucionalmente. Uma, de exercer a ação penal pública, defender a legalidade democrática e os interesses determinados por lei. E outra, de representar o Estado, com a atribuição de realizar a defesa judicial dos interesses privados do Estado (advocacia do Estado). Desta última atividade, resulta a relativização do conceito de autonomia do Ministério Público.

O *Ministerio Público italiano* apresenta-se com uma das configurações mais originais dentro do contexto europeu, pois de sua inicial característica, associada ao modelo napoleônico de Ministério Público (1865)²⁹, subordinado ao Ministro da Justiça e como órgão de representação do Executivo diante da autoridade judicial, evoluiu para conformar-se, desde a Constituição de 1947, como instituição inserida no âmbito do Poder Judiciário, com a qualificação de magistrados para os respectivos membros, dotados da mesma garantia de independência conferida aos juízes.

Entretanto, esse modelo de Ministério Público se vê envolvido em debates importantes relativos aos contornos do modelo adotado

mento de grave violação à consciência jurídica do magistrado subordinado.” (PAES, 2003, p. 146).

28 Cf. MACHADO, 2007b, p. 85.

29 “Italia ofrece un magnífico ejemplo de la expansión del modelo napoleónico de Ministerio Público. En el momento de alcanzar la unidad, el nuevo Reino de Italia se dotó de instituciones político-administrativas de inequívoca inspiración francesa. El Ministerio Público no constituyó excepción. [...] La opción fundamental fue, así, adoptada por el Real Decreto de 6 de diciembre de 1865, sobre la organización judicial. Su art. 129 disponía: El Ministerio Fiscal es el representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial y está colocado bajo la dirección del Ministro de Justicia”. (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 123).

desde a Constituição de 1947 e da reforma processual penal de 1988, nos pontos pertinentes à sua definição como magistratura e respectivo alcance, ao déficit na unidade de atuação em vista da inexistência de hierarquia, e aos problemas de legitimidade democrática e responsabilidade política da instituição, a fronteira entre direito e política no exercício da ação penal³⁰. De tais debates, é certo que deverão resultar conclusões de interesse em âmbito global.

Para finalizar este tópico, cabe uma referência, no âmbito da União Europeia, à *Recomendação n. 2000/19*, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 6.10.2000, para que os governos dos estados membros fundamentem sua legislação e seus procedimentos em relação ao papel do Ministério Público no sistema de justiça penal. Em tal instrumento, são estabelecidas *pautas mínimas de convergência para o Ministério Público europeu*, buscando a garantia de uma atuação responsável e livre de pressões ou instrumentos de controle não razoáveis para os membros da instituição.

É relevante considerar que, apesar de se dirigir à harmonização da atuação na área processual penal, que expressa o elemento comum à maioria das instituições de Ministério Público existentes³¹, a referida Recomendação, implicitamente, assegura outras atribuições à instituição, como ocorre na Espanha, pertinentes à proteção do Estado Social e Democrático de Direito.

4.2 O Ministério Fiscal espanhol

Os antecedentes históricos da atual configuração do Ministério Fiscal espanhol³² encontram uma breve e precisa síntese nas palavras de Amaral Machado (2007a, p. 199–201), ao salientar que

30 Cf. PRADA, 1999, p. 189–190.

31 Cf. Díez-PICAZO, 2000, p. 12–13.

32 Nomenclatura utilizada mais largamente para identificar o Ministério Público espanhol (Constituição Espanhola de 1978 – art. 124.1 El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés

el MF se constituía en un cuerpo regido por el principio de la unidad, jerárquicamente ordenado y dependiente del ministro de Justicia. [...] Posterior alteración del MF sucedió solamente con la aprobación de la Ley Orgánica Del Estado, de 1 de enero de 1967 [...]. El punto fundamental del nuevo texto, en lo que concierne al MF, es exactamente el continuismo en la forma de tratamiento históricamente reservado al MF. A excepción del corto período de la Constitución de 1931, la Ley Orgánica de 1967 reafirmó la subordinación y dependencia jerárquica con relación al Ejecutivo [...].

Com o advento da vigente Constituição espanhola (CE/1978), inovações relevantes se operam para o Ministério Fiscal espanhol, com a incorporação de aspectos de grande importância para compreensão da natureza jurídica da instituição, que podem ser sintetizados em seis pontos: (1) a inclusão da instituição no título referente ao Poder Judiciário; (2) a exclusão de previsão, contemplada nos projetos iniciais, da instituição como órgão de comunicação ou representação do Governo; (3) a fixação do dever de defender os direitos dos cidadãos e de velar pela independência dos tribunais como missão institucional; (4) a proclamação de submissão em todo caso aos princípios da legalidade e da imparcialidade; (5) o estabelecimento de parâmetros de modo de atuar (de ofício ou a petição de interessados) divorciados de submissão ou ordem do Governo; e (6) a elevação do nível de importância da chefia da instituição, com a sistemática estabelecida no art. 124.4 da CE/1978, do que resultaria ao *Fiscal General del Estado* a condição de órgão estatal e não parcial de um dos poderes deste mesmo Estado³³.

Quanto à *natureza jurídica* do Ministério Fiscal espanhol, superadas as ideias tendentes a enquadrá-lo como um quarto poder, representante do governo, integrante do legislativo ou do judiciário, a

social. 124.2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 124.3 La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 124.4 El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial).

33 Cf. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999, p. 37-38.

concepção da instituição como órgão do Estado com autonomia funcional é a que encontra maior respaldo na doutrina espanhola.

A propósito, com fundamento na premissa de que o Ministério Público é um órgão de justiça em sentido objetivo, pode-se afirmar que essa ideia do Ministério Público espanhol como órgão de Estado com autonomia funcional tem por base o fato de que não se encontra incorporado a nenhum dos três poderes clássicos e se configura como uma instituição constitucional coadjuvante do funcionamento de cada um deles. Entretanto, sustenta a doutrina espanhola que a concepção do Ministério Público como um órgão entre os poderes, que teve grande êxito na doutrina italiana³⁴, não está isenta de críticas e deve ser complementada com a ideia de autonomia funcional³⁵ e não de independência³⁶.

O regramento positivado na Espanha relativamente ao *Ministerio Fiscal* contempla, em primeiro lugar, a *missão*, as *funções* e as *finalidades da instituição*. Assim, o art. 124 da CE/1978, em seu apartado 1, estabelece, sem prejuízo da competência de outros órgãos, as funções e/ou missões do Ministério Público espanhol: promover a ação da Justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado por lei e velar pela independência dos tribunais, diante dos quais deve buscar a satisfação do interesse social. Para o exercício de tais funções, o Ministério Fiscal poderá agir de ofício ou em decorrência de petição dos interessados. Observe-se que o art. 1º do Estatuto Orgânico do Ministério Fiscal – EOMF³⁷ também tratou da missão do Ministério Fiscal.

34 Cf. FERNANDES SEGADO, 1992, p. 808.

35 A doutrina de López Aguilar define a autonomia funcional como “la categorización de ese haz de facultades y de potestades típicas de todo órgano estatal del que sus titulares disponen para el acometimiento de funciones que el ordenamiento público les atribuye de forma distintiva y específica, y para cuyo ejercicio no necesitan, por tanto, de un mandato singular, determinado y concreto, respecto a cada ocasión en que les compete actuar”. (LÓPEZ AGUILAR, 1996, p. 181).

36 Cf. MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 162-165.

37 Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

Dessa forma, a atuação do Ministério Fiscal efetiva-se com a busca, no campo processual – ao contrário do *Defensor del Pueblo* que atua no âmbito externo a esse campo –, do restabelecimento da legalidade em concreto, e não de maneira abstrata ou difusa, sujeitando-se às *finalidades de defesa do interesse público e promoção do interesse social*. Nesse contexto, vale mencionar, também, as *duas outras funções genéricas* do Ministério Fiscal: a *defesa dos direitos dos cidadãos* e a *salvaguarda da independência dos tribunais*.

Importante destacar que é sob o enfoque geral da *missão* do Ministério Fiscal, de *promoção da justiça em defesa da legalidade*, que podem ser compreendidas as funções genéricas e as finalidades acima referidas. Além disso, essas *finalidades de defesa do interesse público e promoção do interesse social diante dos tribunais*, além de delimitarem a *missão de promoção da justiça em defesa da legalidade*, fixam o âmbito de legitimação do Ministério Fiscal, no contexto da função de manutenção e defesa da ordem jurídica.

Apesar da complexidade dos debates que envolvem a análise do significado dos termos empregados na CE/1978 quanto à *missão*, às *funções* e às *finalidades* do Ministério Fiscal, inclusive quanto à omissão em deferir à instituição a legitimação para interposição de recurso de inconstitucionalidade, para as finalidades deste estudo basta considerar que as novidades operadas expressaram uma acentuação do papel da instituição do Ministério Público espanhol na Defesa do Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, ao Ministério Fiscal incumbe, além da proteção dos direitos fundamentais e liberdades públicas (artigos 3.3 e 3.12 do EOMF c/c artigos 53.2, 124.1 e 162.1.b da CE/1978), o dever de buscar a satisfação do interesse social. Essa menção ao interesse social é contemplada como mandamento de defesa dos princípios que regem a política social e econômica do Estado espanhol, constantes do Capítulo III do Título I da CE/1978, conforme reconhece a doutrina³⁸.

38 “[...]. La doctrina en general, ha visto en la mención al interés social un mandato de defensa de ‘los principios rectores de la política social y económica’ que componen el Capítulo III del Título I de la Constitución, como preceptos destinados a reme-

Ressalte-se que tais princípios reitores, constantes da CE/1978, apesar de contemplarem valores consagrados internacionalmente como direitos humanos (por exemplo: direito à proteção da família, ao pleno emprego, à seguridade social, direitos econômicos e sociais, de proteção à saúde, direito à cultura, ao meio ambiente adequado, entre vários outros), não detêm a condição, na Espanha, de direitos fundamentais e não gozam, portanto, de um âmbito de proteção mais amplo. Sem embargo, incumbe ao Ministério Público espanhol a defesa de tais importantes direitos humanos.

São quatro os *princípios constitucionais* que regem a atuação do Ministério Fiscal espanhol – legalidade, imparcialidade, unidade e dependência (CE/1978 – art. 124.2) – e que só podem ser compreendidos adequadamente mediante uma leitura contextual (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 182) do dispositivo constitucional, por meio do qual se extrai a verdadeira configuração constitucional da instituição.

Assim, enquanto os *princípios da legalidade e da imparcialidade* sujeitam a atuação do Ministério Fiscal – MF, estabelecendo os respectivos contornos e limites e consubstanciando-se, portanto, nos chamados princípios funcionais, os *princípios da unidade e da dependência hierárquica*, classificados como princípios orgânicos, “podem considerar-se de índole interna, propriamente estrutural e operativa” (PAES, 2003, p. 96).

Sem embargo, é importante considerar que a utilização da expressão *em todo caso* no art. 124.2 da CE/1978 indica um maior grau de importância à *legalidade* e à *imparcialidade*, conferindo valor relativo à *dependência hierárquica* e à *unidade*. Ademais, a compreensão de tais princípios não prescinde, muitas vezes, da utilização da técnica de interpretação constitucional harmonizadora de princípios.

Há duas considerações necessárias a propósito. Primeiro, que a *legalidade*, que em relação ao MF tem dupla acepção – objeto de defesa e princípio reitor da atuação institucional –, não prescinde de uma compreensão à luz do constitucionalismo contem-

diar las deficiencias estatales y que recogen la protección de la familia, la distribución de la renta personal y regional más equitativa, los derechos de protección de la salud, de acceso a la cultura, del disfrute de un medio ambiente adecuado para la persona, etc”. (Martínez Dalmau, 1999, p. 178).

porâneo, em face da evolução experimentada na acepção da lei. E, segundo, que a *imparcialidade* complementa o sentido da *legalidade* ao exigir a sujeição da instituição, em suas incumbências, a parâmetros de plena *objetividade* e *independência* em defesa dos interesses que lhe estão encomendados, conforme consta do EOMF (art. 7º). Entretanto, a doutrina espanhola³⁹ costuma negar a identificação da independência a que se refere o art. 7º do EOMF, qualificadora da imparcialidade ao lado da objetividade, com a independência que o art. 117.1⁴⁰ da CE/1978 defere a juízes e magistrados.

Com relação aos chamados *princípios orgânicos (unidade de atuação e dependência hierárquica)*, de natureza instrumental e que conformam a atuação do Ministério Fiscal, importa ressaltar que encontram a devida regulamentação no EOMF. Além disso, deve-se destacar que o Ministério Fiscal espanhol adota uma estrutura piramidal, em cujo vértice situa-se um órgão unipessoal, o *Fiscal General del Estado*, sobre o qual recaem as máximas funções de direção da instituição.

Com base em tais considerações, observa-se que o *princípio orgânico da unidade de atuação* expressa pelo menos três manifestações diversas do princípio da unidade: a unidade orgânica, a unidade territorial e a unidade de atuação⁴¹. Com efeito, as duas primeiras permitem singularizar a instituição, diferenciando-a do aparato administrativo do Executivo, por constituí-lo em um órgão dotado de indivisibilidade e fungibilidade, organizado segundo critérios de racionalização na distribuição do trabalho. Além disso, a unidade orgânica constitui um pressuposto imprescindível para garantir a atuação homogênea

39 “[...] el concepto de imparcialidad implica el de interés de una persona de un asunto en el que debe decidir o influir de uno u otro modo. [...] Así, se entiende que el Juez sea imparcial e independiente [...]. Mientras el fiscal es imparcial pero dependiente”. (SANCHIS CRESPO, 1995, p. 8657-8658). “[...] el Ministerio Fiscal se rige por el principio de jerarquía, y la jerarquía, que implica subordinación, es cabalmente lo contrario a la independencia”. (GARCÍA MORILLO, 1996, p. 148).

40 “Artículo 117.1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. [grifo nosso]

41 Cf. PRADA, 1999, p. 690.

e coordenada de todos os membros da instituição. Dessa forma, o fundamento jurídico-político desse princípio costuma ser identificado pela doutrina⁴² estabelecendo-se uma vinculação teórica entre a segurança jurídica e a unidade de atuação.

Por sua vez, o *princípio da dependência hierárquica* apresenta-se como “un requisito de la unidad de actuación y de las funciones de defensa de la legalidad y del interés público” (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 183) , expressando “una consecuencia inmediata derivada del principio de unidad de actuación” (PRADA, 1999, p. 699). Trata-se, pois, de um princípio instrumental, cuja finalidade estaria em assegurar que o funcionamento da instituição esteja permeado pela unidade de critérios.

A efetividade do *princípio da dependência hierárquica* decorre da possibilidade de responsabilização disciplinar dos membros do Ministério Público espanhol, conforme regramento fixado no EOMF (art. 60 e seguintes), que descreve diversas condutas que poderão ser qualificadas como infrações muito graves, graves ou leves. Sem embargo, esse conjunto de regras não significa um poder de mando ilimitado. Na verdade, poder-se-ia falar até mesmo em hierárquica imprópria, na medida em que existem limites derivados, principalmente, da própria natureza e finalidade das funções incumbidas ao Ministério Fiscal espanhol.

Nada obstante o fato de que o tema envolve vários aspectos, alguns dos quais serão abordados à frente, basta aqui considerar que o âmbito interno do *princípio da dependência hierárquica* encontra, na ruptura com a dependência do Ministério Fiscal ao Executivo, o seu limite mais significativo. Isso, na medida em que se opera a nova configuração da instituição ministerial, que, no contexto do Estado contemporâneo, passa a ocupar uma posição de autonomia funcional e institucional.

42 E.g.: “La unidad nace del imperativo de coherencia en una actuación institucional necesariamente individualizada. Esta, por necesidades pragmáticas, más que jurídicas, no puede ser fragmentada abandonándola al talante de los singulares componentes del órgano, lo que en las Fiscalías numerosas crearía una variabilidad incompatible con la más elemental eficiencia, buen sentido y, sobre todo, con la seguridad jurídica”. (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999, p. 81).

4.3 O Ministério Público brasileiro

A história do Ministério Público brasileiro costuma ser apresentada⁴³ dividindo-se tal análise no contexto dos seguintes períodos: Pré-Colonial, Colonial, Império, e República. Assim, enquanto não se pode falar em Ministério Público no primeiro período, nos outros dois seguintes, o ofício era centralizado na figura do procurador-geral, caracterizando-se os promotores de justiça, com franca influência do modelo francês de ministério público, como meros agentes do Poder Executivo, “não se podendo falar em instituição do Ministério Público nem em independência ou garantia dos promotores públicos”. (MAZZILLI, 2012, p. 39).

No *Período da República* – proclamada no Rio de Janeiro, em 15.11.1889 –, com as constituições⁴⁴ e leis que se sucederam, é que se evoluciona e se consolida o Ministério Público brasileiro dos dias atuais.

A *Constituição brasileira de 1988*, promulgada em 5.10.1988, expressa um marco jurídico da transição democrática e um instrumento de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, demarcando a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964. Além disso, tal carta política adequa-se aos parâmetros do constitucionalismo contemporâneo, conferindo força expansiva à dignidade humana e aos direitos fundamentais, concebidos como

43 Informações que têm como fontes: CNMP, MPU, artigo Ministério Público: aspectos históricos, de Victor Roberto Corrêa de Souza, que se encontram disponíveis no site: <http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=128&Itemid=223>, consulta realizada em 8 set. 2012.

44 Verificamos, então, uma evolução, desde a Constituição de 1891, primeira após a proclamação da República, passando pelas Constituições de 1934 (que expressamente se refere ao Ministério Público); de 1937 (fruto de um golpe de Estado que implantou no Brasil o primeiro regime ditatorial, que iria estender-se até 1945), que expressou um retrocesso na regulação da instituição; de 1946 (marca a entrada do País no processo de redemocratização derrubada que fora a ditadura), e caracteriza-se por conferir ao Ministério Público uma regulação mais ampla; de 1967 e EC n. 1/1969 (que praticamente substituiu o texto anterior e se constituiu em uma nova Constituição), que entraram em vigor no contexto da volta de um regime ditatorial, apesar de que se tenha verificado um processo expansivo das funções do Ministério Público brasileiro até a entrada em vigor da Constituição de 1988, hoje vigente.

parâmetros axiológicos orientadores da compreensão do *fenômeno constitucional*, conforme defende a doutrina⁴⁵.

O Ministério Público brasileiro, a partir da CF/1988, passou a situar-se no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito (STRECK, 2010, p. 184), pois, recebendo uma condição praticamente análoga à de um dos poderes do Estado, foi dotado de funções e meios para converter-se em agente qualificado na busca da efetividade da pauta de valores constitucionalizados tendentes à concretização dos princípios fundamentais, embasados, entre outros valores, na cidadania e na dignidade da pessoa humana⁴⁶ e tendo como objetivo central a redução das desigualdades materiais⁴⁷.

45 E.g.: “A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem de direitos. [...] Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. [...]. Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação”. (CITTADINO, 2000, p. 12-19). “O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional”. (PIOVESAN, 1997, p. 315). “Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição [...] constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo geral”. (SILVA, 2002, p. 89).

46 CFB/1988 – Dos Princípios Fundamentais – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...].

47 CFB/1988 – Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desen-

Com efeito, em seu art. 127, a CF/1988 apresentou a seguinte *conceituação*: “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.” No parágrafo 1º do art. 127 da CF/1988, foram fixados como *princípios institucionais*: a unidade, a indivisibilidade e a *independência funcional*, que se consubstanciam nos princípios reitores da atuação do Ministério Público. No parágrafo 2º foi conferida à instituição a autonomia funcional e administrativa⁴⁸, além de se contemplar o regime de cargos, inclusive ingresso por concurso público. Mais outros quatro parágrafos (§§ 3º a 6º) complementam o dispositivo, tratando de questões orçamentárias e das respectivas condições para garantia da autonomia financeira da instituição.

Essa cláusula constitucional corporifica a premissa fundamental que serve de parâmetro para a definição da instituição do *Ministério Público brasileiro*, vinculando as conclusões sobre a sua natureza jurídica, seu posicionamento no âmbito da estrutura estatal, sua identidade institucional, sua estrutura orgânica, suas funções, garantias e vedações e seus princípios reitores.

Sem embargo, cabe destacar que a propalada *independência* conferida ao Ministério Público brasileiro expressa a conjugação, com base na conceituação constitucional e nas finalidades conferidas à instituição, do conjunto de princípios reitores, garantias e vedações que terminam por configurar um órgão, como já salientou (RTJ n. 147/129-30) o então ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, “cercado do contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica

volvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

48 Em razão de tal autonomia, pode o Ministério Público, por seu chefe e observadas as regras orçamentárias (art. 169 da CFB/1988), apresentar proposta ao Legislativo da criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a serem providos por concurso público, além da política remuneratória e dos planos de carreira.

democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania”. (MORAES, 2011, p. 627).

O primeiro dos princípios reitores referidos na CF/1988, o *princípio da unidade*, que expressa uma ideia de coesão do Ministério Público brasileiro, quer significar que a instituição, nessa sua unicidade, encontra-se integrada por seus membros em um só órgão, sob a chefia do procurador-geral. Assim, apesar de existirem diferentes ministérios públicos (uns vinculados à União e os outros a cada um dos Estados Federados), não se podendo conceber uma unidade orgânica de toda a instituição, é certo que, respeitada a autonomia de cada um, seria possível falar em pontos de contato, extraídos do princípio da unidade. Tais pontos permitem que, em dadas circunstâncias, a atuação de um possa ser aproveitada ou exercida pelo outro, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal⁴⁹. Essa lógica expressa a concepção do Ministério Público como instituição nacional.

O *princípio da indivisibilidade*, que é identificado como um corolário do princípio da unidade, buscando a respectiva concretização, permite a substituição recíproca entre os membros da instituição em sua atuação processual dentro da mesma função “não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte etc.), sem que isso constitua qualquer alteração processual”. (PAES, 2003, p. 184).

49 “[...] 2. O Ministério Público nacional é uno [art. 128, I e II, da Constituição do Brasil], compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. 3. No exercício das atribuições previstas nos artigos 109, § 3º da Constituição e 78 e 79 da LC n. 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal. [...] A propósito, a observação de José Afonso da Silva: “a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministérios Públicos ali indicados. Realmente, a pretensão da unidade nesse sentido já constava na Exposição de Motivos da comissão elaboradora dos estudos e do anteprojeto de que resultou a LC n. 40/1981, segundo a qual o Ministério Público é, em seus delineamentos básicos, uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios”. [SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, ed. Malheiros, 5. ed., 2007, p. 595]” (MS n. 26690, EROS GRAU). [grifo nosso]

Manifestando-se no plano da atuação típica da atividade finalística dos membros do Ministério Público, o *princípio da independência funcional* expressa a repulsa à hierarquia. Isso porque afasta a possibilidade de subordinação de cada membro do Ministério Público, quando no exercício de suas atividades finalísticas, em relação a outros membros ou órgãos da mesma carreira, inclusive do próprio chefe da instituição.

Tem por finalidade, tal princípio, garantir que se possa atuar livremente, realizando as opções adequadas diante de cada situação concreta com a qual se defronte o membro do MP, ao exercer suas atribuições típicas, em atenção somente à lei e às respectivas interpretações que julgue mais apropriadas para a condução de suas opções. A *independência funcional*, assim, esboça uma proteção contra, por exemplo, poderosas forças econômicas e/ou políticas que tentem desviá-lo do âmbito da legalidade para a satisfação de ilegítimos interesses pessoais, políticos, financeiros etc.

Como decorrência da *independência funcional*, a doutrina fala do princípio do promotor natural, que rechaça as designações casuísticas e arbitrárias, não se admitindo o chamado promotor de exceção (MAZZILLI, 2012, p. 75). Tal entendimento ainda não alcançou, no âmbito jurisprudencial, uma certeza pacificada de sua existência autônoma, nada obstante existam decisões recentes do Supremo Tribunal Federal⁵⁰ que afirmam a sua existência.

Por fim, a *autonomia* do Ministério Público, assegurada na CF/1988, deve ser entendida em um tríplice aspecto: *autonomia funcional*, *administrativa* (art. 127, § 2º) e *financeira* (art. 127, §§ 3º a 6º). É esse o entendimento consolidado no STF, pelo qual se afirmou que a

alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público – qualificada pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira e orçamentária – mostra-se tão expressiva,

50 E.g.: HC n. 102.147, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16.12.2010, DJe de 3.2.2011.

que essa instituição, [...] dispõe de uma esfera própria de atuação administrativa, livre da ingerência de órgãos do Poder Executivo⁵¹.

4.4 Reflexões sobre o antagonismo dos princípios da dependência hierárquica (Ministério Fiscal espanhol) e independência funcional (Ministério Público brasileiro)

O Ministério Fiscal espanhol e o Ministério Público brasileiro, contemplados nas constituições vigentes na Espanha (1978) e no Brasil (1988), integram modelos bastante semelhantes, forjados que foram no contexto do movimento do constitucionalismo que sucedeu à II Guerra Mundial e que passou a ser denominado por muitos estudiosos do Direito Constitucional contemporâneo como *neoconstitucionalismo*.

Nesse contexto, o Ministério Público, tanto o espanhol quanto o brasileiro, passou a ser concebido como uma instituição essencial para a preservação do Estado Social e Democrático de Direito, em decorrência da evolução, ao longo da história, de uma posição de dependência e submissão absoluta ao Poder Executivo para outra, se não totalmente independente, sem dúvida dotada de um elevado grau de autonomia, que lhe garante, na condição de órgão constitucional, um patamar de atuação submetido somente à Constituição e às leis.

Com efeito, a CE/1978 e a CF/1988 adotam a mesma técnica, vinculando o exercício das funções institucionais que explicitam a princípios que devem nortear tal atividade. Em comum, além da semelhança das funções deferidas constitucionalmente ao Ministério Fiscal espanhol e ao Ministério Público brasileiro, verificamos que, entre os princípios que ambas contemplam, encontram-se o da unidade de atuação, o da proteção da ordem jurídica ou da legalidade, e o da proteção dos cidadãos ou dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Além disso, a proteção do interesse público e do regime democrático é função que, se não se encontra explicitada como incumbência do Ministério Público nos dispositivos acima transcri-

51 ADI 2.513-MC. rel. min. Celso Mello, julgamento em 3.4.2002, Plenário, DJe de 15.3.2011.

tos, sem dúvida pode ser atribuída à instituição como decorrente do sistema constitucional adotado na Espanha e no Brasil.

A situação que gera perplexidade, entretanto, é que enquanto a Constituição da Espanha adotou a *dependência hierárquica*, a opção do legislador constituinte no Brasil foi pela adoção da *independência funcional*, como princípios que devem nortear o exercício das funções constitucionalmente deferidas ao Ministério Público de cada qual.

Na verdade, o pensamento majoritário da doutrina espanhola é favorável à adoção e manutenção, na CE/1978, do princípio da dependência hierárquica. Da mesma forma, no Brasil, a doutrina, e mesmo a jurisprudência, apresentam-se de acordo com o princípio da independência funcional do Ministério Público brasileiro, adotado na CF/1988. De fato, o tema é defendido até mesmo de maneira enfática na Espanha e no Brasil, com a exposição das vantagens da continuidade do sistema, que é apontado como elemento essencial para o bom funcionamento do Ministério Público de cada um dos dois países, pois, segundo se alega, a instituição estaria sujeita a vários prejuízos e riscos com a adoção de um modelo contrário.

De qualquer forma, tanto na Espanha quanto no Brasil, é patente o reconhecimento da natureza instrumental desses princípios, com a constatação de que não contemplam natureza absoluta. Vale dizer, tanto o *princípio orgânico da dependência hierárquica* quanto o *princípio institucional da independência funcional* devem ceder, tanto quanto possível, em vista da incidência simultânea de outros princípios. Isso sempre que esses outros princípios sejam necessários para que o Ministério Público, em face da sua natureza de órgão constitucional de equilíbrio entre os poderes, possa alcançar a realização de suas incumbências de guardião da ordem jurídica ou da legalidade, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis ou dos direitos dos cidadãos e do interesse público.

Assim, uma análise comparativa da diferença pontual entre o MF espanhol e o MP brasileiro quanto à questão da (in)dependência não prescinde da constatação de que o significado das expressões *autonomia*, *independência*, *hierarquia*, e mesmo *soberania*, está vin-

culado à ideia de atuação mais ou menos livre, nada obstante o fato de serem expressões polissêmicas, especialmente no âmbito especificamente jurídico. Assim, o grau de liberdade de atuação, em escala descendente, vai da soberania, no topo, passando pela autonomia, que, apesar das semelhanças, apresenta maior intensidade de liberdade do que independência⁵², chegando-se à hierarquia como manifestação de liberdade mínima.

Os princípios da independência e da autonomia, tendo ambos uma amplitude reduzida com relação ao da soberania, partilham dos mesmos atributos externos, garantindo aos órgãos dotados daqueles princípios um agir vinculado apenas aos critérios de legalidade e objetividade, embora, internamente, a diferença entre eles resida na intensidade aplicativa da hierarquia⁵³.

Entretanto, é certo afirmar que, mesmo em uma situação de hierarquia de baixa intensidade⁵⁴, como ocorre no Brasil, não se garante uma atuação individual do membro do Ministério Público isenta de controle ou baseada numa atuação não coordenada com outros princípios. Por outro lado, apesar de se qualificar como uma situação de hierarquia obviamente de maior intensidade⁵⁵, à dependência

52 “A semelhança, no entanto, não avança até a identidade. Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, norma. Nessa linha, enquanto a autonomia também abarcaria a prerrogativa de estabelecer as próprias normas a serem seguidas, a independência se limitaria aos atos de execução abrangidos pela esfera de atuação funcional do órgão ou agente. Haveria, assim, uma relação de *plus e minus*”. (GARCIA, 2010, p. 64-65).

53 Cf. FERNANDES FILHO, 2002, p. 94.

54 “Portanto, o princípio da independência funcional significa que os membros do Ministério Público no exercício de suas funções atuam de modo independente, sem nenhum vínculo de subordinação hierárquica, inclusive em relação à chefia da instituição, guiando sua conduta somente pela lei e suas próprias convicções. Assim, [...] somente no plano administrativo se pode reconhecer subordinação hierárquica do membro do Ministério Público em relação à chefia ou órgão de direção superior da instituição: [...]”. (PAES, 2003, p. 275).

55 “El texto constitucional, en el art. 124.2, señala cuatro principios, pilares del ejercicio de las funciones que tiene conferidas el Ministerio Público. Estos son: unidad

hierárquica do Ministério Fiscal espanhol também se aplica a mesma conclusão, pois o alcance do respectivo significado não prescinde da compreensão coordenada com outros princípios constitucionais que garantam o pleno exercício das funções típicas do Ministério Fiscal.

Observa-se, então, no Direito espanhol, a existência de limites ao *princípio da dependência hierárquica*, principalmente derivados do fato de que a CE/1978 (art. 124.2) determina que a incidência de tal princípio deve ceder à legalidade e à imparcialidade. De fato, tal substrato normativo constitucional dá vazão ao entendimento, consolidado na legislação infraconstitucional, de estabelecimento de limites ao princípio da dependência hierárquica, que podem ser resumidos em três hipóteses: (1) uma derivada da supremacia do princípio da legalidade; (2) outra imposta pelo caráter orgânico do princípio; e (3) uma última, estabelecida no EOMF (art. 25 § 4º), que concretiza o chamado poder de resistência em relação às ordens escritas quando o membro do Ministério Fiscal venha a manifestar-se oralmente, ocasião em que poderá atuar livremente, em conformidade com a orientação que entender mais adequada ao bem da Justiça⁵⁶.

No Brasil, também se reconhece que o *princípio da independência funcional* encontra limites no ordenamento positivo brasileiro, na medida em que contempla natureza instrumental, não podendo justificar atuações arbitrárias ou indolentes dos membros do Ministério Público⁵⁷.

5 Conclusões

A efetiva compreensão da natureza e do alcance dos princípios constitucionais reitores da atuação do Ministério Público, adotados

de actuación, dependencia jerárquica, legalidad y imparcialidad. No se trata de principios aislados, pues sólo su interpretación conjunta, con las funciones del art. 124.1, pueden iluminar acerca de la verdadera configuración del Ministerio Fiscal". (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 182).

⁵⁶ Cf. MARCHENA GOMEZ, 1992, p. 164.

⁵⁷ Cf. GARCIA, 2010, p. 82.

de forma antagônica nas Constituições da Espanha (CE/1978 – *dependência hierárquica*) e do Brasil (CF/1988 – *independência funcional*), não prescinde da constatação de que, em ambos os contextos, tais princípios contemplam natureza instrumental. Vale dizer, tais princípios só existem, foram adotados e se mantêm em vigor para que o Ministério Público possa desempenhar o seu papel de instituição essencial para o funcionamento do Estado Social e Democrático de Direito.

Como visto neste artigo, a instituição do Ministério Público evoluiu de forma simultânea com o Estado de Direito, resultando em consolidar-se como órgão de proteção dos valores e objetivos adotados no âmbito das constituições surgidas do período que sucedeu à II Guerra Mundial, destinados à concretização do Estado Social e Democrático de Direito. Com outras palavras, verificou-se, ao longo da história, uma sintonia com a relação entre a evolução e a consolidação de direitos humanos e fundamentais e a configuração do Ministério Público como instituição legitimada para a proteção de tais direitos em países de índole democrática.

Em tal contexto, o Ministério Público passou a ser concebido, com razoável intensidade na Espanha e no Brasil, como uma instituição dotada de um amplo leque de funções e atribuições necessárias para a preservação de tal modelo de Estado, que incorpora os direitos fundamentais em sua dimensão axiológica e com a dupla função, subjetiva e objetiva.

É bem verdade, conforme se analisa neste estudo, que há grandes dificuldades para a construção conceitual de um modelo global de Ministério Público, sendo certo que a única característica que parece ser comum a todos os modelos que assim se identificam é o exercício do *ius puniendi* do Estado. Tal constatação, sem embargo, não autoriza uma apressada e equivocada conclusão no sentido de se entender que essa atuação na área criminal estaria em confronto com a função de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Na verdade, parece ser comum aos países que adotam o modelo de Estado Social e Democrático de Direito – e revela-se como uma tendência importante da sua evolução, no sentido de expansão

dos respectivos valores, inclusive em âmbito transnacional diante do fenômeno da globalização e do surgimento de grandes blocos políticos e econômicos – a noção de que nesse *poder de acusar* do Ministério Público está contida, também, a função de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, a instituição do Ministério Público passou a assumir a importante função, além do tradicional exercício do *ius puniedi* estatal, de garantidor da efetividade, em sentido amplo e sempre que presente o interesse público, dos direitos fundamentais, os quais constituem fundamento básico do Estado Democrático de Direito, conforme adotado na Espanha⁵⁸ e no Brasil⁵⁹.

Como exemplo de assunção de tal papel, pode-se fazer referência, na Espanha, à previsão do art. 124.1 da CE/1978, que confere ao Ministério Fiscal as incumbências de defesa da legalidade, dos direitos do cidadão e do interesse público, que o Tribunal Constitucional espanhol já entendeu vinculado à tutela dos direitos fundamentais⁶⁰.

58 CE/1978: “Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. [...] Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

59 CF/1988: “Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

60 A propósito, diz Herrero-Tejedor, referindo-se à STC (Sentença do Tribunal Constitucional espanhol) n. 65/1983, de 21 de julho, relator Gómez-Ferrer, FJ. 4º, o seguinte: “Ahora bien, en el proceso de revisión judicial de tales actos administrativos, patentemente el Ministerio Fiscal no actúa como defensor de la administración, sino como defensor que es del interés público. Por ello, el Tribunal Constitucional no ha dejado de resaltar ‘el destacado interés público que concurre en la tutela de

No Brasil, cabe referir a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça⁶¹, parâmetro de defesa da legitimidade social do Ministério Público brasileiro contemporâneo, com a CF/1988, para adoção de medidas tendentes à proteção da “implementação judicial dos direitos fundamentais e das políticas públicas.” (CAMBI, 2011, p. 490).

Pois bem, essa condição do Ministério Público atual, que se consolida como órgão singular na estrutura dos poderes do Estado, onde ocupa uma posição de equilíbrio, e que, nesse contexto, contempla um conjunto de funções essenciais para a manutenção e a garantia do Estado de Direito, expressa uma verdadeira garantia institucional e reclama compreensão à luz de instrumentos do chamado neoconstitucionalismo.

Nesse amplo cenário, o que aqui se defende é que o antagonismo que qualifica os dois princípios constitucionais que regem o Ministério Fiscal espanhol (*dependência hierárquica*) e o Ministério Público brasileiro (*independência funcional*), visto à luz da evolução da instituição do Ministério Público e da respectiva recepção na Espanha e no Brasil no contexto do constitucionalismo contemporâneo, não se mostra suficientemente forte para abalar as estruturas do modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Além disso, as razões e as repercussões atuais, práticas e teóricas, da adoção e manutenção de tais modelos constitucionais de Ministérios Públicos, nominalmente antagonísticos em relação aos princípios que instrumentalizam a respectiva atividade típica, embora aparentem colocar Espanha e Brasil em polos opostos, na verdade podem encontrar alguns sinais de aproximação, no contexto de instrumentos do neoconstitucionalismo.

los derechos fundamentales’ (STC n. 65/1983). Y es precisamente en ese extremo donde tales derechos confluyen con la intervención del Ministerio Fiscal. Si el art. 124.1 CE le confiere ‘la defensa del interés público tutelado por la ley’, se entiende por qué el Tribunal Constitucional (en la STC antes citada) concluye que ‘este mismo interés público explica por qué el Ministerio Fiscal es parte en el proceso de amparo, en atención a las funciones que el atribuye el art. 124 de la Constitución’.

(HERRERO-TEJEDOR ALGAR, 2006, p. 59).

61 STJ: REsp n. 493.811-SP, 2ª T., j. 11.11.2003, rel. min. Eliana Calmon, DJU 15.3.2004, p. 236.

De fato, tais princípios devem ser compreendidos em vista da circunstância de que se encontram submetidos a um jogo conser-tado de princípios no âmbito interno dos sistemas constitucionais da Espanha e do Brasil. Dessa constatação, resulta possível extrair, com base em um singelo confronto, uma melhor compreensão das reais divergências e aproximações desse aparente antagonismo. Digo aparente porque, nominalmente, esse antagonismo parece se expressar de maneira mais intensa do que supõe a compreensão contextual de sua eficácia no âmbito do Direito Constitucional contemporâneo.

Vale dizer, a *dependência hierárquica* e a *independência funcional* somente encontram o efetivo significado em cada situação concreta em que tal exigência se faça presente, com base em uma hermenêutica constitucional harmonizadora de princípios.

Com efeito, os métodos e os conceitos do *neoconstitucionalismo*, particularmente a *hermenêutica constitucional* e o método da *ponderação*, devem ser aplicados não apenas no âmbito do processo decisório jurisdicional mas também administrativo e legislativo, quando em causa um eventual confronto entre cumprimento da missão do Ministério Público e a incidência dos respectivos princípios instrumentais (*dependência hierárquica* na Espanha e *independência funcional* no Brasil).

Dessa forma, e constatando as evidentes semelhanças – expostas neste artigo – dos modelos de Ministério Público adotados na Espanha e no Brasil, é possível afirmar que os princípios da *dependência hierárquica* e da *independência funcional*, apesar de expressarem opções legítimas do legislador constituinte espanhol e brasileiro, não podem ser interpretados, sem prejuízo da integridade do Estado Social e Democrático de Direito, mediante uma leitura que não assegure um razoável e satisfatório grau de garantias à instituição do Ministério Público, necessárias para o exercício de suas funções com responsabilidade e livre de pressões ou instrumentos de controle não razoáveis⁶².

62 Recomendação 2000/19, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 6 de outubro.

Referências

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Tradução do alemão: David García Pazos e Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Trotta, 2010.

BARRERO ORTEGA, Abraham. Matrimonio y res pública constitucional. *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura. Madrid. Cortes Generales, v. 2, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel – p. 63–84. Rio de Janeiro: Jorge Sahar Editor, 1999.

BOURSAULT, Leopoldo Torres. La división de poderes en la España de hoy. *Revista Sistema*, Madrid, n. 117, nov. 1993.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: _____; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocência Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cândido. *El Ministerio Fiscal*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar – Ministerio Fiscal y constitucionalismo*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 2000.

FERNANDES FILHO, Rogério Rodrigues. A independência funcional e o princípio da unidade. *Boletim Científico ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 1, n. 5, p. 89-105 – out./dez. 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados. In: BERGALLI, Roberto; RESTA, Eligio. *Soberanía: un principio que se derrumba*. Barcelona: Paidós, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos – la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La democracia en España*. Madrid: Alianza, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, n. 14, p. 153-176, 2º semestre 2004.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR. Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales em materia sancionadora. In: *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales*. Prologo de Juan Cesáreo Ortiz Úrculo. Navarra: Aranzadi. 2006.

JÁUREGUI, Gurutz. Emergencia de um nuevo orden jurídico-institucional: el Estado y la Constitución de la era de la globalización. In: INNERARITY, Daniel; SOLANA, Javier. *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*. Madrid: Paidós, 2011.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernandes. *La Justicia y sus problemas en la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996.

MACHADO, Bruno Amaral. *Fiscalías: su papel social y jurídico-político – una investigación etnográfico-institucional*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2007a.

_____. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007b.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos gregos ao pós-modernismo* (Título original: *Jurisprudence: from the greeks to post-modernism – tradução ao português de Jefferson Luiz Camargo*). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. 5. ed. Madrid: Tébar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PORRAS NADALES, Antonio. El Estado Social. In: *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

PRADA, Ignacio Flores. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

SANCHÍS CRESPO, Carolina. El Ministerio Fiscal ¿independiente?. In: *Revista General de Derecho* n. 610.611, julio-agosto 1995.

SANTOS, Renato F. dos; MAURICI JR., Valmir. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada* 3. ed. São Paulo: Manole, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed., 2002.

STRECK, Lênio Luiz. O Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da Constituição – uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.