

PAINEL I – A JUSTIÇA MILITAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

GERALDO FONTOURA

Mestre-de-Cerimônias do Ministério da Justiça

Damos início aos trabalhos da *Jornada Jurídica em Homenagem ao Professor Jorge Miranda: Os 20 Anos da Constituição Brasileira de 1988*.

Para tratar do tema do primeiro painel *A Justiça Militar na Constituição de 1988*, convidamos para compor a Mesa, na qualidade de expositores, os Ministros do Superior Tribunal Militar Henrique Marini e Souza, Carlos Alberto Marques Soares e Marcos Augusto Leal de Azevedo, como Presidente da Mesa.

O Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo ingressou no Colégio Naval em 1956 e passou à Escola Naval em 1958, graduando-se Guarda Marinha em janeiro de 1961, sendo promovido a Almirante-de-Esquadra em 25 de novembro de 1999. É aperfeiçoado em Hidrografia e possui todos os cursos militares de carreira. Especializou-se em Oceanografia Física no Instituto Hidrográfico de Portugal e, posteriormente, com o Curso Avançado de Oceanografia Física, patrocinado pela Unesco, no Rio de Janeiro. Nomeado Ministro do Superior Tribunal Militar, por Decreto de 19 de dezembro de 2002, tomou posse em 9 de janeiro de 2003.

Passo a palavra ao Sr. Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo.

MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO

*Ministro do Superior Tribunal Militar e
Presidente de Mesa*

Minhas palavras são de agradecimento a todos aqueles que participaram da realização deste evento, especialmente, à Ministra Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, do Superior Tribunal Militar (STM).

O primeiro expositor é o Sr. Henrique Marini e Souza, Ministro Aposentado do Superior Tribunal Militar, que ingressou na Aeronáutica em 1º de março de 1955 como aluno da Escola Preparatória de Cadetes do Ar. Declarado Aspirante a Oficial-Aviador em janeiro de 1961, galgou por merecimento os postos de Oficial-Superior, tendo sido promovido a Oficial-General em 31 de julho de 1991 e a Tenente-Brigadeiro-do-Ar em 31 de julho de 1998. Nomeado Ministro do Superior Tribunal Militar por

decreto de 10 de abril de 2002, tendo tomado posse em 17 de abril do mesmo ano. Eleito Presidente do Superior Tribunal Militar, em 14 de fevereiro de 2007, para o biênio 2007/2009, tomou posse em 16 de março do mesmo ano.

O tema deste painel é *A Justiça Militar na Constituição de 1988*.

Passo a palavra ao Sr. Henrique Marini e Souza.

I - INTRODUÇÃO

Por primeiro, gostaríamos de registrar nosso agradecimento à eminente Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha pela deferência concedida ao formular o amável convite para participarmos dessa Jornada Jurídica em que se presta justa homenagem ao Professor Jorge Miranda na oportunidade em que comemoramos os vinte anos da Carta Política da República Federativa do Brasil.

Muito nos honra podermos de alguma forma colaborar com V. Ex^a. e com sua equipe que tão bem vem coordenando a realização desse evento.

À guisa de introdução gostaria de sublinhar o fato de que a Justiça Militar da União é muito pouco conhecida em nosso País, inclusive entre os operadores do Direito.

Recente pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros revelou que esse desconhecimento campeia entre os próprios Juízes.

Pensam alguns tratar-se de uma Justiça destinada a julgar corporativamente os militares, fruto quem sabe do regime autoritário. Outros a confundem com a Justiça Militar Estadual.

Em razão disso, para que se possa melhor identificar as interfaces da Justiça Castrense com a Constituição de 1988 necessário se faz conhecê-la.

Assim sendo procuraremos enfoca-la efetuando um Breve Histórico, examinando algumas de suas peculiaridades e sua atual organização.

¹ Texto encaminhado pela organização do evento.

II - BREVE HISTÓRICO

Os compêndios de História registram nítidas evidências de que em passado remoto alguns povos ditos civilizados possuíam noção de delitos tidos como militares que não raro eram julgados pelos próprios militares. Em diferentes épocas isto ocorreu na Índia, em Atenas, na Pérsia, na Macedônia e em Cartago.

Certo é que aproximadamente 2.100 anos a.C. fatos que hoje caracterizam crimes militares eram tipificados no Código de Urnammu, a mais antiga lei escrita conhecida. Como se recorda, Urnammu foi o fundador da III dinastia de Ur, na Mesopotâmia. Naquela época não havia uma jurisdição militar, cabendo ao Rei conhecer e decidir a respeito da prática daqueles atos ilícitos.

Também o código de Hamurabi, sexto rei da Babilônia (1728/1686 a.C.), que governou por 43 (quarenta e três) anos, continha normas de caráter militar.

O mesmo acontecia em relação às antigas leis assírias e egípcias.

Particularmente sobre o Egito, Deodoro Siculo lembra as punições previstas nas leis de Sesóstris III.

Outra prova eloqüente de que a origem da Justiça Militar se perde na noite dos tempos encontramos na Grécia antiga.

Homero, autor da *Ilíada* e da *Odisséia*, citava os anciãos, escolhidos entre os guerreiros, sentados diante de Tróia, a administrar a justiça.

Naquela época os gregos não possuíam uma concepção diferenciada e específica dos delitos militares devido, principalmente, ao fato de que todo cidadão era considerado soldado. Assim não possuíam os helenos uma justiça militar nitidamente separada da justiça comum.

Não obstante, a princípio competia ao Archonte, juiz-sacerdote, conhecer e julgar os delitos militares, estipulando as penas correspondentes; mais tarde esta atribuição seria conferida aos Estratega.

Platão lamentava a existência da guerra por considerá-la, no mais alto grau, geradora de malefícios às cidades-estado nela envolvidas.

Todavia, afirmava que na arte da guerra deve-se ter a coragem para combater bem e considerava que "o magistrado deveria pertencer à mesma arma do militar culpável, de modo que um infante fosse julgado por outro infante e de igual modo com respeito às demais armas".

Em que pese a constatação de todos esses fatos, ocorridos em passado remoto e denotadores dos primórdios da justiça militar, costuma-se situar, à luz das concepções de Direito e de Justiça, que as origens, as raízes deste ramo especializado da justiça situam-se em Roma.

No império Romano, o eminente Professor Chrysólito Gusmão divide a evolução histórica da Justiça Militar em 04 (quatro) fases.

A primeira fase corresponde à época dos reis, período em que os monarcas absorviam tudo, mesmo porque não havia diferenciação entre órgãos e funções. Assim, todo o Poder, inclusive o de julgar, competia ao Rei.

Tal fato revela-se coerente com tradições de outros países, porquanto os reis normalmente eram os comandantes de seus exércitos e dessa forma participavam dos combates.

A segunda fase ocorreu no período dos Cônsules que exerciam o denominado "imperium majus", ou seja, enfeixavam o poder de julgar todos os cidadãos qualquer que fosse o tipo de delito praticado. Logo abaixo dos Cônsules situavam-se os Tribunais Militares, misto de magistrado e comandante que exerciam o chamado "imperium militae".

Na terceira fase, na época de Augusto, a Justiça Militar era de responsabilidade dos prefeitos do pretório, cuja jurisdição revelava-se bastante ampla, sendo limitada apenas no tocante à competência relativa aos eventuais delitos praticados por oficiais superiores.

A quarta fase, onde ocorreram maiores modificações, corresponde à época de Constantino. Tais alterações destinaram-se a refrear a grande força política da milícia romana. Criou-se o denominado "magistri militum" e instituiu-se o "consilium" encarregado de assistir ao juiz-

militar. Os membros do "consilium" funcionavam meramente como conselheiros, sem força deliberativa obrigatória nos julgamentos da Justiça Militar.

Outros autores dividem a evolução da Justiça Militar em Roma em três fases, como sustenta o Professor Esmeraldino Bandeira. Esses períodos são os seguintes:

- o que vai da fundação da cidade à guerra social em que todos os soldados eram cidadãos e todos os cidadãos eram soldados, sujeitos ao "jus commune";

- o dos exércitos mercenários que surgiram com as guerras civis ("jus commune"); e

- o dos exércitos permanentes, onde o delito militar era aquele que só o soldado podia praticar e seria julgado segundo normas especiais.

Qualquer que seja a visão histórica, na análise desta evolução, incontestável é o fato de que o Direito Militar, como Direito Especializado, materializou-se e consolidou-se na antiga Roma.

Ali surgiram e prosperaram os princípios diferenciadores "ratione materiae", ou seja, em razão da matéria, e "ratione personae", isto é, em razão da pessoa, para se considerar ou não determinada infração como delito militar.

Inegável, também, o fato de que o Império Romano só se formou graças à disciplina das legiões romanas e baseado em um rígido Direito Militar aplicado pela incipiente Justiça Castrense.

A propósito, convém recordar que o termo "castrense", tão comumente usado para designar a Justiça Militar, deriva da palavra "castra, castrorum". Castra eram os acampamentos das legiões: "castra invernale" e "castra estivale".

O Professor José da Silva Loureiro Neto, em sua bem elaborada obra de Direito Penal Militar, afirma que "o exército romano teve seu Direito Militar".

Este direito integrava o denominado "Corpus Juris Civilis", que no "Dígesto" tratava "De Re Militare".

Segundo o direito então vigente, o estigma da infâmia, certos crimes e atos de covardia eram punidos com penas bastante severas, como "bastonadas", que eram aplicadas com tal rigor que levavam à morte.

Por exemplo, quando determinada falta disciplinar grave era cometida por membros de uma centúria e havia problemas de identificar-se as participações, o Tribuno formava a tropa e sorteava um certo número de soldados que eram bastonados até a morte.

Com a queda do Império Romano e o surgimento da chamada Idade Média, requer-se do exegeta invulgar paciência para rastrear o crime militar nas hostes bárbaras.

Costumam alguns mestres apontar o surgimento, melhor diríamos, o ressurgimento da Justiça Militar com a criação dos Exércitos permanentes no Século XV, provavelmente na Itália ou na Espanha.

Todavia, foi no Século XVI que ocorreu a instituição dos Conselhos de Guerra, compostos por cinco oficiais e dos Auditores de Campo, que eram oficiais versados em direito que examinavam os fatos e emitiam pareceres, junto àqueles Conselhos.

Na idade moderna, com o advento da Revolução Francesa, havida em 14 de julho de 1789, a Justiça Militar experimentaria importantes modificações.

Com efeito, a queda da Bastilha não representou apenas a declaração e mais que isto a consagração dos princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Entre suas conseqüências incluem-se substanciais alterações na Ordem Política, Social e no campo do Direito.

Assim, regulamentaram-se as relações do Poder Militar com o Poder Civil e foram estabelecidos os princípios que regem a moderna jurisdição, eliminando-se qualquer caráter de foro privilegiado para os militares.

Além disso, procurou-se separar as funções dos operadores do direito, especificando-se que ao Juiz de Instrução cabia a formação de culpa; ao Ministério Público ofertar a denúncia, acusação; e, ao Conselho competia o julgamento.

Também estabeleceram-se normas relativas à determinação da competência, "ratione materiae" e "ratione personae", princípios estes adotados pelos romanos, conforme já exposto.

No que respeita à evolução da Justiça Militar no Brasil, vamos abordar dois aspectos: o primeiro relativo à legislação aplicável em diferentes épocas e o segundo referente à sua organização desde a sua criação, ainda nos primórdios do Império.

Quanto à legislação, necessário se faz retroceder ao período anterior ao denominado "descobrimento" do Brasil e examinar o que aconteceu em Portugal.

Logo após a queda do Império Romano na península Ibérica e, portanto, em Portugal, vigoraram sucessivamente o Código de Alarico ou "Breviarium" e o Código Visigótico ou "Lex Romana Visigotharum".

Este último código representava uma junção das Leis de Roma com a magistratura episcopal pois, como se recorda, os visigodos eram cristãos. Esse Código foi editado em 693 pelo Rei Égica.

Mais tarde, em 1139, o primeiro Rei de Portugal, D. Afonso Henriques, editou as "forais", que eram leis particulares que variavam de um local para outro, constituindo pequenos códigos, em latim bárbaro, que regiam os Conselhos, governo local das vilas e cidades.

A primeira tradução para o português do "Corpus Juris Civilis" foi iniciada no reinado de D. João I por ordem sua, mas só foi concluída já no primeiro ano do reinado de D. Afonso V, daí o nome de Ordenações Afonsinas ou Código Afonsino.

As fontes das Ordenações Afonsinas, assim como das demais, ou seja, Ordenações Manuelinas e Filipinas "compreendem todo o direito anterior: usos e costumes, forais, leis gerais, determinações da Corte

registradas no Livro Verde, concordatas com a Santa Sé, além do direito romano, canônico e visigótico".

As Ordenações estavam copiladas em cinco livros, a saber:

O 1º, o "Judex" (sobre o juiz); o 2º, o "Judicium" (sobre o processo); o 3º, o "Clerus" (sobre o clero); o 4º, o "Connubia" (sobre o casamento); e o 5º, o "Crimem" (sobre o crime).

A última dessas Ordenações, as Filipinas, decretada em 1603, perdurou por mais de dois séculos em Portugal e vigorou no Brasil até 1916, pelo menos no tocante ao seu livro 4º, só revogado com a edição do Código Civil, enquanto que na área penal vigorou até 1830, ou seja, por 227 anos.

Feitas essas considerações de caráter histórico e necessárias para melhor compreensão da matéria, diríamos que no Brasil Colônia, no tocante à legislação Penal Militar, vigoraram dois diplomas legais: as Ordenações Filipinas e os Artigos de Guerra do Conde Lippe.

As Ordenações já foram abordadas sucintamente.

Quanto aos Artigos de Guerra do Conde Lippe, esclareça-se, por oportuno, tratar-se de legislação inspirada nos artigos de guerra da Alemanha, que de seu turno derivam daqueles de Gustavo Adolfo da Inglaterra, datados de 1721.

O Conde Lippe, na realidade um Oficial de Artilharia do Exército Alemão, foi cedido, em 1763, pela Inglaterra a Portugal, atendendo à solicitação do Marquês de Pombal, com o propósito de que aquele oficial ajudasse a reorganizar o Exército Português.

Num total de 29, os Artigos de Guerra do Conde Lippe previam penas bastante severas, seja para as transgressões disciplinares, seja, principalmente, para os delitos propriamente ditos.

Entre estas penas citam-se: o arcabusamento (corresponde ao fuzilamento), o enforcamento, pancadas com prancha de espada e outras mais brandas como trabalhar em fortificações.

Embora prevendo estes tipos de penas e considerados famigerados no sentido de então (famosos) e no sentido atual do termo, compreende-se a existência de legislação tão draconiana à luz dos problemas de toda ordem existentes à época.

No período do Império (1808 a 1889), releva destacar a edição de dois diplomas legais: o Código Criminal do Império de 1830 e a Provisão de 20 de outubro de 1834. O primeiro, em seu artigo 308, dispunha que aquele código não abrangia os crimes puramente militares, punidos na forma da respectiva Lei, fato que, de certa forma, implicava referendar os Artigos de Guerra do Conde Lippe e as Ordenações Filipinas.

Já a Provisão de 1834 separava os crimes militares praticados em tempo de Paz daqueles relativos à época de Guerra.

Observe-se que a Legislação existente à época do Império era abundante porém confusa.

Com o advento da República, proclamada em 15 de novembro de 1889, ocorreram notáveis progressos no tocante à legislação penal militar. Logo no dia imediato à proclamação, em razão da edição do Dec. Nº 03, de 16 de novembro de 1889, eliminaram-se os castigos corporais na Marinha.

Em 1891, pelo Dec. nº 18, de 07 de março, aprovou-se o Código da Armada.

Alguns anos após, a Lei nº 612 de 1899 ampliou para o Exército a aplicação dos dispositivos legais contidos no Código da Armada.

Posteriormente, através do Decreto-Lei nº 2961, de 20 de janeiro de 1941, estendeu-se a aplicação daquele Código à recém-criada Aeronáutica.

Em 24 de janeiro de 1944, por intermédio do Decreto-Lei nº 6227, aprovou-se o primeiro Código Penal Militar Brasileiro.

Finalmente, aos 21 de outubro de 1969, através do Decreto-Lei nº 1001, foi editado o atual Código Penal Militar, que vigora desde 1º de janeiro de 1970.

Na mesma data (21 de outubro de 1969), foi aprovado o atual Código de Processo Penal Militar, pelo Decreto-Lei nº 1002.

Releva sublinhar que o Código Penal Militar editado em 1969 trouxe importantes inovações consideradas bastante avançadas àquela época. Entre outras citam-se as seguintes:

- a caracterização do estado de necessidade, como excludente de culpabilidade, diante da inexigibilidade de conduta diversa;
- o conceito de cabeça nos crimes cometidos em concurso de agentes;
- o impedimento, como nova modalidade de pena, aplicável nos crimes de insubmissão;
- a suspensão condicional da pena em determinadas situações; e,
- o instituto da reabilitação.

De igual modo, o Código de Processo Penal Militar, aprovado na mesma data (Decreto-Lei 1.002) e editado em 1969 revelou-se apropriado ao seu tempo e vem permitindo a eficiente e eficaz distribuição da justiça na área castrense.

No tocante à organização da Justiça Militar no Brasil, como se afirmou, devemos retroceder aos primórdios do Império.

No início do ano de 1808, D. João VI, Príncipe Regente de Portugal, transferiu-se para o Brasil com sua corte, fato que originou uma série de importantes alterações de ordem política e econômica do País.

Num de seus primeiros atos, D. João VI, pelo Alvará com força de Lei de 1º de abril de 1808, criou, na cidade do Rio de Janeiro, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, com atribuições administrativas e judiciárias. Este conselho era presidido pelo próprio Imperador e exerceu suas atividades de 1808 a 1891.

A Constituição Republicana de 1891 não contemplou a Justiça Militar quando dispôs sobre a Organização do Poder Judiciário. Todavia, em seu art. 77 previa foro especial para os delitos militares, estabelecendo que este foro seria integrado pelo Supremo Tribunal Militar

e pelos Conselhos necessários para a instrução e julgamento dos crimes militares.

Estruturou-se assim, desde então, a Justiça Militar, extinguindo-se o antigo Conselho e instituindo-se o Supremo Tribunal Militar como órgão supremo da judicatura castrense.

A partir daquela data, a Justiça Militar ficou sob o pálio da Constituição, alçando-se o Supremo Tribunal Militar e os Conselhos à categoria de órgãos judicantes, de natureza especial, embora não integrados formalmente à estrutura do Judiciário.

Foi a Constituição de 1934 que, por primeiro, incluiu os Tribunais e Juízes Militares na estrutura do Poder Judiciário.

Em 1946, com o advento de nova Constituição, o Tribunal passou a denominar-se Superior Tribunal Militar. No tocante à sua composição, manteve-se a tradição de que esta matéria fosse regulada por Lei Ordinária.

Em razão de modificações introduzidas na Constituição de 1946, por força do ato institucional nº 2 de 1965, passou a composição do Tribunal a ser regida pela própria Constituição.

A Constituição de 1967 manteve a mesma composição do Superior Tribunal Militar. Todavia, estabeleceu que seus Ministros seriam nomeados pelo Presidente da República, após aprovada sua escolha pelo Senado Federal.

A Constituição em vigor (de 1988) estabelece em seus artigos 122, 123 e 124 as normas que regem a Justiça Militar da União, especificando, respectivamente, os órgãos que a integram, a composição do Superior Tribunal Militar e a competência deste ramo especializado da Justiça.

III - PECULIARIDADES

A Justiça Militar da União, como vertente especializada integrante do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil, possui suas peculiaridades, suas especificidades. Tais peculiaridades permitem

diferenciá-la dos demais ramos da Justiça, individualizando-a. Todavia, entre essas, algumas apenas se apresentam de forma diversa, porquanto podem também ser identificadas em outras vertentes da Justiça.

Ao abordar este item vamos enfocar os tópicos que se seguem: o seu compromisso com a verdade, a validade de sua existência à luz da Teoria Tridimensional do Direito, a sua competência e suas principais características.

No trato das duas primeiras peculiaridades, faço minhas algumas considerações do eminente Ministro do Superior Tribunal Militar Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach quando, há alguns anos, abordou com muita propriedade o tema: a Justiça Militar da União e o Princípio da Igualdade.

Passemos a examinar esses tópicos de per si.

Uma das peculiaridades da Justiça Militar é, e deverá ser sempre, o seu compromisso com a verdade.

Nos regimes democráticos, onde impera o Estado de Direito, incumbe ao Poder Público demonstrar não apenas sua aptidão, mas, sobretudo, a sua capacidade de garantir a todos a igualdade perante a Lei.

Segundo Max Weber, nos regimes democráticos, três instituições se destacam por seu inalienável, seu inafastável compromisso com a verdade: a universidade, a imprensa e a justiça. Quando qualquer delas trai este compromisso o regime democrático começa a periclitir.

Presente em todos os ramos da Justiça, na Justiça Civil a quem compete dirimir os conflitos de interesse entre as pessoas; na Justiça Penal que trata da punição dos delitos; na Justiça do Trabalho, a qual incumbe decidir a respeito das relações entre empregados e empregadores; na Justiça Eleitoral a quem compete regulamentar os processos de competição nos pleitos eleitorais; na Justiça Militar que trata dos crimes militares; enfim, presente em todas as esferas supramencionadas, o compromisso com a verdade efetiva-se de forma distinta, peculiar a cada uma desses ramos da Justiça.

Na realidade, em cada uma das vertentes do Poder Judiciário, o compromisso com a verdade é cumprido por meio da utilização de instrumentos adequados e peculiares, denominados fontes de direito.

Determinadas fontes são instrumentos gerais e, "ipso facto", aplicam-se igualmente a todos os ramos. A primeira e mais importante é a Constituição, a Carta Magna que, segundo Laski, representa "um instrumento jurídico destinado a limitar o poder político."

Seguem-se-lhe os princípios gerais de direito que constituem modelos doutrinários estabelecidos, basicamente, em razão de exigências de ordem ética ou política.

Há, todavia, outras fontes, outros instrumentos peculiares, específicos de cada ramo especializado. Conta assim, por exemplo, a Justiça Penal, com seus equipamentos jurídicos exclusivos para honrar seu compromisso com a verdade.

Esses equipamentos são o Código Penal, lei substantiva, e o Código de Processo Penal, lei adjetiva.

A par disso, cumpre sublinhar a inestimável contribuição de outras fontes de direito, como os usos e costumes e a jurisprudência.

Especificamente em relação à Justiça Militar, existem fontes próprias, ainda mais peculiares, quais sejam o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, que constituem os instrumentos essenciais de que o Poder Judiciário se utiliza para cumprir seu compromisso com a verdade na área das Forças Armadas. Desnecessário seria enfatizar-se a importância desta peculiaridade, mormente na área penal, porque um dos paradigmas norteadores da condução do próprio processo é a apuração da verdade real, para evitar-se deixar impune um delinqüente ou, muito pior, apenar indevidamente um inocente.

Não raro, aqui e alhures, contestam alguns a necessidade e a própria validade da existência da Justiça Militar.

Para dirimir dúvidas porventura existentes, nada mais apropriado do que examinarmos este questionamento à luz da Teoria Tridimensional do Direito.

Segundo afirma o Professor Miguel Reale, expressão maior da Filosofia do Direito no Brasil:

- onde houver um fenômeno jurídico, haverá sempre um fato que lhe é subjacente;

- existirá sempre um valor, que confere determinado significado a esse fato (elemento axiológico);

- finalmente, a relação bi-unívoca entre esses dois elementos, ou a medida que integra um ao outro, será sempre expressa por uma regra de conduta, a norma.

Fato, valor e norma são os três elementos constitutivos da Teoria Tridimensional do Direito.

É fato que às Forças Armadas incumbe a defesa da Pátria, conforme prevê o art. 142 da Constituição Federal, onde se lê:

“Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade Suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

Também é fato que as Forças Armadas são instituições nacionais, permanentes e regulares. Essas instituições são as únicas que têm por finalidade a defesa da pátria.

A esses fatos correspondem valores que lhes conferem especial significado.

Esses valores são a hierarquia e a disciplina sem as quais as Forças Armadas se desorganizam, se tornam impotentes para cumprirem sua missão comum.

A esses fatos e valores especialíssimos, porquanto peculiares e singulares, correspondem regras também especialíssimas, porque não são iguais, porque diferem em sua essência de quaisquer outras regras. São

as normas jurídicas aplicáveis a essas instituições especiais que são as Forças Armadas.

Entre estas normas citam-se o Estatuto dos Militares, os Regulamentos Disciplinares e outras tantas como, por exemplo, os Regulamentos de Administração de cada Força Armada.

Portanto, para fatos especiais, valores especiais e normas também especiais.

Todavia, diante da garantia da igualdade perante a lei, princípio constitucional que se inclui entre as denominadas cláusulas pétreas da Carta Magna, poder-se-ia indagar a razão da existência de um código Penal Militar e de uma Justiça Militar.

A resposta simples situa-se na aplicação do princípio da isonomia, que consiste em dar tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais.

Mas voltemos à teoria tridimensional do direito.

É fato que os integrantes das Forças Armadas são os únicos seres humanos de quem se exige o sacrifício da própria vida no cumprimento de seu dever.

Desde a Declaração de Virgínia de 1776, o Consagrado "Bill of Rights" estabeleceu que todo homem é titular de quatro direitos fundamentais:

Direito à vida, direito à liberdade, direito de resistência e direito à busca da felicidade.

A vida é o bem supremo do indivíduo, o valor maior tutelado pelo direito, e em função disso, os crimes contra a vida são considerados os mais graves nas legislações dos diversos países.

Todavia, para os membros das Forças Armadas, obrigados em determinadas circunstâncias a morrer e matar, há um valor mais alto que se sobrepõe à própria vida. Este valor é a Pátria.

Este fato e este valor dão origem à norma ou ao conjunto de normas que constituem o Direito Penal Militar, cuja aplicação compete à Justiça Militar.

Embora apenas a exigência do sacrifício da própria vida e a existência de um valor maior, a Pátria, por si só, justifiquem plenamente a necessidade de se contar com a Justiça Militar, existem inúmeros outros fatos e outros valores típicos da vida da caserna e relativos à defesa e à segurança do país que corroboram, à luz da Teoria Tridimensional do Direito, o acerto da criação deste ramo especializado da Justiça.

O tópico relativo à competência, constitui não só uma das peculiaridades da Justiça Militar, porquanto delimita sua esfera de atuação, mas, e principalmente, porque a eventual invasão desta competência por qualquer outro ramo da Justiça, não raro, ocorre em detrimento da hierarquia e da disciplina, pilares básicos das instituições militares.

No que respeita à competência da Justiça Militar no Brasil, diríamos que a ela compete processar e julgar os crimes militares previstos em lei, conforme imposição da própria Carta Magna e especificado no Código Penal Militar.

Dentro disso, sua competência abrange essencialmente os militares devido aos seus compromissos inalienáveis inerentes aos seus deveres e obrigações.

Não obstante, abrange, também, os civis quando praticarem quaisquer dos delitos tipificados no Código Penal Militar.

Em síntese, abrange tanto civis quanto militares, tanto nacionais como estrangeiros, estejam eles no Brasil ou no exterior.

Como se sabe, para se estabelecer a competência, há que se observar regras específicas, levando-se em conta a matéria, o local, a pessoa e outros fatores.

Certamente todos esses aspectos são considerados em nosso código Penal ao disciplinar esta importante matéria.

Assim, pode-se afirmar que a competência da Justiça Militar no Brasil decorre de imposições legais ou seja, é estabelecida "ratione legis".

Possui a Justiça Militar características próprias, inerentes às suas especificidades que podem ser sintetizadas assim: especialidade, celeridade e mobilidade.

No tocante à especialidade, a Justiça Castrense apresenta contornos diversos daqueles dos demais ramos por diversas razões.

Em primeiro lugar destaque-se o fato de que os bens jurídicos por ela tutelados diferem daqueles afetos a outros ramos da justiça. Entre estes bens, sobressaem a hierarquia e a disciplina.

Estes dois valores, pilares básicos que asseguram a sobrevivência das Forças Armadas, impedem que se renuncie ao direito de legítima defesa e a outros direitos.

De outro lado, a própria competência da Justiça Militar em relação ao julgamento de crimes praticados por militares é estabelecida em função das peculiaridades de que se revestem estes ilícitos.

No que respeita ao impedimento de renúncia à legítima defesa, importa recordar o exemplo suscitado por Rodriguez Devesa: "Direito Subjetivo (Facultas Agendi) no Direito Penal Comum, no Direito Penal Militar ela não tem cabida frente a uma agressão de um inferior. No Direito Comum, o agredido pode renunciar ao seu exercício, já no Direito Militar, o superior tem o dever de rechaçar a agressão a benefício da disciplina. Inexiste possibilidade de renúncia".

Quanto à celeridade, necessariamente a Justiça Militar há de se caracterizar pela rapidez imprimida às suas decisões, mormente em época de guerra, quando a brevidade dos julgamentos vai influir diretamente no moral das tropas.

De outro lado, as especificidades que distinguem a carreira militar das demais, os aspectos correlacionados com a prestação do serviço militar, com ênfase na sua breve duração, aspectos relativos à carreira militar, à preservação dos princípios basilares da hierarquia e da disciplina, bem como inúmeros outros fatores que seria ocioso enumerar,

estão a indicar a absoluta necessidade de se imprimir a maior velocidade possível à prestação jurisdicional, no âmbito da Justiça Castrense.

Frustra ao militar de carreira a demora de um julgamento definitivo que lhe permita retornar sua trajetória, obtendo, com a maior brevidade possível, a promoção postergada em razão de se encontrar sub-júdice.

Afeta muito mais às Forças Armadas manter em seus quadros aquele que, por seu comportamento inadequado, extrapola as condutas éticas e morais ou, pior ainda, incide na prática de ilícito penais.

Em face de tudo isso, além de constituir importante característica, a celeridade há de representar um objetivo permanente a ser perseguido em todas instâncias da Justiça Militar da União.

Em relação à mobilidade, sublinhe-se inicialmente que se trata de uma conseqüência, um corolário de característica anterior. Ou seja, para assegurar sua celeridade a Justiça Militar deve possuir mobilidade suficiente para acompanhar a tropa onde quer ela esteja.

Assim foi com os romanos, assim deve ser hoje.

A propósito, convém recordar que durante a Segunda Guerra Mundial, quando a Força Expedicionária Brasileira deslocou-se para o Teatro de Operações Europeu, onde atuou, levou consigo, no primeiro escalão, a Auditoria da Justiça Militar.

Tal fato configura a Justiça perto do jurisdicionado: pronta, ativa, com estrutura ágil que lhe permita, na retaguarda, apurar os delitos e punir os culpados com a maior brevidade possível.

Esta importante característica, ao lado das demais, constitui também, um dos fundamentos que justificam a existência de uma Justiça Especializada ou seja a Justiça Militar, porquanto a Justiça Comum, que não possui essas características, jamais se revelaria adequada para assegurar a incolumidade dos bens jurídicos tutelados por este ramo especializado da justiça.

IV – ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Ao examinar a Organização e funcionamento da Justiça Militar, enfocaremos inicialmente o Superior Tribunal Militar, num segundo momento as Circunscrições Judiciárias Militares, após os Conselhos de Justiça e por último o Poder de Polícia.

A composição do Superior Tribunal Militar, está prevista no art. 123 da Constituição Federal, onde se lê:

“O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre Oficiais-Generais da Marinha, quatro dentre Oficiais-Generais do Exército, três dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo Único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I – três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II – dois, por escolha paritária, dentre Juízes-Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.”.

Esta composição do Superior Tribunal Militar constitui o chamado escabinato ou escabinado e revela-se de inequívoca importância para apreciação e julgamento dos feitos de sua competência.

O escabinato permite aliar a experiência de chefes militares que atingiram o ápice das respectivas carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos Ministros Civis.

O STM tem jurisdição em todo o território Nacional.

No que respeita à competência, cabe ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originariamente Oficiais-Generais; pedidos de Habeas Corpus, Mandado de Segurança e outros feitos.

Compete-lhe, também, julgar Apelações, Embargos, Conflitos de Competência, Pedidos de desaforamento, Correições Parciais e outros feitos.

Em relação à primeira instância, destaque-se a existência de doze Circunscrições Judiciárias Militares. Em cada Circunscrição Judiciária Militar funciona uma Auditoria, à exceção da Primeira, sediada no Rio de Janeiro, que dispõe de quatro, da 2ª CJM (São Paulo) que dispõe de duas, e da Terceira CJM, sediada em Porto Alegre, que conta com três, sendo uma em Porto Alegre, outra em Santa Maria e outra em Bagé.

Fazendo um paralelo, é lícito dizer que as Auditorias correspondem às Varas da Justiça Federal e da Justiça Comum.

As áreas territoriais de jurisdição das Circunscrições Judiciárias Militares correspondem às áreas das diversas Regiões Militares do Exército Brasileiro. (Anexo I)

Além das Auditorias que integram as Circunscrições Judiciárias Militares, existe uma Auditoria de Correição, sediada em Brasília, a cujo Juiz-Auditor Corregedor compete a responsabilidade de efetuar, mediante planejamento aprovado pelo Superior Tribunal Militar, a correição das atividades das diversas Auditorias. Sua vigilante atuação lhe permite representar ao STM para sanar erros in procedendo, eventualmente detectados na Primeira Instância.

A cada Auditoria corresponde um Juiz-Auditor e um Juiz-Auditor Substituto, ambos, em tese, com idênticas atribuições judicantes.

Além disso, contam as Auditorias com cartórios, secretarias e pessoal necessário a fornecer-lhes o indispensável apoio na área jurídica e administrativa.

Junto às Auditorias atuam representantes do Ministério Público Militar que exercem na plenitude suas atribuições, funcionando como "custus legis", ou seja, como fiscal do cumprimento da lei, e como "dominus litis", nesse caso como parte na relação processual, ofertando a denúncia e praticando os demais atos processuais como autor da Ação Penal.

Ali labutam, também, Advogados e Defensores Públicos. Registre-se, por oportuno, que a Justiça Militar detém a primazia da iniciativa da criação da Defensoria Pública e da designação de defensores dativos para assistirem àqueles que não têm condições financeiras para constituir Advogados.

Na Primeira Instância da Justiça Militar funcionam, dentro das Auditorias, os Conselhos de Justiça.

Existem dois tipos de Conselhos: o Permanente e o Especial.

O Permanente é nomeado para atuar por um período de três meses, correspondente aos trimestres do ano civil.

O Conselho Especial, uma vez nomeado, funciona durante o período de tempo necessário ao julgamento do feito para o qual foi constituído.

Os Conselhos Permanentes são constituídos por um Juiz-Auditor e quatro Oficiais, dentre os quais um Oficial Superior que preside o Conselho.

Esses Oficiais são integrantes da Força Armada a que pertence o militar que estiver sendo processado.

Assim, dentro de cada Auditoria funciona um Conselho Permanente para cada Força Armada. Os integrantes dos Conselhos são designados a cada trimestre, mediante sorteio, dentre os oficiais que se encontram sediados na área de jurisdição de cada uma das Circunscrições Judiciárias Militares.

Aos Conselhos Permanentes compete processar e julgar as Praças Especiais e as Praças das Forças Armadas, bem como os civis denunciados pela prática de crime militar.

Os Conselhos Especiais, conforme se registrou anteriormente, funcionam durante o período de tempo necessário ao julgamento do militar que estiver sendo processado.

Os Conselhos Especiais são integrados por um Juiz-Auditor e quatro Oficiais, todos mais antigos e da mesma Força do que o Oficial que

estiver sendo processado, sob a Presidência de um Oficial Superior ou Oficial-General.

Aos Conselhos Especiais compete processar e julgar os Oficiais das Forças Armadas denunciados pela prática de crime militar.

No tocante ao funcionamento da Justiça Militar, oportuno é enfatizar que a Ação Penal Militar é pública e inicia-se com o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público Militar.

O oferecimento da denúncia normalmente é fundamentado num Auto de Prisão em Flagrante, numa Instrução Provisória de Deserção ou num Inquérito Policial Militar.

Assim, senhores, é que, em síntese funciona a nossa Justiça Militar.

Antes de encerrar, não poderíamos deixar de registrar o fato de que, ao longo de seus quase duzentos anos de existência, a Justiça Militar do Brasil vem exercendo suas atividades judicantes, honrando seu compromisso com a verdade, observando rigorosamente o devido processo legal e buscando imprimir a maior celeridade possível aos processos de sua competência.

Sua atuação tem sido alvo de elogios de renomados juristas que advogaram na Justiça Militar, em especial quando se reportam ao Superior Tribunal Militar, que muito me honra integrar e que tem sido considerado o mais liberal do Brasil.

Assim foi nos primórdios da República, conforme o testemunho de Rui Barbosa, e no período de Governo Militar, segundo o depoimento de Heleno Cláudio Fragoso e de tantos outros Advogados que atuam na Justiça Militar.

Nos períodos de crise o Superior Tribunal Militar jamais se curvou ou agiu no sentido de agradar o Poder Executivo.

Prova inequívoca disto é que coube a um Ministro Militar, o Almirante José Espínola, nos idos dos anos sessenta, a primazia de conceder liminar num Hábeas Corpus preventivo. Quando mais tarde, o Supremo Tribunal Federal atuou no mesmo sentido, em Habeas Corpus

concedido a um Governador na iminência de ser deposto, invocou-se o precedente da Justiça Militar.

V - CONCLUSÃO

Como restou demonstrado, bem ao contrário daquilo que imaginam aqueles que ignoram fatos relativos à História do Direito, a Justiça Militar possui remotas origens.

Presente, comprovadamente, desde a mais antiga das Leis conhecidas o Código de Urnammu, ela evoluiu na Grécia, alcançou contornos mais precisos no antigo Império Romano, aperfeiçoando-se ao longo dos tempos.

No Brasil, evoluiu desde a época da Colônia, adquiriu personalidade própria no Império com a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça e afirmou-se definitivamente na República, onde passou a ser reconhecida e validada desde a primeira Constituição Republicana de 1891, sendo inserida no Poder Judiciário pela vontade soberana dos Constituintes de 1934 e tendo sua composição e competência definidas na atual Constituição.

Entre suas peculiaridades destacam-se seu inafastável compromisso com a verdade, a validade de sua existência à luz da Teoria Tridimensional do Direito, sua competência e suas características.

A existência da Justiça Militar justifica-se plenamente quando se recorre à Teoria Tridimensional do Direito da lavra do Professor Miguel Reale, expressão maior da Filosofia do Direito no Brasil. Justifica-se mormente em razão das especificidades das Forças Armadas, dos valores essenciais às suas sobrevivências como Instituições especialíssimas incumbidas da Defesa da Pátria, pelo fato de que os militares são as únicas pessoas de quem se exige o sacrifício da própria vida no cumprimento do dever.

Ao observar-se as características da Justiça Militar, foi possível constatar que suas próprias peculiaridades também estão a justificar sua existência.

Por derradeiro, dissertamos sobre a organização e funcionamento da Justiça Militar da União, enfocando o Superior Tribunal Militar, as Circunscrições Judiciárias Militares e os Conselhos de Justiça.

Pudemos então constatar que a Composição do Superior Tribunal Militar está regulada na própria Constituição, que além disso explicita, em termos gerais, a estruturação da Justiça Militar e define sua competência.

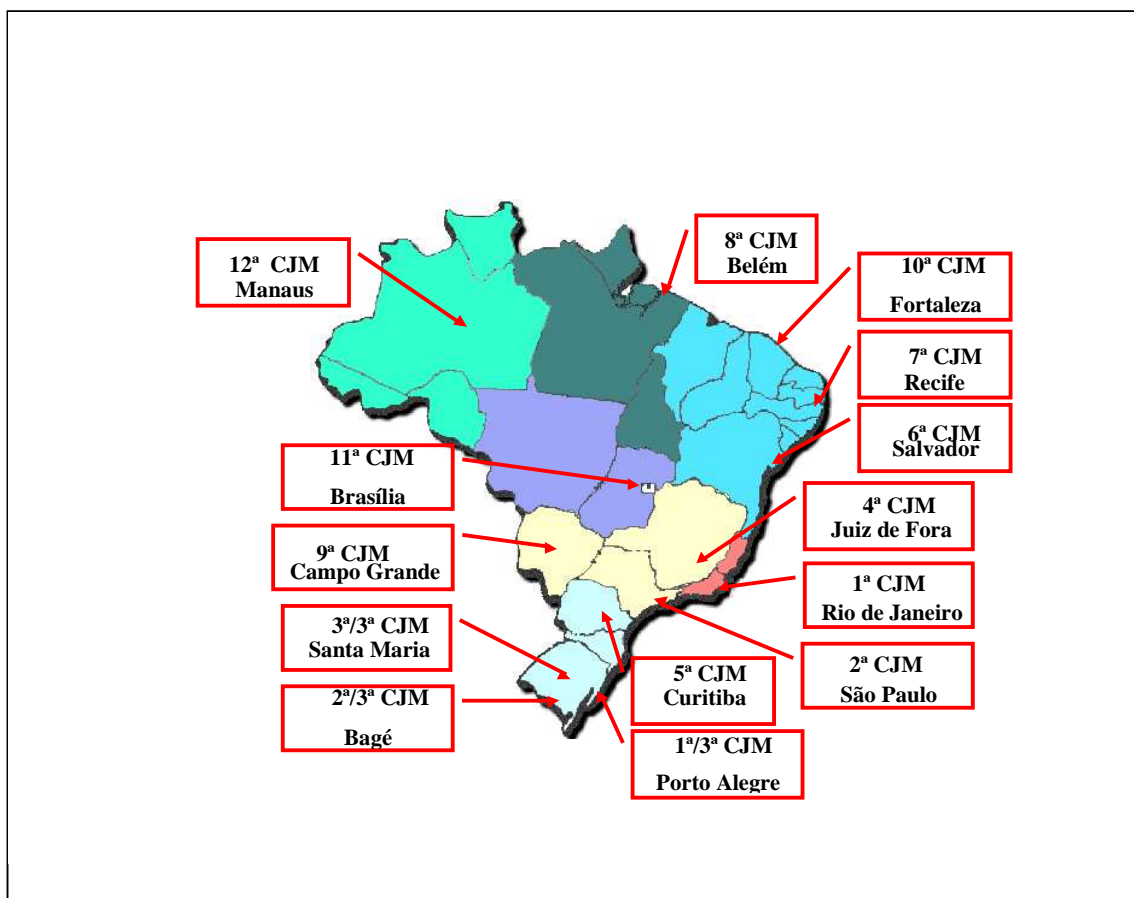
Organizada em forma de escabinato e contando com a decidida colaboração dos membros do Ministério Público Militar, de Defensores Públicos e de Advogados, a Justiça Militar no Brasil vem cumprindo eficaz e eficientemente sua nobre missão.

Isto ocorre desde a primeira instância, dividida em Circunscrições Judiciárias Militares que contam com uma ou mais Auditorias, onde funcionam os Conselhos de Justiça: o Permanente, destinado a processar e julgar praças e civis, e o Especial, a quem compete processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais.

Concluimos nos reportando à independência da Justiça Militar e, em especial do Superior Tribunal Militar, que ao longo de sua história vem dignificando o Poder Judiciário do Brasil, máxime porquanto jamais se curvou, ou decidiu no intuito de agradar o Poder Executivo ou de atender qualquer outro interesse que não o de melhor distribuir a justiça, honrando seu compromisso com a verdade e observando o devido processo legal.

ANEXO I

DISTRIBUIÇÃO DAS CIRCUNSCRIÇÕES JUDICIÁRIAS MILITARES



FONTES BIBLIOGRÁFICAS

1. LOUREIRO NETO, José da Silva DIREITO PENAL MILITAR. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição.
2. REALE, Miguel LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição.
3. GUSMÃO, Crisólito de DIREITO PENAL MILITAR. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos - Editor, 1915.
4. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa PROCESSO PENAL. Editora Saraiva, 1º volume, 1ª edição.
5. CORREA, Getúlio DIREITO MILITAR - HISTÓRIA E DOCTRINA. Florianópolis: AMAJME, 2002.
6. BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. Brasília: Conferência, 2001.
7. LOBÃO, Célio DIREITO PENAL MILITAR. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO

O segundo expositor é o Sr. Ministro Carlos Alberto Marques Soares, que é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 1972. Ainda como acadêmico de Direito foi aprovado em concurso público para o Superior Tribunal Militar, no cargo de Oficial de Justiça, exercendo, porém, tal função, na Auditoria Militar do Estado da Guanabara (atual Rio de Janeiro); Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil sob nº 21.061. Ingressou no Escritório de Advocacia Abelardo Pereira, como estagiário, permanecendo como membro do mesmo até 1974; Assessor Jurídico dos Ministros do STM: Ten.-Brig.-do-Ar Honório Pinto Pereira de Magalhães Neto, 1974/1976; Ten.-Brig.-do-Ar Carlos Alberto Huet de Oliveira Sampaio, 1976/1977 e Ten.-Brig.-do-Ar Deoclécio Lima de Siqueira, 1977/1982. Em 1976, foi aprovado nos concursos públicos para o cargo de Procurador Autárquico/Assistente Jurídico, chamado a exercê-lo no Estado-Maior das Forças Armadas, tendo recusado, e para o cargo de Advogado do Banco Central do Brasil. Em 12 de março de 1982, assumiu as funções de Juiz-Auditor Substituto na 2ª Auditoria da 3ª CJM, após aprovação em concurso público. Removido, a pedido, em 1984, para a Auditoria da 10ª CJM. Assumiu a titularidade nas Auditorias: 8ª CJM de nov./dez. de 1985; 9ª CJM de 1º a 30 jul. de 1986 e jan./fev. de 1994; 7ª CJM de nov./dez. de 1986; 4ª/1ª CJM, cumulativamente com as funções junto à 1ª Auditoria, mar./abr. de 1994. Removido, a pedido, assumiu em novembro de 1987 as funções na 1ª Auditoria de Marinha da 1ª CJM. No período de set./out. de 1993, assumiu a titularidade da 2ª/1ª CJM (ex-2ª Auditoria de Marinha) cumulativamente com as funções junto à 1ª Auditoria. Promovido a Juiz-Auditor titular, por merecimento, em junho de 1994, exercendo a titularidade e direção do foro junto à Auditoria da 7ª CJM. No período de 2 a 31 janeiro de 1998, foi convocado pelo Ministro-Presidente do STM, para assumir o exercício pleno do cargo de Juiz-Auditor Corregedor.

Concedo a palavra ao Ministro Carlos Alberto Marques Soares.

Inicialmente, traremos à colação análise da natureza da Justiça Militar como Justiça Especial e a afinidade do Direito Penal e Processual Militar com os demais ramos do Direito, para, mais adiante, justificarmos a manutenção ou a revogação de alguns dispositivos da nossa legislação adjetiva, tendo como base os princípios insculpidos na Carta Magna.

No dizer de José Frederico Marques, in "Competência em Matéria Penal", fls. 135 e seguintes:

"A justiça militar é das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica. Não se trata de um privilégio de pessoas, mas de organização decorrente, como lembra ASTOLPHO REZENDE, das 'condições especiais que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar, como também pela natureza das infrações disciplinares, aptas a comprometer a ordem jurídica e a coesão dos corpos militares. Como diz um notável escritor italiano, trata-se de juízes especiais, técnicos, juízes naturais do soldado, que sabem pesar os danos que à disciplina e ao serviço, ao bom estado militar podem custar as infrações e que a este dano proporcionam a adequada sanção'. Não se trata, como diz CRISPI, 'de uma justiça particular, no Estado, nem de privilégios pessoais, ou de prerrogativas de corporação, ou de classe de pessoas, mas de uma jurisdição especial, exigida e adequadamente justificada pela necessidade da disciplina'.

Como notou SILGUEIRA, não seria possível, 'sem confundir noções essencialmente distintas, e sem afetar profundamente a organização do Estado, entregar aos princípios e disposições da lei comum, as relações jurídicas que os exércitos produzem. A instituição da força armada exige fórmulas legislativas expressas, inteiramente próprias e diversas das que correspondem à sociedade em geral. Os exércitos têm uma missão especial que não pode ser cumprida senão por eles'. Daí a exatidão do que disse M. DE BROGLIE, 'de que a legitimidade de uma justiça militar não poderia seriamente pôr-se em dúvida: ela é legítima porque é necessária'.

Iguais considerações encontram-se em CASTRO NUNES o qual, citando JOÃO VIEIRA, lembra que a jurisdição militar 'não é um privilégio pessoal, nem uma prerrogativa de corporação ou seita, mas é ordenada sobre a essência do serviço militar, a qual não admite que a disciplina fique perturbada ou enfraquecida, que sejam subtraídas aos chefes militares a vigilância sobre as ordens, a subordinação e o juízo das violações delas'."

A disciplina é a força e a vida das instituições militares que, juntamente com a preservação dos princípios hierárquicos, necessitam de uma legislação própria e de uma jurisdição especializada que possa dar garantia de sua manutenção. Esse foro especial se constitui na condição da boa administração da Justiça que, em razão das peculiaridades da carreira militar, exige um resultado penal célere..

Ao palestrar do XIX Seminário Roma-Brasília, no Painel "Acesso à Justiça e Jurisdições Especiais", com presença da insigne Professora Ada Pellegrini Grinover, ficou consignado que uma justiça especial, como a militar, só se justificaria à luz de uma legislação própria que atendesse às particularidades da sua existência.

Face aos ensinamentos dos mestres, é que temos repellido as interpretações açodadas, mais comprometidas com a busca preconcebida de novidades do que com a reflexão amadurecida de todo o sistema normativo penal ou processual militar.

O mestre chileno, Prof^o Renato Astrosa Herrera em seu "Derecho Penal Militar", 2^a Edición, ministra conceitos sobre a especialidade do Direito Penal e Disciplinar Militar nos seguintes termos:

"Dessas normas jurídico-militares, as disciplinares e penais são as mais essenciais para o ordenamento jurídico militar, já que nelas repousa a disciplina militar, pressuposto para a existência de qualquer corpo armado".

[...]

"Entre os bens jurídicos protegidos pela lei penal militar se encontram a segurança externa e interna do Estado, a segurança das

instituições armadas, os deveres e honras militares, a subordinação e a hierarquia, os interesses materiais das instituições armadas, a propriedade militar e a fé militar.”

O saudoso professor chama a atenção para o estudo do Direito Penal e Processual Penal Militar ante as demais ciências jurídicas, posto que o Direito Militar se constitui numa derivação do Direito Penal comum. Assim, pode-se afirmar que as ciências jurídicas ou auxiliares que se relacionam com o Direito Penal comum, também informam ou complementam o Direito Penal Militar. Em conseqüência, o Direito Constitucional, o Direito Internacional, o Direito Administrativo e o Direito Privado têm íntima conexão com o Direito Penal Militar. O mesmo ocorre, e por idêntica razão, com as ciências auxiliares, como são a Filosofia, a Antropologia, a Sociologia, a Medicina Legal, a Psiquiatria Forense, a Política Criminal etc.

O Ministro Jorge Alberto Romeiro acrescenta também o Direito Comparado e os Tratados Internacionais.

Destacamos, entretanto, o Direito Constitucional cuja relevância dispensa maiores considerações, em face da sua natureza hierárquica ante as demais leis ordinárias ou especiais.

Na definição dos mestres, o Direito Processual Constitucional tem em si a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo (in Teoria Geral do Processo, de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco).

Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual e muito menos do Direito Constitucional, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição (in mesmos autores).

Ademais, como o processo legislativo em nosso país é extremamente moroso, com a edição da Constituição de 1988, criando e mantendo inúmeros princípios com características de normas pétreas, em nosso ordenamento jurídico penal e processual penal, culminou por impor

aos operadores do Direito a aplicação dessas normas jurídicas que passamos a denominar de Direito penal e processual constitucional.

A nosso sentir, nenhuma norma constitucional descaracteriza a natureza especial do Direito Penal e do Processo Penal Militar. Ao contrário, quando se impõe a exceção, a Carta Magna o faz, como no caso do flagrante delito, em que ressalvou as punições disciplinares e os crimes propriamente militares (art. 5º, inciso LXI da CF/88).

A nossa legislação penal e processual penal militar tem sua vigência desde 1969 e a Constituição Federal é de 1988, daí deparamos com preceitos constitucionais que representam alterações substanciais do sistema penal e processual penal, impondo mudanças significativas na interpretação de regras vigentes e produziram novos textos legais ou motivaram projetos e anteprojetos. (in Processo Penal Constitucional – Antonio Scarance Fernandes).

Desse modo podemos concluir que alguns institutos da nossa lei substantiva e adjetiva passaram a exigir nova interpretação, sem que se desnaturalize a sua essência, e alguns temas que poderiam ser abordados.

Gostaria de destacar o seguinte:

DENÚNCIA E A JUSTA CAUSA – ART. 77, LETRA “F” DO CPPM

A nossa legislação processual, muito mais avançada do que a comum, traz entre os requisitos da exordial a letra “f” que exige do órgão de acusação que exponha as razões de convicção ou presunção da delinqüência.

Diz o texto:

São requisitos da denúncia:

[...]

as razões de convicção ou presunção da delinqüência;

[...]

Assim, o não preenchimento desses requisitos pela acusação, certamente levará à rejeição da denúncia por falta de justa causa, depois de obedecidas as formalidades previstas no § 1º, do art. 78, do CPPM.

O Código de Processo Penal Comum, em seu artigo 41, dispõe:

“A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

A diferença, que salta aos olhos até dos menos avisados, afasta de morte a jurisprudência e a doutrina calcadas na legislação adjetiva comum.

O Professor Antonio Scarance Fernandes, em sua excelente monografia “A Reação Defensiva À Imputação”, editora Revista dos Tribunais, com inigualável clareza, ensina:

“A atribuição do fato criminoso na denúncia ou queixa, além de fundada, deve ser fundamentada, com a indicação dos elementos nos quais se assenta como valoração positiva a respeito da viabilidade da acusação.

Na tradição do Direito brasileiro, foi exigência constante de nossa legislação a indicação das razões da acusação. O art. 79 do Código do Império, ao tratar dos requisitos da queixa ou da denúncia, afirmava que deveria conter, além do fato com todas as suas circunstâncias, o nome de quem teria cometido o crime e “as razões de convicção ou presunção”. Esse requisito foi mantido no art. 42 do Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898.

É com base nessa legislação que foi cunhada a clássica afirmação de João Mendes de que a denúncia deve ser demonstrativa. Com o art. 41, do Código de Processo Penal, o legislador contenta-se com a descrição do fato e suas circunstâncias. Assim, não há mais no sistema brasileiro exigência de que o promotor ou o querelante indique os elementos nos quais sustenta a atribuição do fato criminoso ao acusado.

Em que pese a mudança ocorrida, a denúncia repete a definição de João Mendes e se refere à denúncia demonstrativa, como bem ilustra Tourinho Filho ao afirmar que deve a denúncia “ser demonstrativa, porquanto o órgão do Ministério Público dá as razões do seu convencimento e indica as provas.”

O mestre, como, aliás, a maioria dos doutrinadores pátrios, esqueceu-se de que o Código de Processo Penal Militar, em vigor desde 1969, contempla o dispositivo por ele considerado indispensável à exordial, portanto se constitui num avanço que deve ser mantido na legislação processual.

Minhas senhoras e meus senhores, outros temas mereceriam análise em face das suas relevâncias para o Direito Processual em geral, especialmente para o Processual Penal Militar, tais como:

DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

CRIMES DOLOSOS CONTRA VIDA

COMPETÊNCIA E A TEORIA DA UBIQUIDADE

ATOS PROBATÓRIOS

PERÍCIAS – HOMOLOGAÇÃO – RECURSO CRIMINAL

CORREIÇÃO PARCIAL – CORREGEDOR – LIMITES

EMBARGOS – NO CPPM – DISTORÇÕES ATUAIS

DILIGÊNCIAS DETERMINADAS EM 2ª. INSTÂNCIA – ART. 616 DO
CPP

Nessa ótica, em face da exigüidade de tempo, deixaremos apenas o registro, instigando os estudiosos do Direito à serena reflexão dos temas, entretanto daremos destaque à recente reforma constitucional e seus reflexos em nossa justiça especializada.

DA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E A JUSTIÇA MILITAR DA
UNIÃO – CONSIDERAÇÕES.

Gostaríamos, agora, de tecer algumas considerações acerca da Reforma do Poder Judiciário e em que ela interferirá direta ou

indiretamente na Justiça Militar da União e nas Instituições militares, mais especificamente com os comandos.

Do que já foi aprovado pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, poderíamos destacar alguns pontos:

1 – Publicidade das Sessões Administrativas dos Tribunais

Art. 93, inciso X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

(Questiono que as sessões dos conselhos de justificação ou de disciplina haverão de ser, também, públicas, salvo se por motivo de decoro, preservação dos princípios da hierarquia e disciplina se façam necessárias a sessão secreta ou reservada).

2 – Delegação dos Atos sem Caráter Decisório

Art. 93, inciso XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

(Os senhores comandantes receberão, certamente, ofícios e comunicados subscritos pelos diretores de secretaria das auditorias, sem que isso se constitua em qualquer forma de desatenção ou desconsideração).

3 – Da Justiça Militar Estadual – Art. 125, §§ 3º., 4º., 5º.

Art. 125

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir

sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

DO TEXTO QUE RETORNOU À CÂMARA DOS DEPUTADOS, E O QUE DELE SE ESPERA.

1 – Do Superior Tribunal Militar – Art. 123, Parágrafo único, incisos I, II e III.

Art. 123 - O Superior Tribunal Militar compor-se-á de onze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo dois dentre oficiais-generais da Marinha, três dentre oficiais-generais do Exército, dois dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e quatro dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I – dois dentre juízes-auditores;

II – um dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

III – um dentre membros do Ministério Público Militar.

2 – Da Competência

Art. 124 – À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

Destarte, para que fique consignado, urge que se analise os textos aprovados para as Polícias Militares e Bombeiros Militares e o que

retornou à Câmara dos Deputados referente aos militares das Forças Armadas.

A nosso sentir o texto aprovado para as Justiças Militares dos Estados no momento que se refere às ações judiciais contra atos disciplinares, o legislador ampliou a competência daquela justiça especializada para, também, conhecer e julgar matéria de natureza civil.

Assim sendo, faremos breves considerações acerca da expressão “exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos militares das Forças Armadas”.

O controle jurisdicional é o exercício de função estatal deferida ao Poder Judiciário na aplicação de normas de ordem jurídicas a um caso concreto, com a conseqüente solução do litígio, obviamente dentro de sua competência.

No dizer do Professor Farlei Martins de Oliveira, em seu livro “Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional”: O controle jurisdicional da Administração Pública abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em determinadas circunstâncias, o controle de mérito praticado pelos órgãos do Executivo e dos demais poderes que exercem funções administrativas.

“Verificamos, assim, que o controle jurisdicional é princípio estruturante do Estado de Direito. A possibilidade de controle jurisdicional, como hoje se conhece, como influência da Constituição Americana, sobretudo de Marshall, do judicial review, aparece na Constituição da República, 1891, e sobrevive até agora. A possibilidade de controle judicial é a mola propulsora do Estado de Direito.” (Lúcia Vale Figueiredo – “O Controle Jurisdicional da Administração Pública” – p. 02)

Prossegue o ilustre autor: “O sistema jurisdicional brasileiro adota para fins de controle judicial da Administração a jurisdição uma (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal/88), que consagra o monopólio jurisdicional ao Poder Judiciário, ao contrário de alguns países europeus, como França e Portugal, em que se adota o sistema do contencioso administrativo, pelo qual a Administração resolve seus conflitos com os

particulares por intermédio de órgãos administrativos especialmente qualificados para essa tarefa.

O controle jurisdicional da Administração Pública está aberto ao Poder Judiciário sempre que qualquer ação ou medida de autoridade administrativa, eivada de ilegalidade ou abuso de poder, traga ou ameace trazer prejuízos ao administrado, mormente num Estado de Direito firmado no princípio da legalidade.

Porém, esse controle judicial dos atos administrativos não é ilimitado. Como bem assinala Diogo de Figueiredo Moreira neto, o controle exercido pelo Poder Judiciário sofre restrições quanto à matéria (crimes de responsabilidade), quanto à amplitude do ato de controle (mérito), quanto à oportunidade do pronunciamento (coisa julgada).

No tocante ao controle do mérito dos atos discricionários, via de regra, estes atos não estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, que só verifica e julga a regularidade dos elementos vinculados do ato.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto.”

Mais adiante assevera o mesmo autor (Diogo de Figueiredo Moreira Neto): “Porque se é certo que o Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o julgador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção, sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública.”

Contudo, o Poder Judiciário só poderá anular ato discricionário írrito. Não poderá sucessivamente optar pela prática de outro ato administrativo como se administrador fosse, pois ao juiz é vedado escolher o novo motivo ou o objeto (juízo de mérito), que é único e exclusivo do administrador, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

No âmbito das Forças Armadas, o controle jurisdicional dos elementos ou requisitos de validade e eficácia do ato militar sancionador, que não importe restrição ao direito de liberdade, será apreciado pela Justiça Federal, tendo em vista o vínculo funcional dos seus integrantes com a União, ex vi do disposto no art. 109, inciso I, da Constituição Federal.”(in mesmo autor).

No dizer de Eduardo Espínola Filho “a jurisdição envolve dois elementos constitutivos: o órgão, isto é, o juiz, que exerce o direito-dever, ou poder de solucionar o conflito de interesses, aplicando a vontade do direito ao caso concreto; e a função, isto é, a solução da espécie de fato, com a decisão do conflito”.

Em sua origem, como é de sabença de todos, a palavra jurisdição provém do latim *juris* (direito) e *dictio* (dizer), ou seja, a ação de dizer o direito, obviamente nos limites da sua competência.

Tanto assim é que dentre os Princípios de Jurisdição encontramos, talvez o de maior importância, a meu sentir, o Princípio do Juízo Natural, onde ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente que é aquela cujo poder jurisdicional vem fixado em regras predeterminadas.

No que tange à competência, no dizer de Fernando Capez (in Processo Penal), como poder soberano do Estado, a jurisdição é una. É evidente, porém, que um juiz não pode julgar todas as causas, portanto, a lei distribui a jurisdição por vários órgãos do Poder Judiciário. A “competência é, assim, a medida e o limite da jurisdição”.

A doutrina leva-nos à conclusão de que competência é a delimitação do poder jurisdicional. Aponta quais os casos que podem ser julgados pelo órgão do Poder Judiciário.

Como competência é matéria de natureza constitucional, temos no artigo 124 da Constituição Federal, que retornou à apreciação da Câmara dos Deputados, o seguinte texto:

“À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas”.

Assim, sendo a nossa competência evidentemente criminal, restou-nos excepcionalmente, e por construção doutrinária e jurisprudencial, a competência do Superior Tribunal Militar para conhecer e julgar os Mandados de Segurança decorrentes de constrangimento de autoridade judiciária militar (de seus próprios atos, os do Presidente e de outras autoridades da Justiça Militar, letra “c”, do inciso I, do Artigo 4º, do Regimento Interno, e letra “d”, inciso I, do artigo 6º da Lei nº 8457/1992).

A evidente conclusão é que sendo promulgado o texto que retornou à Câmara dos Deputados, impõe-se a urgente alteração do nosso Regimento Interno e de nossa Lei de Organização Judiciária Militar para que não paire dúvidas acerca dos julgamentos dos Mandados de Segurança impetrados contra as punições disciplinares, já que com relação aos Habeas Corpus não haveria qualquer dúvida em face da nossa competência criminal.

Destarte, o controle jurisdicional das punições disciplinares só poderá ser exercido pela Justiça Militar da União, através de apreciação de Habeas Corpus e, excepcionalmente, por Mandado de Segurança.

Senhores, não é só com a inserção de conceitos não adotados em nossa lei adjetiva castrense ou a extinção de outros ainda marcados pelas tradições imperiais, tão conflitantes com o momento atual de uma sociedade, impulsionada pela agilidade quase supersônica da era da informática, onde a novidade de hoje, certamente estará obsoleta

amanhã, e devido ao constante questionamento do judiciário, mas esperamos que esse Poder volte a ser célere e acreditado por todos, mas também precisamos refletir sobre os ritos processuais de forma que possam oferecer às partes e ao julgador conclusões rápidas e justas.

Daí podemos dizer, e não há dúvida, que é através do devido processo que se realiza o Direito, obedecendo aos seus atos estabelecidos em lei.

O processo, destarte, representa a atividade jurisdicional com a finalidade de se fazer justiça através da aplicação da lei. Os sistemas processuais são inquisitoriais, acusatoriais e mistos.

O nosso sistema é acusatório, sendo que a fase inquisitorial fica legada a procedimentos provisionais correspondentes aos inquéritos.

Não pretendemos desviar nossa idéia para o questionamento existente entre processo e procedimento, onde alguns autores entendem que o segundo nada mais é do que o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o primeiro, ou seja, é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo (In Ada Pellegrini Grinover).

Alguns autores tratam, por exemplo, o inquérito como sendo o procedimento provisional, em face da sua natureza inquisitorial.

Os processos penais, em sua forma, podem ser classificados de ordinários e especiais.

Dentre os processos especiais, assim denominados no título II do CPPM, estariam previstos para os delitos de deserção, insubmissão, habeas corpus, restauração de autos, processo da competência originária do STM e correição parcial.

Ab initio, em face das peculiaridades de nossa Justiça castrense, entendemos que melhor seria que todos os crimes propriamente militares obedecessem a um rito especial, não ao atualmente disposto e desvirtuado no código de processo, mas um que, assegurando os princípios constitucionais da ampla defesa, retome a audiência de instrução e julgamento permitindo uma instrução célere.

Não podemos entender que se julguem crimes propriamente militares, como os de deserção, insubmissão, abandono de posto ou local de serviço, desrespeito a superior, insubordinação etc... num rito ordinário em que o resultado final se distancia de tal forma do fato delituoso, que nenhum efeito pedagógico e até mesmo retributivo advirá dessa morosidade.

Daí, senhores, nos perdoem os membros da nobilíssima instituição do Ministério Público Militar que têm ofertado denúncias, mesmo para esses tipos de delitos, calcados em mais de cinco laudas e requerendo a oitiva de até dez testemunhas.

Ficamos muito preocupados quando lemos denúncias longas com "citações doutrinárias" e, quase sempre sem objetividade. Ainda bem que é resultado de infinita minoria.

No dizer de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rafael Dinamarco, em a "Teoria Geral do Processo", analisam as formas de procedimento como sendo escrito, oral e misto (fl. 325).

"Quando se exige que as alegações ou provas orais sejam conservadas por escrito, fala-se no princípio da documentação".

"O Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na exposição de motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral, em sua forma pura. O que se adota é o procedimento misto, na combinação dos dois procedimentos: a palavra escrita pode ter até mesmo acentuada predominância quantitativa, mas a seu lado permanece a falada, como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz. É o sistema brasileiro, tanto no processo civil como no penal.

Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral o seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias.

No sistema pátrio, entretanto, os princípios supra foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência, no campo do processo civil redundou na revisão da posição adotados pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade.”

No nosso Código de Processo Penal Militar estabeleceu-se, no capítulo dos processos especiais, por tradição, o procedimento oral misto em que, numa única audiência, se realizavam a instrução e o julgamento, conservando-se os termos por escrito, cabendo da sentença final o recurso de apelação.

Entretanto, com a Lei nº. 8.236/91, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal Militar, com o desvirtuamento dos processos de deserção e de insubmissão, em face da insistência da defesa na oitiva de testemunhas inúteis e da complacência de alguns juízes de primeira instância e do Tribunal, deu-se a esses processos, que tinham uma instrução não superior a sessenta dias e uma audiência de instrução e julgamento, o mais ordinário dos procedimentos que hoje, pasmem os senhores, tem mofado nas prateleiras das nossas Auditorias, com diligências intermináveis e precatórias absurdas por mais de um ano, quando alguns chegam até a prescrição.

Vemos com certa urgência, a necessidade de modernização de nossa legislação processual, mas, especialmente, que os operadores do Direito, procuradores, advogados e juízes, mudem urgentemente suas mentalidades: primeiro de expor suas rivalidades intelectuais e de mando no processo e, também, as disputas voltadas a “um vencer ou perder”, sendo que o réu, que é o verdadeiro objeto do processo, acaba por não entender nada do que foi dito e discutido e, na maioria das vezes, até por que foi condenado ou absolvido.

Gostaríamos de, ao concluir a presente palestra, trazermos à colação algumas das qualidades que vemos indispensáveis, essenciais nos operadores do Direito, sobre a comunicação judicial, quais sejam: A OBJETIVIDADE E A SIMPLICIDADE.

OBJETIVIDADE: Quando forem elaborar qualquer peça processual ou fizerem uso da palavra durante uma audiência, urge que cada um dos operadores do Direito questione a si próprio até que ponto está transmitindo com objetividade as suas idéias.

Uma boa reflexão seria a de imaginar o que o homem comum do povo compreenderia da mensagem contida na petição, no arrazoado, na sustentação oral, na sentença e no recurso.

SIMPLICIDADE: a comunicação oral e escrita, como ferramentas da jurisdição, são, sem dúvida, os meios mais relevantes de convencimento das partes e do juiz sobre o Direito que se quer reconhecido.

A fundamentação dos requerimentos, das decisões e das sentenças dispensam erudição, que fica melhor nos anais das teses acadêmicas ou nas obras doutrinárias.

Senhores, que num futuro próximo, possamos afirmar sem qualquer vacilo que os partícipes do processo penal, acusação, defesa e juiz, realmente preocupados com o resultado da ação penal, estejam dando ao processo um rito célere em que o fato delituoso possa estar tão próximo do resultado que os efeitos da pena reflitam sobre o réu, dando-lhe a recuperação adequada, e a sociedade castrense o veja como exemplo.

Que as nossas instituições militares, Marinha, Exército, Aeronáutica e também as Polícias Militares e Bombeiros Militares, possam ver o nosso Jurisdicionado como homem, que sobre si recaem atribuições muitas vezes superiores às do cidadão comum, e que o grande objetivo da Justiça é devolver à sociedade um homem recuperado e não lançá-lo nas ávidas mãos do crime organizado.

Com isso, entendo ser urgente e necessária a criação de presídios militares, talvez até nos moldes de nosso Presídio Naval, reconhecido internacionalmente como instituto de recuperação do homem militar.

Quero, ao findar essa modesta palestra, me socorrer das palavras do Ministro ALCIDES CARNEIRO quando foi aposta a simbólica placa no pórtico do Plenário da bicentenária e mais elevada Corte Castrense do país, com as inscrições "Deus e Teu Direito".

Disse o saudoso poeta e jurista nordestino:

"... O Direito não é só um apanágio do caráter, como sentenciava Ihering, porque é, sobretudo, uma vocação de luta. E nós aqui, outra coisa não temos feito senão lutar, determinadamente, pelo seu primado.

Antes dele, acima dele, só Deus, a dar o sentido do divino à verdade, à Justiça, à equidade.

Só ele, o direito, pode levar à atribulada consciência do mundo, próximas ou distantes esperanças, pois que é, a um só tempo, o Látego dos Tiranos, o Broquel dos Fracos, a Santa Conceição dos oprimidos.

Disse alguém que a humanidade caminha, Deus a conduz. "Aduzimos: e o direito protege-a ..."

"...Se a alta política é a arte humana de trabalhar pelos outros, a nobre Defesa dos direitos alheios é a arte divina de se sacrificar pelos outros.

Façamo-la tão venerável como os altares, tão clara como a verdade, tão santa como a fé, tão esplendente como a esperança, tão pura como a caridade, mais bela que o cântico dos cânticos.

Deus guia o mundo. "O direito protege os humanos ..."

Muito Obrigado.

MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO

Antes de encerrar este painel, gostaria de registrar a presença do nobre Professor Jorge Miranda.

Em nome da Ministra Maria Elizabeth, Coordenadora deste evento, entrego o certificado de participação aos expositores.

Declaro encerrado este painel.

PAINEL II – O PAPEL DESEMPENHADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

GERALDO FONTOURA

Damos início ao segundo painel, que terá como tema *O Papel Desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Advocacia-Geral da União na Consolidação da Democracia e o Controle Judicial das Políticas Públicas*.

Para compor a Mesa, convidamos o Sr. Marcelo Fausto Figueiredo Santos, Professor e Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); o Sr. Evandro Costa Gama, Ministro de Estado Interino e Chefe da Advocacia-Geral da União; o Sr. Nilson Naves, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam); o Sr. Jorge Miranda, Professor homenageado; e para presidi-la convidamos o Sr. Carlos E. Caputo Bastos, Ministro do Tribunal Superior Eleitoral e Presidente da Mesa.

CARLOS E. CAPUTO BASTOS

*Ministro do Tribunal Superior Eleitoral e
Presidente de Mesa*

Agradeço a presença de todos.

O primeiro expositor é o Sr. Marcelo Fausto Figueiredo Santos, que é Advogado e Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil, onde também é seu Diretor, eleito para o quadriênio 2005/2009.

Passo a palavra ao Professor Marcelo Fausto Figueiredo Santos.

O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL – UMA VISÃO GERAL²

MARCELO FIGUEIREDO³

Professor e Doutor da Pontifícia Universitária Católica de São Paulo (PUC/SP)

A utilização do Poder Judiciário para questionar e obrigar a Administração Pública⁴ a desenvolver *políticas públicas* tem freqüentado as páginas da jurisprudência e da doutrina no Brasil.

Pareceu-nos interessante trazer essa temática a esse seminário, pois se trata de uma realidade brasileira ou, se quisermos que têm aparecido mais intensamente na América Latina, sobretudo⁵. Ademais, o problema toca também de perto no tema do desenvolvimento. Não há negar que os chamados direitos sociais, enquanto direitos subjetivos às prestações sociais encontram-se vinculados à tarefa de melhoria e redistribuição dos recursos existentes em dada sociedade, contribuindo para o desenvolvimento do ser humano e de sua qualidade de vida.

Urbano Ruiz⁶, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos oferece alguns casos concretos que bem demonstram a problemática que pretendemos trazer à tona com este artigo. As ementas abaixo são auto-explicativas.

² Marcelo Figueiredo é advogado e professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil, onde também é seu diretor eleito para o quadriênio 2005/2009. Artigo preparado para servir de guia de exposição de palestra proferida no Seminário de Verão promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 11 de julho de 2007.

³ Texto encaminhado pela organização do evento.

⁴ Utilizamos o termo "Administração Pública" em sentido amplo. Aqui, pode ser entendido como sinônimo de Poder Executivo ou Governo.

⁵ De fato, a falta de cidadania de expressiva parte da sociedade nos países sub-desenvolvidos ou em desenvolvimento, leva a uma maior participação do poder judiciário que acaba acolhendo inúmeras demandas sociais e coletivas que não conseguem ser articuladas nos canais intermediários ou "competentes". Ademais, recorde-se que também encontramos Judiciários mais ou menos "ativistas" ou "progressistas" não só na América Latina, mas em todo o mundo. A Suprema Corte de Israel, por exemplo, é considerada uma das mais ativas nesse sentido, rompendo os padrões tradicionais da jurisdição constitucional para ser considerada pró-ativa (não sem resistência doutrinária). Especialmente a partir da década de 80, a Corte tem desenvolvido um grande número de poderosas ferramentas para intervir na ação governamental, inclusive em áreas que, em outros Estados essa intervenção seria considerada inconstitucional. São exemplos dessa conduta: a) a intervenção nos atos internos do "Knesset"; b) o desenvolvimento da doutrina segundo a qual "uma figura pública detém a confiança popular" através da qual foi possível à Corte determinar ao Primeiro Ministro a demissão de um agente político do Executivo, mesmo na ausência de norma jurídica específica prevendo essa remoção; c) assuntos de segurança do Estado, e outros. É o que nos informa Suzie Navot, na obra, "The Constitutional Law of Israel" (Kluwer 2007). Veja-se também da autora o artigo intitulado: "More of the Same: Judicial Activism in Israel" 7 *European Public Law* (2001) 355.

⁶ "A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas", Contribuição ao VII Seminário do IBCCRIM, publicado na Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 6, número 1, p. 11 a 18, julho/dezembro 2005.

I. A Delegacia do Ensino da cidade de Rio Claro, no interior do Estado de São Paulo, informou ao promotor de Justiça que, no ano letivo que se aproximava o de 1998, faltariam cerca de 500 vagas na primeira série do ensino fundamental. Muitas crianças não teriam acesso à escola. A instituição documentou os fatos e promoveu ação civil pública para obrigar o prefeito a criar tais vagas, já que a Constituição Federal, nos arts. 211 e 212, obrigava a Municipalidade a atuar prioritariamente no ensino fundamental, investindo 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos. Bem por isso, obrigatório o ensino fundamental, gratuito (art.208), sem que qualquer criança pudesse ficar sem escola (ECA, art. 208), tanto que os pais seriam responsabilizados criminalmente caso deixassem de matricular os filhos (Código Penal, art.246). O procedimento não previa audiência preliminar de conciliação, mas ela foi designada, ganhando o fato repercussão na imprensa. Embora o alcaide relutasse em criar aquelas vagas, a liminar foi deferida e o chefe do executivo municipal terminou por permitir que aquelas crianças tivessem acesso ao ensino público, sem *contestar a ação*.

II. Na Grande São Paulo, os trens de subúrbio viajavam com as portas abertas, por causa do excesso de passageiros, transportados até sobre o teto do vagão. Eram freqüentes mortes e mutilações nos acidentes e quedas. Foi promovida ação civil pública, também pelo Ministério Público Estadual, para obrigar a concessionária daquele serviço público a oferecer transporte digno, regular e seguro aos usuários. A ação terminou sendo julgada *procedente*, com a aquisição de trens novos e a recuperação daqueles antigos, com melhorias significativas para os usuários;

III. Idêntica ação foi promovida para obrigar a Administração Pública a distribuir gratuitamente remédios para pessoas carentes, sobretudo aidéticos (portadores do vírus HIV), que não tinham condições econômicas de adquiri-los⁷.

IV. Meio ambiente - Lançamento de esgotos domésticos sem tratamento de resíduos industriais em curso d'água que abastece a

⁷ O caráter polêmico de decisões dessa natureza e sua repercussão jurídica, social e econômica serão objeto de discussão mais a frente.

população - Legitimidade passiva do Município- Responsabilidade solidária com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou convênio para realização do serviço de coleta de esgoto urbano- Ação julgada procedente para condenar concessionária e município a tratarem os efluentes antes lançados no curso d'água.⁸

VI. Direito à saúde - Fornecimento de Energia Elétrica para Utilização de Aparelho de Oxigenioterapia.

Trata-se de direito à vida e à saúde, garantia constitucional e dever do Estado. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados, receberem do ente público a assistência necessária. À evidência, o cumprimento dos preceitos constitucionais é dever do Poder Público, no âmbito do Executivo que, em face de sua omissão, pode ser perseguido na esfera judicial. Necessidade da concessão de tutela para fornecimento da energia elétrica necessária à utilização do aparelho de oxigenioterapia, assegurando o direito à vida⁹.

VII. Concedeu-se tutela antecipada para que se faça o destaque nos orçamentos (do Município) de 2005 e subsequentes dos valores, informados para o fornecimento de água tratada por parte de Sociedade de Economia Mista (fornecedora), de modo a assegurar-lhe meios para o pagamento devido¹⁰.

⁸ Os exemplos de I a III, são de Urbano Ruiz, obtidos no já citado artigo.

⁹ Boletim AASP número 2528, Ementário, página 1375.

¹⁰ Trata-se de caso em que atuamos. Cuidava-se de uma ação ordinária proposta pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, no caso (fornecedora de água potável a grosso) com o pedido principal para que fosse condenada à ré, Companhia de Saneamento do Município de Diadema (devedora da primeira) à que fossem procedidos *destaques nos orçamentos municipais de 2005 e subsequentes*. O pedido (e a decisão) foi deveras *original*, pois fundado no caráter vinculado do orçamento e de seus itens. Requeria-se ao Judiciário uma postura mais ativa no sentido de determinar ao Executivo que procedesse à "reservação" orçamentária. Pinçamos os seguintes trechos da decisão que acolheu no particular lição do Prof. Régis de Oliveira: " O dever de inserir no orçamento as despesas reais relativas a obrigação permanente, além de representar compromisso contratual, também constitui múnus legal, pois a estrutura do Estado moderno cede a imperativos de boa administração. Já não bastam boas intenções. O Estado, através de seus governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la. Não pode esclarecer previsões irreais ou fúteis, apenas para desincumbir-se de determinação constitucional. A peça orçamentária há de ser real. A positivação não só do ideário político, mas da concretude da peça orçamentária passa a vincular as ações administrativas e políticas. As finalidades que forem inseridas na peça orçamentária deixam de ser mera ação governamental, mas identificam a solidez de compromissos com o cumprimento dos objetivos ali consignados. Isso equivale a reconhecer que, não é lícito a Administração elaborar peça orçamentária em desconformidade com a realidade, ocultando obrigações e fazendo previsão de gastos aquém da realidade, transformando o prestador dos serviços essenciais em agente financeiro dos seus projetos, já que a ausência das despesas no orçamento traz como consequência a exoneração do devedor quanto à quitação dentro daquele exercício". (Agravo de Instrumento número 362.101.5/0-00, TJSP).

VIII. Ação Civil Pública. Direito do Consumidor. Correta informação acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde. Inscrição necessária nos rótulos de bebidas alcoólicas.

1. É possível e exigível do Judiciário impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art.6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição.

2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, à propaganda e ao comércio de tais produtos, mas também sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor.

3. O comando do art. 9º do Código do Consumidor indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool.

4. Não ocorre preclusão de matéria que diz com as condições da ação, caso de legitimidade, sobretudo nas ações civis públicas onde se perseguem direitos difusos, cujo interesse depreende-se da propriedade, das relações privatistas em geral, o que, *in casu*, revelou-se pelo interesse demonstrado pela embargante, tantas vezes reiterado de defender a posição dos associados que são fabricantes de bebidas, tese da co-ré União.

5. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão, gráfica adequada, de que "O ÁLCOOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE" E A ABRABE a EXPEDIR ESSA INFORMAÇÃO A TODAS AS SUAS

ASSOCIADAS E COMUNICAR AOS DEMAIS PRODUTORES DE ALCOÓLICOS, QUANTO À NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO.

6. Provido o Recurso. (TRF- 4ª Região, AC- Apelação Cível número 478166). Processo número 200204010006100. UF:PR. Órgão Julgador: 3ª Turma. Julgado em 27.05.2003. Relatora Juíza Marga Inge Barth Tessler.

IX. Ação Civil Pública. Duplicação de Rodovia Federal. Intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública. Possibilidade . Antecipação de tutela.

A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativamente a duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência. TRF- 4ª Região, Agravo Regimental no AI número 200404010145703- SC- julgado em 23.06.2004, Relator Juiz Edgard. A. Lippmann Junior.

Os exemplos poderiam ser multiplicados.

Embora ainda seja em número reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas a implementação dos direitos sociais¹¹, (proporcionalmente às necessidades populares) e econômicos, há avanços significativos em ações baseadas no Código de Defesa do Consumidor, envolvendo temas como v.g. a saúde, a educação, a prestação de serviços, o fornecimento de medicamentos¹², etc.

¹¹ Os direitos sociais estão espalhados por toda a Constituição brasileira. Seu artigo 6º dispõe: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Já o artigo 7º da Constituição contém XXXIV incisos alusivos ao mesmo tema. Encontramos também um extenso título da "ordem social" que vai do art. 193 ao 232 na Constituição Federal brasileira.

¹² Na área da saúde, a tendência jurisprudencial é a de afastar cláusulas abusivas de contratos de seguro – saúde que nega ou vem a proibir direta ou indiretamente, tratamento de moléstias infecto-contagiosas. Tais decisões invocam o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, tendo em vista a relação assimétrica entre ele e o fornecedor. Reconhece-se também o direito à educação fundamental como um dever do Estado, de forma a garantir, por exemplo, o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, ou ainda reconhece-se aos estudantes universitários do ensino superior, que não se pode condicionar a renovação da matrícula ao pagamento de mensalidade atrasada, restando consagrado o direito à renovação de matrícula. A proteção jurídica à parte mais vulnerável de uma relação tem sido consagrada, tal qual no direito do trabalho, ao trabalhador.

Isso porque a Constituição brasileira de 1988 instituiu um efetivo direito à tutela individual, coletiva e metaindividual (direitos difusos). São várias as possibilidades abertas às pessoas para permitir que políticas públicas atinentes a essas áreas sejam determinadas ou ajustadas conforme o programa constitucional.

A ação civil pública¹³, as diversas ações constitucionais, as ações específicas previstas no controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal¹⁴, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão¹⁵, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da CF), a ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental), são exemplos dos caminhos abertos para que entidades ou grupos legitimados possam questionar a omissão do legislador ou do Poder Executivo ensejando, no limite, *o ajuste das condutas administrativas aos desideratos e fins previstos na Constituição*.

O que essas ações trazem em comum?

Pretendem ao que parece obrigar o Administrador Público a alterar um padrão de comportamento não só fundado em alegada ilegalidade ou eventualmente inconstitucionalidade de atos, programas ou políticas públicas, como também objetivam corrigir desvios ou alterar concepções ou objetivos na implantação de determinados programas governamentais,

¹³ Criada pela Lei 7.347/85, tem por objeto a proteção de uma ampla gama de valores, em especial o meio-ambiente, os consumidores, os bens e valores artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Posteriormente, ampliou-se também seu objeto, pois o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 110 acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da Lei 7.347/85, para dizer que também pode referida lei proteger "qualquer outro interesse difuso ou coletivo". Evidentemente que essa proteção a qualquer interesse outro, difuso ou coletivo, deve ser entendida apenas dentro da finalidade da lei civil pública, não pretendendo o legislador autorizar que essa ação possa servir para proteção de direitos meramente individuais. São legitimados a propositura da ação, não só o Ministério Público que tem o dever-poder de ajuizá-la, mas também órgãos públicos e privados ou por associação que esteja constituída a mais de um ano e que inclua entre suas finalidades, institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A LACP no Brasil tem sido poderosa aliada ao combate à corrupção, à proibidade administrativa, à defesa do patrimônio público, amplamente considerado, sendo na imensa maioria das vezes o Ministério Público (Estadual ou Federal), o autor desta ação.

¹⁴ Vide o nosso artigo "Una Visión del Control de Constitucionalidad en Brasil", Revista Jurídica de Castilla –La Mancha, Noviembre 2006, número 41, Toledo, Espanha. Vide ainda de nossa autoria, "O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão", Ed. RT, São Paulo, 1991 (esgotado).

¹⁵ Vide por exemplo os mandados de injunção números, 283-5, de 1991, e MI 284-3/92, aonde, lamentavelmente, não obstante algum avanço, ainda se restringe à declaração de omissão como mera ciência ao omisso para que adotasse as providências necessárias, mas não avançou mais intensamente para uma solução do caso concreto, como quer a doutrina majoritária no Brasil. Já na inconstitucionalidade por omissão, o STF dá ciência ao poder legislativo para "a adoção das providências necessárias", não podendo ir além para obrigá-lo a editar a regra faltante. Em se tratando de órgão administrativo, diz a CF, que as providências devem ser determinadas em 30 dias (art. 103, § 2º).

envolvendo uma gama enorme de segmentos, como os relativos à saúde, educação, serviços públicos, etc.

Inúmeras questões polêmicas tais decisões encerram. As mais comumente encontradas na doutrina são: 1) violação a larga ao princípio da separação de poderes. Na medida em que o Judiciário – a pretexto de conhecer violações de direito – poderia estar a invadir esfera de competência reservada atribuída aos demais poderes, praticando assim inconstitucionalidade; 2) Não caberia ao Poder Judiciário a pretexto de corrigir atos ilegais ou inconstitucionais acolher ou formular políticas públicas alternativas, papel do poder eleito e democrático e não do judiciário¹⁶; 3) Decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento público, criando ou alterando despesas regularmente estabelecidas pelos poderes ou autoridades competentes. 4) É papel do Judiciário prestar a justiça distributiva e eqüitativa desse modo, digamos, criativo e inovador? Em que termos e em que limites?

Todas essas questões são complexas e não pretendemos resolvê-las, mas simplesmente trazer ao debate, ilumina-las trazendo o atual “estado da arte” no Brasil.

Há ainda outra questão que surge coligada a saber; a incorporação de tratados à Constituição em diversos países através do reconhecimento de sua hierarquia constitucional ¹⁷ também traz problemas relativos ao controle de políticas públicas. Isso porque, vários desses tratados

¹⁶ A composição do Poder Judiciário brasileiro está fundada em um sistema meritocrático que, por um lado, se inicia com o ingresso na carreira pelo cargo inicial de juiz substituto, por meio de concurso de provas e títulos, e com o processo de promoção de entrância para entrância e acesso aos tribunais, alternadamente, por antiguidade e por merecimento (vide artigo 93 da CF). Por outro lado, está baseado em um sistema de garantias: de independência que assegura ao juiz a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos; e de imparcialidade: vedação do exercício de outro cargo, exceto o magistério; vedação de receber, a qualquer título, vantagem em razão de sua função; e vedação de dedicar-se à atividade político-partidária.

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal no Brasil tem afirmado em jurisprudência mais recente, que os tratados internacionais *de direitos humanos* subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. HC 90172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007. (HC-90172). Na Costa Rica, país de forte desenvolvimento na área dos direitos humanos, por exemplo, as reformas constitucionais de 1989 colocaram as normas de direitos humanos na mesma hierarquia da constituição e a sala constitucional da Corte Suprema de Justiça (voto 3435/92) estabeleceu que os convênios internacionais são instrumentos válidos para interpretar as normas constitucionais, reconhecendo-se com isso um status SUPRA constitucional quando aqueles outorgam maiores direitos ou garantias às pessoas em comparação à constituição daquele país. Cf. Giselle Molina Subirós, “El sistema axiológico de la CEDAW como parámetro de control constitucional en la formulación e implementación de leyes y políticas públicas. Revista IIDH, volume 34/35, página 417 a 482, Costa Rica, 2001/2002.

estabelecem direitos, como o direito de trabalhar, direito a determinado nível de vida adequado; direitos esses que se diferenciam dos tradicionais “direitos” em face do Estado¹⁸.

Esses “novos” direitos, que aqui simplificamos denominando-os “direitos à prestações sociais”, não poderiam, ademais, ser outorgados ou reconhecidos pelos Tribunais ou pelo Judiciário (em várias hipóteses), sem a participação ou intervenção ativa dos demais poderes ou órgãos do Estado.

Para a realização e satisfação de tais direitos não bastaria a tradicional remoção de atos ditos ilegais ou inconstitucionais, mas a criação concreta de *atos promocionais, prestacionais e efetivos*.

Recorde-se por todos a lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹ que procura distinguir resumidamente as características dos direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, do seguinte modo:

a) Direitos de Defesa: se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal. É, segundo pensamos, a clássica lição francesa;

b) Direitos Sociais Prestacionais: têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática.

Afirma: “Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos à prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui

¹⁸ O Brasil ratificou os mais importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, destacando-se, no âmbito dos direitos sociais e econômicos, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1996. Para maiores detalhes nessa perspectiva, confira-se o artigo de Flávia Piovesan: “Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas”, na Revista de Direito do Estado, Ano 1, número 2, Ed. Renovar, 2006, página 55 e seguintes.

¹⁹ No magnífico trabalho “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, página 257 e seguintes.

seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”.

Enfim, são tantas e tão complexas tais questões, que talvez devamos recortá-las para não nos perdermos no cipal de dúvidas suscitadas.

Assim, iniciamos por fazer uma breve radiografia dos problemas do Estado Constitucional brasileiro, com o objetivo de situar o leitor estrangeiro e contextualizar o tema, para em seguida cuidar da problemática relativa às “políticas públicas”.

Flávio Dino de Castro e Costa²⁰ nos auxilia a compreender esse cenário ao afirmar:

“No Brasil, a teoria do desenvolvimento desigual e combinado demonstra toda a sua pertinência. Trotski, citado por Raymundo Faoro em Os Donos do Poder, afirma: “Índios lançaram fora os arcos e flechas e apanharam imediatamente os fuzis, sem percorrer o caminho que havia entre essas duas armas do passado...(..). Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, da amálgama de formas arcaicas e modernas.

Esse amálgama revela-se, por exemplo, na inadequação da transposição mecânica para o nosso país do clássico ensinamento acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais: direitos individuais (1ª geração), direitos políticos (2ª geração), direitos sociais (3ª geração). O deslocamento desse esquema conceitual da prática brasileira é manifesta. No plano da efetividade, os direitos políticos estão mais universalizados do que os direitos individuais clássicos. No nosso país, o alistamento eleitoral

²⁰ “A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, Revista Interesse Público, 2004, Volume 28, página 64 e seguintes. Vide também, de José Afonso da Silva, “Poder Constituinte e Poder Popular”, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, página 17, como também “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 22ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2003, página 120, ambas as obras de José Afonso da Silva. É ele quem afirma ainda :“O certo, contudo, é que a Constituição de **1988** não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda *pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana*”. (destacamos).

quase universal e as urnas eletrônicas (direitos de 2ª geração na “era da pós-modernidade”) convivem com a difusão de formas de trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à moradia, mas também do direito à integridade e da liberdade de ir e vir (de 1ª geração).

Tal amálgama jurídico decorre de vários fatores, merecendo destaque a brutal concentração de renda. Esta “é medida pelo índice de Gini, que vai de 0 a 1. Zero significaria que cada um dos habitantes de um país teria renda idêntica, situação ideal, mas obviamente utópica. Índice 1, ao contrário, seria o número de um país em que a renda estivesse toda na mão de uma só pessoa, outra situação impossível. O Gini do Brasil, no relatório 2001, mas com base em dados de 1997, era de 0,591. No relatório 2002, com base em dados de 1998, aumentou para 0,607. Renda mais concentrada que a do Brasil só em Serra Leoa, República Centro-Africana e Suazilândia, paupérrimos países africanos”. Celso Furtado lembra que: “Nos países de renda per capita semelhante à do Brasil (4500 dólares) a percentagem de pobres é de cerca de 10% da população total, portanto, menos de um terço da percentagem brasileira (34%).

Tudo isso é ainda agravado pelas imensas assimetrias regionais que reforçam o citado modelo de desenvolvimento desigual. Na última pesquisa sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos Municípios brasileiros, dos 20 piores, oito ficam no Maranhão, cinco no Piauí e três no Amazonas”.

Podemos trazer ainda a lição de Luís Roberto Barroso²¹ que nos auxilia a compreender o momento e o constitucionalismo brasileiro ao afirmar:

“O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) *a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da*

²¹ “A Nova Interpretação Constitucional”, obra coordenada por Luís Roberto Barroso, Editora Renovar, RJ, 2003, nela encontramos o título: “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), página 43 e seguintes.

constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infra-constitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da constituição". (destacamos).

De outra parte, importante registrar que o movimento conhecido por "*neoliberalismo*"²² que marcou o final do século XX, teve por efeito não só diminuir a presença do Estado como produtor e empresário, mas também relativizar a presença e importância dos chamados "*direitos sociais*"²³.

Entretanto, esse movimento, a nosso juízo, não teve a força suficiente para desobrigar o Estado de cumprir os objetivos solidários da justiça social e a melhoria das condições de sua vida. Ao menos todo o arcabouço constitucional brasileiro, todo o travejamento constitucional aponta em larga medida para esses objetivos mais solidários. É evidente que na contemporaneidade há de pensar-se conectado a um sistema regional ou mundial para a concretização solidária desses objetivos, construídos em conjunto ou participativamente, mas forçoso considerar que nem todas as regiões do planeta encontram-se nas mesmas condições. Há assimetrias importantes e barreiras a serem superadas. O esforço deve ser de todos para um mundo melhor²⁴.

²² Sobre o tema do "neoliberalismo e direitos humanos", consulte-se a obra com esse título de Antônio José Avelãs Nunes, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

²³ De certo modo encampamos a lição de Canotilho, temperada à moda brasileira, quando afirma: " a Constituição dirigente é um produto acabado de um projecto da modernidade, quer em termos de sujeito histórico, quer em termos de homem triunfante na sua capacidade de transformação. Assim entendida, a Constituição dirigente enfrentou grandes dificuldades, resultantes do ataque das correntes mais conservadoras, mas também das críticas de alguns normativistas sociológicos... *Mais isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional...* Em primeiro lugar, em termos jurídicos-programáticos, uma Constituição dirigente – já explicitiei isso várias vezes- representa um projecto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídicos- programáticos. ..." Canotilho e a Constituição Dirigente, Jacinto Coutinho (organizador), Rio de Janeiro, Renovar, 2002, páginas 13 e seguintes.

²⁴ Recorde-se uma vez mais J.J. Canotilho, quando afirma: " .. No desenho das constituições civis globais fica por explicar a sua *acoplagem* com as *políticas nacionais*, quer estejam ou não plasmadas na Constituição. Se a literatura constitucionalista enfatiza até à exaustão a *reserva do possível* econômico e social quando se trata de incrementar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, terá de se questionar como se pode

Reafirma-se: o Brasil não obstante as reformas liberalizantes por que passou na década passada, seguindo o movimento universal nesse sentido, ainda remanesce um Estado Social e Democrático de Direito, sendo obrigação constitucional a realização dos objetivos constantes de seu artigo 3º²⁵, a partir de suas políticas públicas, tendo o Poder Judiciário, nesse contexto, importante *parcela* de responsabilidade social.

Passamos agora a conceituar *política pública*.

As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público²⁶.

Ou ainda, um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado. As políticas públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais.

Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática (ou dirigente²⁷) – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhada no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos e toda a polêmica que o tema contém.

É dizer, a Constituição é em importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nas

estruturar uma constituição civil global que despreze à partida os *pressupostos fácticos e normativos* nacionais (e supranacionais, regionais) indispensáveis a essa mesma realização. Se as constituições civis globais, embora sejam constituições juridicamente autônomas, fazem parte de um sistema de redes aglutinador de vários subsistemas nacionais vinculados a regras-quadro ou até mesmo directivas politicamente programáticas das constituições nacionais". "Branquinhos" e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a historicidade constitucional, Almedina, Coimbra, 2006, Pagina 300.

²⁵ Vide nota de rodapé abaixo aonde é transcrito o artigo 3º da Constituição Federal brasileira.

²⁶ Rodolfo de Camargo Mancusso afirma: "Neste passo, vale considerar que, se a *política pública*, por definição, em princípio *busca* alcançar um fim consoante com o *interesse público*, nem por isso, todavia, esses dois termos se pressupõem *necessariamente* : quando o constituinte estabeleceu que constitui objetivo fundamental "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", o móvel por certo, é a consecução de um objetivo de justiça social; todavia, daí não se segue, por exemplo, que o programa governamental voltado a implementar a função social da propriedade rural (art.186) e a política agrícola (art.187) vá *efetivamente* ao encontro daquele desiderato, de modo a fixar o homem no campo, assim aliviando a superdensidade populacional nos centros urbanos". In "Controle judicial das chamadas políticas públicas", na obra: "Ação Civil Pública", Coordenador Édis Milaré, Ed.RT, São Paulo, 2001, p.728.

²⁷ Não estamos neste passo assumindo o compromisso ou entrando na discussão das virtudes ou defeitos da chamada "constituição dirigente". Apenas ressaltamos uma evidência: o caráter compromissório e analítico da constituição brasileira, como de resto de tantas outras constituições contemporâneas em todo o mundo. Em que pese a revisão de posição do Professor J.J. Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição de sua conhecida obra, "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador", sobre a natureza e o caráter de vinculatividade operativa das constituições compromissórias, entendemos que nos Estados periféricos, como é o caso do Brasil, onde não houve a realização linear dos direitos fundamentais a partir da noção de dimensões, acreditamos ainda ser o conceito de constituição dirigente válido e útil à nossa realidade.

diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados.

Neste contexto, é evidente que o tema do *judicial review* aparece muito mais como uma atividade rotineira, ordinária do Poder Judiciário, do que seria em um sistema como o norte-americano aonde há, como sabemos, uma Constituição sintética e principiológica.

Pode-se afirmar em companhia do jurista brasileiro Fábio Konder Comparato²⁸:

“que a política aparece antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

Sendo certo ainda que a política, como conjunto de normas e atos é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de *validade de uma política*- seja ela empresarial ou governamental- não se confunde nunca com o juízo de *validade das normas e dos atos* que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais”.

Pode soar um pouco exótico a alguns, que o Poder Judiciário se ocupe de fazer valer diretamente, não propriamente os direitos violados da parte, em seu sentido mais estrito, mas se preordene a executar,

²⁸ “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, Revista de Informação Legislativa, número 138, 1998, p. 45.

desde que provocado, concretamente ações e políticas públicas²⁹ a partir daquela violação.

E nesse ponto é preciso compreender não só o arcabouço teórico que envolve a matéria, mas, sobretudo, e talvez mais importante que o primeiro, a realidade brasileira.

Como um dos temas desse seminário é exatamente o desenvolvimento, parece oportuno recordar que é ele um processo de longo prazo, induzido, exatamente por políticas públicas ou programas de ação governamental em três grandes campos interligados: econômico, social e político.

É a lição de Gilberto Bercovici³⁰ para quem o “elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação, em todos os níveis, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação e o direito de fruição dos bens culturais. Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave de abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício”.

Não resta dúvida que o Poder Judiciário durante largo período foi o garante dos direitos civis e da liberdade individual.

²⁹ O foco nos EUA é um pouco diverso. A *intromissão* (esse o termo utilizado pelo autor abaixo referido, o que já releva o seu estado de espírito na matéria) judicial das cortes é admitida em geral em nome da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, violados por organizações governamentais ou públicas que deveriam custodiá-los. Essa forma de ativismo judicial é chamado de *remedial law* e ocorre “when violations by public agencies of the rights of children, prisoners, patients, and tenants are found to exist”. Seu objetivo é não raro procurar alterar o padrão de comportamento das organizações réis, ouvindo a comunidade jurídica e os *experts* envolvidos na demanda. “Remedial law may go beyond the award of damages and cease and desist orders to mandate programs and administer changes, but it does not intend to “take over” public executive agencies permanently or manage them forever”. Na obra: “Remedial Law- When Courts Become Administrators”, Editado por Robert C. Wood, University of Massachusetts Press, Amherst, 1990. No Brasil, vide também o artigo de José Reinaldo Lima Lopes, intitulado “Direitos Sociais e Justiça – A experiência Norte-Americana”, Revista da Faculdade de Direito da USP, Volume 92, 1997, página 201 e seguintes. Nele, o autor faz um comparativo entre o poder judiciário norte-americano e brasileiro trazendo a discussão três casos do direito norte-americano, o Golden Clause Cases (1935), Wyatt Cases (1970) e California V.US (1995).

³⁰ “Constituição Econômica e Desenvolvimento”, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, Página 108

É ele, no modelo liberal, o fiador da legalidade, da igualdade perante a lei, mas essa realidade se desdobra em outras. Sabemos que independente de discussão do modelo de Estado ou de suas características, é certo que o Judiciário passa a intervir mais diretamente na sociedade de massa.

O direito do consumidor, o direito urbanístico, o direito ambiental são exemplos de como a controvérsia judicial assume um *papel social destacado* e amplo que transcende as partes para adequar e ajustar as relações sociais e comunitárias.

Não é sem razão, portanto, que a democracia e seu exercício vem associada v.g. à implementação e gozo dos chamados *direitos sociais*³¹.

Em cada país o tema é tratado de uma maneira³².

Aliás, é importante registrar que o Brasil intitula-se um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento : a) a soberania; b) a cidadania; c) a dignidade da pessoa humana; d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e) o pluralismo político.³³

Como diz José Reinaldo de Lima Lopes³⁴: “Por isso, convém subdividir tal questão em dois pontos: num primeiro momento, estabelecer as relações entre democracia, direitos sociais e políticas públicas; num segundo momento, estabelecer as relações entre um modelo de Estado emergente dos anos 80 e o papel do Judiciário nesse contexto”.

³¹ A alusão aos direitos sociais (*status positivus socialis*) deve ser compreendida em sentido amplo. Queremos nos referir a direitos que demandam prestações, sobretudo em uma dimensão positiva do Estado, ou mesmo de particulares destinatários das normas constitucionais. No Brasil vide Ingo Wolfgang Sarlet, “A eficácia dos direitos fundamentais”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, para aprofundamentos. No Brasil há uma gama imensa de direitos considerados sociais, como educação, saúde, previdência, assistência social, etc. Não há uma única tábua de direitos sociais, mas uma série deles espalhados pela Constituição.

³² Para uma visão do que ocorre com os direitos sociais na Europa, é imprescindível a leitura da obra coordenada por Julia Iliopoulos-Strangas, intitulada: “La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de L’Union européenne”- Etude de droit compare, Editions Ant. N. Sakkoulas, Athènes, Bruylant e Nomos Verlagsgesellschaft Baden Baden, Volume 3, coleção, 2000, Human Rights, dirigida pela citada autora.

³³ Já o artigo 3º da Constituição brasileira dispõe: “ Constituem objetivos **fundamentais** da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Não há dúvida de que o Brasil busca no seu quadro normativo e institucional um Estado Social de Direito onde haja uma maior participação da sociedade civil no Estado e uma maior democratização com a finalidade de efetivar direitos sociais.

³⁴ “Judiciário, democracia, políticas públicas”, Revista de Informação Legislativa, Brasília, número 122, 1994, página 256 e seguintes.

A tese do professor José Reinaldo de Lima Lopes pode ser sumulada do seguinte modo:

1) As regras do jogo democrático são apenas o mínimo, sem as quais não pode haver democracia, mas que por si só não asseguram a existência da democracia. Em outras palavras, são condição necessária, mas não suficiente, da vida democrática (Bobbio).

2) A democracia está num processo de expansão, ou seja ela é hoje um processo em si mesmo que almeja mais liberdade em mais lugares. Ou seja, de um Estado democrático, passa-se a procurar uma sociedade democrática.

3) Os novos direitos sociais são representativos dessa realidade e por isto são direitos constitucionais. Estes mesmos direitos constituem elemento essencial da democracia, na medida em que é inerente a esta a concessão de condições reais de possibilidade de vida digna.

4) Se a democracia é o oposto do poder autocrático e se a sua realização depende da eliminação progressiva de oligarquias, de restrição ao acesso ao Estado (cargos de decisão ou de execução), transparência crescente do exercício do poder e participação consciente dos cidadãos, *a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais, é negativa da democracia*³⁵.

5) Os direitos sociais, em regra dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no art. 6º, no art.7º, sem contar as disposições dos incisos do art.170, do art.182, do art.193, do art. 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988.

³⁵ Embora o silogismo no particular seja um pouco simplista, é preciso concordar que os direitos sociais no Brasil encontram-se encurralados, sob o impacto do avanço do liberalismo nas relações capital-trabalho e do predomínio da idéia de que o Estado deve abdicar de suas responsabilidades no campo social, transferindo-as para o mercado. Não há dúvida na assertiva segundo a qual o desenvolvimento do Brasil só poderá ocorrer com a transformação das estruturas sociais, o que faz com que o Estado deva estar cada vez mais capacitado e estruturado para promover o desenvolvimento e atender ao artigo 3º da Constituição Brasileira, acima já transcrito.

6) Questiona ainda o professor se: a) os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, *judicialmente*, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos; e b) se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas³⁶.

E ao responder tais questões, lembra a tentativa do constituinte em procurar encontrar mecanismos constitucionais (e judiciais) de exigir concretamente alguns direitos (iniciativa popular, mandado de injunção), para reconhecer, entretanto, que parece difícil superar algumas dificuldades tais como: 1) a responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais nem sempre é possível. É tarefa complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços públicos omitidos são *uti universi e uti singuli*, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais; 2) além disso, a prestação de serviços depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-los a quem teve a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?³⁷

Também parece simples afirmar que por intermédio de políticas públicas pode (e deve) o Estado de forma adequada realizar os fins e objetivos traçados na Constituição. A questão remanesce.

Que papel cabe ao Poder Judiciário nessa temática? Até onde é possível avançar no caminho do Estado Social e Democrático de Direito?

Um bom exercício será alinhar de um lado os defensores de um ativismo mais agressivo nessa temática, e do outro seus adversários. Quem sabe um balanço pode nos oferecer algumas luzes e posições intermediárias adequadas.

Pode-se afirmar que, em linhas gerais, existem três grandes correntes a respeito da exigência dos direitos sociais, a saber: a) a dos

³⁶ Tudo de acordo com José Reinaldo Lima Lopes no citado artigo, especialmente página 257.

³⁷ Esse só um recorte do tema. O mesmo autor amplia a discussão trazendo não só a realidade orçamentária e fiscal do Estado como um limite objetivo à temática- o regime das finanças públicas bem como a diversidade das políticas públicas. Traz Claus Offe, Jean Overstake e indaga: Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política ou apenas pelos meios? Os membros dos poderes públicos podem ser politicamente responsabilizados pela não implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente ou civilmente pela distorção ou desvio de políticas públicas? . Ob.Cit. página 259.

que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais; b) a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, seriam exigíveis sob a cláusula da “reserva do possível”, dependendo ademais do legislador e c) a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível. Os demais direitos ficariam também na reserva do possível.

Desde logo é importante circunscrever o objeto da temática. Quando falamos em *judiciabilidade das políticas públicas*, poderíamos até incluir a defesa de ações de finalidade coletiva, embora não seja essa nossa preocupação central.

É dizer, se inseríssemos em nossa suposta classificação (não anunciada) dentre os temas sindicáveis pelo judiciário, a defesa de ações de finalidade coletiva, não parece haver- ao menos no contexto brasileiro- novidade alguma.

Isto porque, tratar-se-ia do exercício regular de uma competência por assim dizer, *ordinária*, comum do Poder Judiciário brasileiro³⁸.

Na medida em que vivemos sob o signo de um Estado Democrático de Direito em uma sociedade pluralista com instrumentos de democracia participativa, encontramos na Constituição brasileira, inúmeros instrumentos a forçar um diálogo normativo entre os poderes e funções do Estado e a sociedade nela inserida.

Assim sendo, colha-se de exemplo além dos clássicos instrumentos da democracia- semi direta, como a iniciativa popular (CF, art. 14, II e 49, XV), o plebiscito (art. 14, I, 18, §§3º e 4º), a ação popular (art.5º, LXXIII), e especialmente, o artigo 10, 11, **31§ 3º, 37,§ 3º, 74,§2º**, 194, VII,206, VI, 216,§ 1, todos da Constituição Federal brasileira³⁹.

³⁸ Essencialmente dinamizada a partir da Constituição de 1988, muito embora ações coletivas com perfil de defesa do interesse social já existissem anteriormente a essa data, como é o caso da ação civil pública cuja lei data de 1985 (lei 7347/85).

³⁹ O texto integral da constituição brasileira pode ser acessado eletronicamente no endereço: www.presidencia.gov.br no item legislação brasileira.

Aludidas normas constitucionais como que objetivam uma integração Estado- sociedade , fomentando uma participação da população e dos usuários de serviços na gestão e administração dos poderes públicos. Atribui-se informação, incrementa-se a participação e confere-se legitimidade para atuar nos vários setores regulados pela Constituição.

Com isso, amplia-se também por intermédio do Poder Judiciário o controle de legalidade dos atos públicos, a eficiência dos programas governamentais nas várias esferas da federação brasileira, diminuindo conseqüentemente em muitos casos, a margem de discricionariedade do administrador público brasileiro.

Note-se: não se trata apenas de conferir legitimidade (em juízo), a determinadas pessoas, entidades ou associações, mas de incentivar a participação dessas mesmas pessoas, destinatárias das normas constitucionais para que participem enquanto cidadãos das decisões administrativas, formulando alternativas enquanto usuárias de determinadas atividades ou serviços.

No final das contas, evidentemente, caso haja discordância grave e fundamentada, irregularidade, ilegalidade (em sentido amplo), ou inconstitucionalidade, fornece-se ao interessado ou à entidade competente meios para impugnar determinada opção, determinada política pública ou programa governamental como estamos pretendendo demonstrar⁴⁰.

Há quem, como Rodolfo de Camargo Mancuso, inclua a *judiciabilidade das políticas públicas nas ações de finalidade coletiva*. Ademais, segundo o mesmo autor, de reconhecer no judiciário um papel de co-gestor dos interesses gerais. O processo não fica mais limitado a uma relação jurídica entre os próprios e diretos contraditores, passando a operar como um veículo idôneo a conduzir *conflitos coletivos de largo*

⁴⁰ Nesse sentido, no Brasil, tanto a doutrina como o Supremo Tribunal Federal têm amplamente utilizado do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (de vertente doutrinária germânica), para explorar as várias facetas do controle judicial dos atos administrativos, legislativos e de governo. Também é de ser lembrado o princípio do devido processo legal (na sua feição processual e substantiva), de matriz norte-americana, contemplado em nossa constituição em seu artigo 5º, inciso LIV.

espectro, como se verifica, por exemplo, nas demandas que contrapõem a classe dos ex-fumantes e a indústria fumígena :

“Ressalte-se ainda que o fenômeno da chamada *judiciabilidade das políticas públicas* pode ser detectado, essencialmente na defesa de ações de finalidade coletiva, quando presentes ao menos os seguintes requisitos ou elementos: 1) aonde pretenda-se a defesa ou concretização de certos direitos relativos a sujeitos indeterminados; 2) tenhamos presentes ações com objeto indivisível e; 3) haja a possibilidade da coisa julgada com eficácia *erga omnes* ou também *ultra parte*”⁴¹.

Outro dado que não pode ser esquecido no Brasil alusivo à judicialização dos direitos sociais diz respeito ao fato de que a Constituição brasileira – ao contrário de outras – vinculou muitas das prestações estatais aos direitos fundamentais, de aplicação imediata.

E não há dúvida que o tema “políticas públicas” está intimamente ligado a realização desses direitos considerados imprescindíveis a uma vida livre e digna.

⁴¹ “Onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente, como, por exemplo, se dá em caso de descumprimento das normas tuteladoras do meio ambiente, onde o infrator se sujeita “a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art.225, § 3º); ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o “seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito” (CF, § 2º do art.100), a par de eventual intervenção no ente político faltoso (CF, art.35, I)”. “... É de se reconhecer como ações de finalidade coletiva as manejáveis no controle direto de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, as ações para defesa coletiva de consumidores; a ação popular, as ações coletivas propostas por associações na defesa do grupo que representam; e mesmo, de certo modo, a ação fundada em ato de improbidade administrativa, porque, embora vise à recomposição do erário de uma dada Fazenda lesada, não há negar que o erário é um componente do patrimônio público- seu aspecto pecuniário- donde hoje se reconhecer a legitimação ativa do Ministério Público para sua tutela judicial: o art. 129, III, da CF contém cláusula de extensão, abrindo a ação civil pública para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”, o que deve ser compatibilizado com o disposto no inciso IX do art. 129 da CF, autorizando o *Parquet* a “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Visto que entre as finalidades do Ministério Público figura a defesa do interesse social (CF. art. 127), também por aí se alcança sua legitimidade, dado ser inegável que a defesa do dinheiro público, bem indisponível por definição, consulta em última análise o interesse social (art. 127).O credenciamento outorgado a vários co-legitimados ativos para as ações de finalidade coletiva representa uma projeção, no plano judiciário, da diretriz constitucional da *democracia participativa*: à semelhança do apelo à integração da coletividade na boa gestão da coisa pública (plebiscito, referendo, audiências públicas, iniciativa popular de projetos de lei, participação em órgãos públicos colegiados de formação paritária), também essa participação é conclamada no plano judiciário: a OAB, partido político, órgão sindical, no controle direto de constitucionalidade; o cidadão –eleitor, na ação popular; a entidade de classe, no mandado de segurança coletivo; a associação, na ação em defesa de seus aderentes; o Ministério Público, os entes políticos, as associações, os sindicatos, os órgãos públicos, nas diversas ações civis públicas; qualquer pessoa, física ou jurídica, no mandado de injunção” Rodolfo de Camargo Mancuso: “A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense”, na obra coletiva: “ Tutela Coletiva- 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos 15 anos do Código de Defesa do Consumidor”, coordenado por Paulo Lucon, Editora Atlas, São Paulo, 2006, p. 226 e seguintes.

Assim, v.g. o artigo 5º, § 1º da CF⁴², a gerar, *em muitos casos*, atribuição subjetiva dos direitos sociais diretamente.

Evidentemente, como já ressaltamos o maior obstáculo é sempre o econômico.

Afirma-se, não sem razão, que não há direitos sem custos.

E mais do que isso, no plano das políticas públicas de caráter social haveriam limitações materiais ao atendimento concomitante de *todos os programas sociais*, cabendo ao Poder Executivo e também ao Legislativo, em última análise, eleger quais as prioridades orçamentárias e políticas, fazendo a distribuição dos recursos orçamentários conforme previsão legal⁴³.

⁴² O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal brasileira, situado após o exaustivo elenco dos direitos fundamentais do artigo 5º, dispõe: " As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *têm aplicação imediata*", o que nos remete ao tema da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais e toda a problemática envolvendo a diferente textura desses mesmos direitos. Pode-se afirmar que o esforço da doutrina e da jurisprudência brasileira tem sido no sentido de dar ao dispositivo, aplicação possível e generosa, atenta às dificuldades naturais de implementação dos diferentes tipos de direitos e garantias.

⁴³ Julia Iliopoulos- Strangas, na obra acima citada, sobre a questão orçamentária nas prestações e direitos sociais na união européia, ensina: " Dans la totalité des Etats membres, les prestations sociales doivent en principe être prévues par une loi, en vertu du principe de légalité conçu en tant que réserve de la loi. Cela est même explicitement prévu dans la législation sociale de certains ordres juridiques (Allemand). Toutefois, cette règle n'est pas appliquée avec rigueur, comme le démontrent, par exemple, certains cas dans le domaine des subventions. ... Dans certains Etats membres, comme exposé ci-après, il existe, en plus de la réserve de la loi, des contraintes budgétaires prévues dans la Constitution elle-même. En Allemagne, la doctrine souligne que, si le citoyen a un droit subjectif, l'Administration ne peut pas invoquer de contraintes budgétaires et que cela n'est possible que si la prestation dépend du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ("Ermessensleistungen"). Si une règle ne respecte pas le principe d'égalité, elle peut dans certains cas, on l'a vu, être étendue au groupe illégalement exclu des destinataires; le fait qu'il faille disposer de moyens financiers supplémentaires ne joue pas dans ce cas. En Italie, si la doctrine a reconnu l'importance des contraintes budgétaires, la Cour Constitutionnelle, par ses arrêts en matière de sécurité sociale, a obligé le Parlement à adopter des mesures directes, et à attribuer des prestations qui n'avaient pas été prévues. La justification de ces arrêts se trouve dans le principe de non-discrimination, qui derive du principe d'égalité. En Irlande, alors même qu'il existe, comme dans les autres pays, des contraintes budgétaires pour les prestations sociales, l'établissement du budget n'est toutefois soumis à aucune restriction constitutionnelle ou légale, comme celle interdisant un déficit budgétaire". Em relação a sanção do Estado que não cumpre ou determina o cumprimento de um direito social garantido na Constituição, a mesma autora afirma: " s'il existe un moyen de sanctionner la carence de l'Etat à ne pas entreprendre une action positive pour sa mise en œuvre, se pose de manière différente selon qu'il s'agit du législateur ou de l'Administration.... Parmi les exceptions doit être citée l'ordre juridique du Portugal, où un recours en inconstitutionnalité pour omission du législateur est expressément prévu, à l'inclusion des normes législatives nécessaires à l'exécution des droits sociaux consacrés dans la Constitution. Par contre, en Belgique, la Cour d'Arbitrage ne peut pas sanctionner le défaut du législateur de garantir l'un des droits sociaux fondamentaux garantis à l'art. 23 de la Constitution. En France, non plus, excepté le domaine du droit communautaire, moyen indirect, il n'existe aucun moyen spécifique pour contraindre l'Etat à entreprendre une action positive pour la mise en œuvre d'un droit social. En Autriche, selon la conception traditionnelle des droits fondamentaux, la Cour Constitutionnelle peut uniquement abolir des lois et décrets violant un droit fondamental, sans qu'elle soit autorisée à suppléer par sa décision à une loi contraire à la Constitution. La Cour Constitutionnelle a pourtant répondu à cette problématique- qui résulte du fait que la carence du législateur ne se prête aucunement, semble-t-il, à être mise en cause juridiquement- en définissant de manière très souple les dispositions à annuler. De plus, elle s'est déclarée prête, du moins en partie, à suivre la jurisprudence des organes de Strasbourg, qui ont dégagé, de la CEDH, des obligations de protection ("Schutzpflicht") des droits fondamentaux de la part du législateur et de l'Administration. La doctrine soutient par conséquent que les droits fondamentaux existants ne se limitent pas à identifier des limites que l'Etat est tenu de respecter mais qu'ils l'engagent également, bien qu'à un degré moindre, à agir de manière positive..... Enfin, dans certains Etats membres, la doctrine a considéré la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat comme un moyen indirect de sanction de la carence du législateur; ainsi, la mise en jeu de la responsabilité le législateur à accomplir sa mission prévue dans la Constitution a été défendue par une partie de la doctrine hellénique. Ob. Cit. Ant. página 935.

Invoca-se a chamada “*reserva econômica do possível*”, como argumento objetivo e limite aplicável à problemática analisada⁴⁴. A esse tema voltaremos mais adiante.

Antes mesmo de tratar da “*reserva econômica do possível*”, creio que seja importante fixar algumas premissas para que a questão econômica funcione como um dique ao pensamento e embruteça a possibilidade de novas criações.

Afinal de contas, se sempre o argumento econômico é limite objetivo à obtenção e fruição de quaisquer direitos, tudo estaria acacianamente resolvido com a invocação desse argumento.

Há recurso, há direito, não há recurso, não há direito. Parece evidente que a questão se empobrece, e não pode ser posta exclusivamente nesses termos.

Nesse particular, quem iluminou o caminho para o entendimento da questão, a nosso juízo, foram os juristas Stephen Holmes e Cass R. Sustein⁴⁵.

Na obra, “*The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*”, ambos deixam muito claro todas as implicações envolvendo os custos dos direitos. Dentre outros aspectos, coletamos os seguintes trechos que nos parecem elucidativos:

1) Os cidadãos vigilantes devem saber como os recursos públicos são alocados. A Nação tem o direito de saber aonde aloca cada centavo.

2) Os americanos parecem esquecer facilmente que os direitos individuais e as liberdades dependem fundamentalmente de uma ação vigorosa do Estado;

3) Direitos custam, dependem de recursos econômicos. Todos os direitos batem as portas das arcas públicas.

4) Recursos são finitos.

⁴⁴ O argumento em si não é novo. Os romanos já diziam: “*ad impossibilia nemo tenetur*”. Ninguém é obrigado a coisas impossíveis.

⁴⁵ “*The Cost of Rights- Why Liberty depends on taxes*”, de Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, W.W. Norton & Company, New York, London, 1999.

5) De um modo geral, lamentavelmente, indivíduos que não vivem sob um governo capaz de tributar e conceder ordens e medidas judiciais, não têm na prática direitos garantidos. Um Estado ausente, não raro implica em um Estado aonde não se garantem direitos a ninguém.

6) O custo dos direitos tem diferentes pesos, "valem" de forma diferente. A liberdade de imprensa é mais valiosa a alguém já bem posicionado na sociedade do que a alguém que mora embaixo da ponte.

7) Os direitos têm um custo social, como também orçamentário.

8) A atenção aos custos dos direitos não se prende a saber apenas o seu valor, mas "quem" decide alocá-los, na proteção de "que tipos" de direitos e "para quem".

9) Todos os direitos são dotados de um custo, sejam os chamados negativos ou os chamados positivos, pois todos implicam e pressupõem o pagamento de tributos para financiá-los, para implementá-los e para executá-los.

10) As deliberações e decisões públicas envolvendo os gastos de recursos públicos deveriam focar as seguintes questões: a) quanto queremos e quanto podemos gastar com cada direito? b) qual a melhor maneira de gastá-los? c) qual a melhor maneira de despender os recursos com máxima proteção com um mínimo custo? d) todo o processo foi motivado e justificado amplamente?⁴⁶

Pois bem, mas como dizíamos, no Brasil podem ser identificadas três grandes linhas a respeito da exigência dos direitos sociais com diversos matizes.

Alguns entendem que todos os direitos sociais previstos como fundamentais na Constituição são exigíveis de pronto.

Outros entendem que exigíveis seriam apenas os direitos negativos, pois os positivos somente estariam disponíveis sob a reserva do possível, e ainda condicionados à mediação legislativa.

⁴⁶ Tradução e interpretação livre do autor.

Por fim, há aqueles que entendem existir um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, restando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

A nosso juízo a questão deve ser delimitada, em um primeiro momento, segundo parâmetros do próprio regime constitucional⁴⁷.

E no caso brasileiro é preciso recordar, em primeiro plano: a) a vigência do princípio da inafastabilidade do amplo controle jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV, “ a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”; b) o fato do Brasil ser um Estado Democrático de Direito, conceito amplo e substantivo que merece ser decodificado também pelo Judiciário para aplicar os valores e direitos constitucionais, generosamente; c) ter presente a idéia de que os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da constituição e de seus destinatários, inclusive o Estado; d) compreender o esforço para conferir aplicabilidade e eficácia máxima aos direitos que atendam ao princípio da dignidade humana em sua dimensão mais compreensiva e pluralista possível; e) considerar que os direitos constitucionais fundamentais considerados indispensáveis a uma vida digna (saúde, educação, moradia, etc.) são de variada eficácia e aplicabilidade e não raro demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares.

Presentes tais premissas de compreensão, é preciso ainda aceitar que o princípio da separação de poderes, com sua dimensão contemporânea renovada, é vigente e deve ser aplicado, não por amor à mecânica do constitucionalismo clássico, mas, sobretudo por reverência aos espaços democráticos de cada função e poder estatal.

É dizer, as políticas públicas não podem ser *formuladas originariamente* pelo Poder Judiciário em respeito à própria cidadania.

Se de um lado é possível concordar com Andréas J. Krell⁴⁸ quando afirma:

⁴⁷ Com as suas aberturas do constitucionalismo contemporâneo, naturalmente.

⁴⁸ “Discrecionabilidade Administrativa e Proteção Ambiental - O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais”, Um Estudo Comparativo - Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, página 135 e 136).

“Ao mesmo tempo, a justificada cobrança de um controle mais efetivo dos atos administrativos, a ser exercido pelos tribunais em defesa dos direitos e garantias fundamentais, não deve chegar a ponto de querer atribuir “todo o poder aos juízes”, sendo ingênuo pensar que as relações de poder econômico e político, estratificadas numa sociedade (ainda) *periférica* e a falta de qualificação profissional não se reproduziriam também no âmbito do Terceiro Poder”.

“A condenação do Executivo, em sede de ação civil pública, a realizar obras de saneamento e prestar serviços públicos sociais com efetividade, não pode ser obstruída mediante invocação do princípio da separação dos Poderes, da falta de recursos financeiros ou da pretensa invasão do “mérito” dessas decisões. Nesses casos, a discricionariedade dos órgãos governamentais foi *reduzida a zero*, visto que as próprias normas legais constitucionais estabelecem, de forma expressa, os deveres de implementação das respectivas políticas públicas, cabendo ao Judiciário corrigir as omissões dos outros Poderes estatais.”

Não é possível de outra parte, estender, dilatar o *controle judicial* a tal ponto que teríamos inexistente o campo próprio, o núcleo essencial de competências atribuída a cada poder e função estatal.

É a constituição e na constituição que a resposta a essa questão (da extensão e limite do controle) deve ser encontrada.

Será a partir das normas e princípios constitucionais, sobretudo àqueles que veiculam proteção à dignidade da pessoa humana no bojo dos direitos fundamentais que encontraremos os deveres do Estado, positivos ou negativos e sua regular postura.

Não caberia ao poder judiciário, é certo, substituir-se ao administrador público no exercício de função administrativa, mas é preciso considerar que essa é apenas uma parte do problema.

Concordamos inteiramente com Ana Paula de Barcellos⁴⁹ que em magnífico artigo sobre o controle judicial em matéria de direitos

⁴⁹ “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático”, Revista de Direito do Estado, Ano 1, número 3, Ed. Renovar, Rio, 2006, Página 35 e seguintes.

fundamentais, identifica cinco objetos que podem sofrer controle jurídico e jurisdicional (sem prejuízo de outros).

São eles: I) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; II) o resultado final esperado das políticas públicas; Iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculada à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; IV) o alcance ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e V) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

Não seria possível trazer todo o raciocínio desenvolvido pelo longo artigo da Professora Ana Paula de Barcellos. Pincemos, no entanto, apenas um deles. O relativo à *eficiência mínima* na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade. A citação, apesar de longa, merece ser feita.

Afirma a professora: "Imagine-se que um Município hipotético X declara, em seu relatório de execução orçamentária, haver investido R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em saúde no ano de 2005. As questões que surgem aqui são duas. Em primeiro lugar: o que se fez especificamente com os R\$ 1.000.000.00? Que resultado se produziu com tais recursos? Em segundo lugar, e tendo em conta essa informação, será o momento de apurar se existe uma relação de eficiência mínima entre os recursos investidos e o resultado produzido (seja ele qual for). Teria havido desperdício, ineficiência ou desvio? O resultado produzido concretamente pelo investimento de tais recursos custa razoavelmente 1 milhão de reais?

Repita-se que esse controle não se ocupa do *quanto* deveria ou não ter sido investido em determinada área ou mesmo de quais deveriam ter sido as prioridades de investimento nesse particular. Deixando, por ora, a cargo dos Poderes Públicos majoritários a definição desses elementos, o que se procura verificar é a existência - ou não - de uma relação de eficiência mínima entre o que se investiu e o resultado específico desse investimento. Há duas observações a fazer sobre a questão.

O controle da eficiência eventualmente poderá exigir o recurso a parâmetros externos, obtidos junto ao mercado, para que seja possível aferir qual o custo real, ainda que aproximado, dos bens e serviços produzidos afinal pelo Poder Público. Suponha-se que, com os R\$ 1.000.000,00, o Município X afirme ter construído a escola Y e incrementado a qualidade da merenda escolar das cinco escolas já existentes na região, atendendo a um total de 800 crianças. Pois bem: quanto deveria custar, em geral, uma edificação do porte da escola Y e, quanto custa, também em média, a melhoria introduzida na merenda escolar?

A segunda observação envolve a noção de eficiência, embora não seja o caso aqui de examinar o tema com maior profundidade. A doutrina especializada visualiza na eficiência um dever geral de a Administração otimizar o emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis relevantes para o interesse público. Nada obstante, a economicidade- isto é: a relação custo-benefício sob uma perspectiva financeira- será sempre um aspecto importantíssimo a ser examinado no contexto da eficiência.

Ainda sobre a noção de eficiência, também é certo que a avaliação acerca do que é – ou, mais precisamente, do que foi eficiente ou não muitas vezes produzirá zonas de certeza negativa, zonas de certeza positiva e também as chamadas “zonas de penumbra”. Dito de outro modo, algumas opções dos Poderes Públicos poderão facilmente ser descritas como ineficientes (zona de certeza negativa), outras como eficientes (zonas de certeza positiva), ao passo que em relação a outras haverá dúvida fundada sobre seu status, sobretudo tendo em conta e esse é também um aspecto importante as circunstâncias que cercavam e pressionavam o administrador (e eventualmente também o Legislador) no momento em que tomou a decisão que agora o Poder Judiciário examina.

A possibilidade de controle da eficiência mínima das políticas públicas, antes de outros desenvolvimentos maiores e mais aprofundados, envolverá sobretudo o aspecto da economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas

direcionadas (ou supostamente direcionadas) à realização dos direitos fundamentais. Esse controle, é claro, tem por objetivo principal eliminar as zonas de certeza negativa na matéria. Isto é: impedir ou, no mais das vezes, apenas punir, já que impedir em caráter preventivo nem sempre será viável condutas claramente ineficientes ou mesmo a malversação criminosa do dinheiro público.

De outra parte, aceitamos que seja plenamente possível o controle judicial das políticas públicas no Brasil no tocante à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição.

Ao interpretar a Constituição procurando dela sacar todas as suas potencialidades, verificamos que o controle das políticas públicas não é um exercício retórico ou demagógico, mas um verdadeiro dever do Estado-juiz. Tudo evidentemente com *prudência e razoabilidade*.

Assim, parece-nos, que ao juiz é plenamente possível exercitar o princípio da ampla tutela jurisdicional com os olhos voltados à máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, para contrastar se a política pública apresenta ineficiência ou omissão em seu cumprimento, sindicando amplamente as causas e motivos que levaram à aquela situação, verificar se direitos estiverem ameaçados ou lesados.

De outra parte, parece-nos que a teoria da "*reserva do possível*" deve ser acolhida com ressalvas. Sempre existirá alguma sorte de limite para o atendimento a direitos, considerando que todos eles têm determinado custo, e os recursos são limitados (Susskind).

É no mínimo discutível a tese de que, em nome da reserva do possível, pode-se obstaculizar o reconhecimento de direitos a prestações estatais. É intuitivo que esse obstáculo não possa ser invocado como razão absoluta para o desenvolvimento e atendimento dos direitos sociais.

Mas também não podemos nos fixar nas (meras) alegações – useiras e vezeiras de ausência de recursos, discurso monocórdico do Poder Público. As perguntas que podem e devem ser feitas são as seguintes:

Qual o motivo que levou à alegada escassez? Ele é real? Há espaço jurídico para questionar as prioridades adotadas pelo Governo? A Constituição (ou a lei) estabeleceu algum tipo de prioridade material naquela determinada matéria ou assunto em litígio ?

Como bem ressalta Américo Bedê Freire Júnior:

“Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública”⁵⁰.

E como o Supremo Tribunal Federal analisa essa temática? Ao ensejo de responder essa questão, já será possível tocar em dois pontos, intimamente conectados, a saber, a *reserva do possível* e (versus) a *teoria do mínimo existencial*.

Não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal no Brasil tenha enfrentado a matéria de forma exaustiva ou que tenha uma posição firme a respeito. Foram poucas as vezes que a matéria ascendeu àquela Corte e há poucos pronunciamentos a respeito. Entretanto, os casos são interessantes e merecem ser trazidos à colação.

O primeiro caso importante decidido no Supremo Tribunal Federal no Brasil relativamente a esse assunto foi a **ADPF 345**, Relator o Ministro Celso de Mello (em 29 de abril de 2004). Não importam os detalhes processuais do caso para nossa análise.

⁵⁰ Ob.Cit. página 74. Silvio Rocha, magistrado federal e professor de direito administrativo da PUC-SP, também aceita um controle substancial ao afirmar: “ O magistrado deve investigar no caso concreto: a) se a política pública social contemplada recebeu recursos minimamente condizentes com as necessidades de atendimento, em cotejo com outras necessidades de menor importância contempladas no orçamento, v.g, comparar recursos destinados a aquela política pública com recursos destinados à publicidade; b) se os recursos destinados a aquela política foram exauridos ou simplesmente contingenciados; c) estabelecer uma política pública mínima para vigorar enquanto não for implantada outra pelo poder público que atenda de modo satisfatório a demanda; d) determinar a abertura de crédito suplementar para suprir os gastos da política pública minimamente eficaz determinada por ele”. Resumo oferecido pelo autor, da intervenção no II Congresso Brasileiro de Direito Público realizado em Maceió, Brasil em 2006.

Basta assinalar que o autor da ação questionava, originariamente, o veto presidencial no orçamento de determinado ano, o que implicava desrespeito ao preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional número 29/2000, que foi promulgada para garantir *recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde*.

Em primeiro lugar, o Relator Ministro Celso de Mello destacou que a ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental) é um instrumento idôneo e apto *a viabilizar e concretizar políticas públicas*, quando previstas no texto da Constituição e venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando constitucional.

Afirmou: “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, *que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais*, que se identificam enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal e o controle das políticas públicas afirmou o Relator: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário- e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Sobre a reserva do possível, afirmou o Relator: “.. que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass.R.Sustein), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais- além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização- depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese- mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou política- administrativa- criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível”- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível- não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando esta conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Sobre a convivência da “reserva do possível” com o “mínimo existencial”, afirmou o Relator: “A meta central das Constituições modernas, e a da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingí-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - , traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

Sobre a liberdade do legislador e do executivo para conformar ditos “direitos sociais”, afirmou: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas

em um imperativo ético-jurídico-, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

Em 22/11/2005 no R.E. AgR 410715/SP, também Relator o Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu na forma abaixo. A ementa é elucidativa.

“Criança de até seis anos de idade. Atendimento em Creche e em Pré-Escola. Educação Infantil. Direito Assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV). Compreensão Global do Direito Constitucional à Educação. Dever Jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, Art. 211, § 2º). Recurso Improvido. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art.208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art.208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios- que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art.211,§ 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que

representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. *Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão- por importar em descumprimento dos encargos políticos- jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório- mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.*

Já em 8 de junho de 2007, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, na SS 3205, também enfrentou o tema, indeferindo pedido do Estado do Amazonas que requeria a suspensão da execução de uma medida liminar concedida em um mandado de segurança em trâmite no Tribunal de Justiça daquele Estado, a qual determinou à Secretaria de Estado da Saúde, a “imediata aquisição do medicamento Diazóxido, junto ao respectivo laboratório fabricante da droga, e manutenção de seu fornecimento de forma ininterrupta, enquanto perdurar a necessidade médica de sua ingestão”.

Cuidava-se de ação impetrada por menor representada por sua mãe, na qual afirma que sua filha é portadora de hiperinsulinismo congênito, uma rara patologia que cursa com a liberação exacerbada de insulina pelas células beta do pâncreas, cujo tratamento necessita da utilização do medicamento fabricado no Canadá. O governo do Estado manifestou-se afirmando que não dispunha desse medicamento pois o mesmo não fazia parte do programa governamental de medicamentos excepcionais. Ademais, alegou que ao ser compelido a adquirir esse medicamento estaria sacrificando toda a coletividade, pois, valendo-se do exemplo do caso concreto, estar-se-ia atendendo uma necessidade individual, em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema em relação à coletividade e ainda, que o artigo 196 da Constituição brasileira, ao

assegurar o direito à saúde, se refere, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, não garantindo situações individualizadas, como o fornecimento de remédios excepcionais e de alto custo que estão fora da lista oficial do Sistema Único de Saúde (SUS).

Sem adentrar na discussão teórica da justiciabilidade das políticas públicas, simplesmente, a Relatora, atenta às condições de saúde da menor e aos relatórios (laudos) médicos constantes do processo que indicavam que o referido medicamento era o único a possibilitar uma condição possível de vida a paciente, e ainda, atendendo à condição de hipossuficiência econômica da mesma, determinou a importação do medicamento, até a menor completar 2 anos de idade, quando teoricamente poderia o medicamento ser gradativamente suspenso ou substituído.

Vista a posição do Supremo Tribunal Federal no Brasil, podemos avançar explorando um pouco mais a teoria do mínimo existencial.

Sobre a teoria do *mínimo existencial* acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal, lembramos uma vez mais Ingo W. Sarlet,⁵¹ que enfrentou o tema do “mínimo indispensável para uma existência digna” trazendo para o direito brasileiro a doutrina alemã.

Afirma: ... a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos constituintes (o autor refere-se à realidade alemã), mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de cinquenta, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e à integridade corporal (art.

⁵¹ Ob.Cit. “ A eficácia dos Direitos Fundamentais”, página 292 e seguintes.

2º, inciso II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

... em outros arestos a Corte Constitucional Alemã, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial. Para além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”.

No Brasil a doutrina alemã tem sido regularmente invocada pelo Supremo Tribunal Federal e explorada por diversos autores brasileiros⁵².

Examinado o panorama do direito brasileiro, seria interessante fecharmos o presente artigo trazendo um exemplo de como a matéria recebeu tratamento no sistema regional interamericano (“Rumo à *exigibilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais nas Américas: o desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano*”).

Para isso, trazemos à colação o trabalho e as idéias desenvolvidas por James Louis Cavallaro e Thamy Pogrebinski⁵³, exatamente com o título acima.

Neste trabalho, os autores pretendem demonstrar – trazendo a jurisprudência da *Comissão e da Corte Interamericana de Direitos*

⁵² Ampliar em Cláudio Pereira de Souza Neto, “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais : Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”, na obra : “A Nova Interpretação Constitucional”, organizada por Luís Roberto Barroso, Renovar, Rio de Janeiro, página 285 e seguintes. Afirma o autor: “Observe-se que, a despeito de sua inspiração eminentemente liberal, não há nesta teoria a pretensão de que as políticas públicas estatais se restrinjam ao mínimo existencial, deixando ao mercado a realização do que estiver além disso. Também o estado, para esse ponto de vista, pode realizar a justiça social (...). Por agora, buscaremos apenas fixar alguns pressupostos, também compartilhados pela teoria do mínimo existencial, que comporão o pano de fundo das reflexões que se seguem: 1) o estado tem legitimidade para concretizar direitos sociais, sobretudo para aqueles que, por uma infinidade de motivos, não conseguiram concretizá-los por conta própria; 2) da totalidade dos direitos sociais, alguns podem ser considerados direitos fundamentais; 3) qualquer sociedade onde tais direitos não estejam respeitados- ou onde não haja iniciativas consistentes para implementá-los- é uma sociedade injusta; 4) o campo da fundamentalidade dos direitos sociais pode ser definido através de critérios materiais; 5) o judiciário tem a prerrogativa de concretizar, independentemente das políticas governamentais e da ação legislativa, os direitos sociais na medida da fundamentalidade material, ao passo que o que está além disso deve ser concretizado pelo executivo e pelo legislativo nas suas esferas de competência; 6) os ramos eletivos do estado possuem legitimidade democrática- quando eleitos democraticamente- para implementar políticas públicas, não se concordando com a tese de que o judiciário é uma verdadeira panacéia para a solução de todos os problemas da vida social”. Concordamos com o desenvolvimento de suas idéias.

⁵³ Na obra “Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional- Desafios do Direito Constitucional Internacional”, publicação da Ford Foundation, Max Limonad e Jusitça Global, obra coordenada por Flávia Cristina Piovesan, 2001, páginas 669 a 684.

Humanos – a importância da consolidação e as possibilidades existentes para o desenvolvimento de precedentes que aumentem a exigibilidade desses direitos (sociais, econômicos e culturais) no sistema interamericano.

Procuraremos fazer um resumo do trabalho desses autores⁵⁴, ou seus pontos essenciais, pois a nosso juízo, ele acrescenta e complementa o cenário nacional, apresentando um panorama da realidade regional ou interamericana, demonstrando, do mesmo modo, que o movimento e a necessidade de proteção e promoção desses direitos parece ser mesmo universal.

O trabalho está dividido nos seguintes aspectos:

1) Contexto histórico: o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Recordam que a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio de sua Assembléia Geral, em maio de 1948, aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Esse documento positivou diversos direitos humanos fundamentais- tanto direitos civis e políticos, como também direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração Americana prevê o direito à saúde (art.11), à educação (art. 12), à cultura (art. 13), ao trabalho (art. 14) e à previdência social (art. 16). Em 1969 surge a Convenção Americana de Direitos Humanos e, após nove anos e onze ratificações, o tratado finalmente entrou em vigor.

A Convenção, ao contrário da Declaração, falhou ao não especificar os DESC da mesma forma que a Declaração de 1948. Todo o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção Americana resume-se a um único artigo - o artigo 26, intitulado “desenvolvimento progressivo”, que estabelece:

“Os Estados – partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente

⁵⁴ Utilizaremos exclusiva e intergramente, nesta parte, o trabalho já citado de James Louis Cavallaro e Thamy Pogrebisnschi, transcrevendo quase que integralmente suas idéias e conceitos. Aonde possível resumiremos suas idéias.

a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Criticam os autores a ausência de um dever concreto aos Estados-partes. Dizem que eles estão a “tomar providências a fim de conseguir progressivamente (primeira limitação) a plena efetividade (segunda limitação) dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais (...) (terceira limitação)”.

E uma vez que os Estados – partes não são obrigados a tomar nenhuma medida imediata e nenhum direito é fixado pelo art. 26 (tais como direito à educação, moradia, condições adequadas de trabalho, etc), casos individuais de violação do art.26 não podem ser apreciados pelos órgãos de direitos humanos do sistema interamericano.

De outra parte, a Comissão e a Corte vinham ativamente defendendo os direitos civis e políticos, até porque durante largo período, essa era a maior necessidade na América Latina, devido a cíclicos movimentos revolucionários ou ditaduras militares, deixando de lado os direitos econômicos, sociais e culturais.

Posteriormente, essa lacuna foi preenchida- ao menos em parte- pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como o “Protocolo de San Salvador”.

Nele se prevê o direito ao trabalho (art.6º); direito à condições de trabalho justas e eqüitativas (art. 7º); direitos trabalhistas (art.8º); direito à seguridade social (art. 9º); direito à saúde (art. 10); direito ao ambiente saudável (art. 11); direito à alimentação (art. 12); direito à educação (art.13); direito aos benefícios da cultura (art. 14); direito à proteção das famílias (art. 15); direito da criança (art. 16), além da proteção dos idosos (art. 17) e dos portadores de deficiências físicas (art. 18). O artigo 19, de outro lado, autoriza que os direitos estabelecidos nos artigos 8 (trabalho)e 13 (educação) por uma ação imputável diretamente

ao Estado, pode dar lugar ao direito de petição individual à Comissão e à Corte.

Informam os autores que há ampla base para defender a exigibilidade no sistema interamericano, de todos os direitos protegidos no Protocolo de San Salvador.

2) Monitoramento judicial e quase-judicial no sistema interamericano.

Explicam os autores que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, é um organismo quase judicial que promove os direitos humanos, através de uma série de funções que vão além da adjudicação de casos individuais.

Já a Corte, estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (elaborada em 1969 e posta em vigor em 1978), é um órgão unicamente judicial que tem por atribuição resolver disputas individuais encaminhadas pela Comissão (jurisdição contenciosa), bem como tem o poder de emitir Opiniões Consultivas, a partir da requisição dos Estados-membros da OEA, da Comissão e de outros órgãos da OEA.

A Comissão Interamericana recebe e processa petições individuais de alegações de violações dos direitos humanos garantidos no sistema interamericano. Para encaminhar uma petição para a Comissão, é preciso que tenham sido esgotados os recursos internos, ou que se apresente uma exceção válida para essa regra. O litígio naturalmente pode chegar à Corte Interamericana. Se isso ocorrer, a Comissão pode deixar de ser árbitro e passa a ser parte: ela se torna a peticionária perante a Corte, contra o Estado acusado na petição inicial de ter violado direitos.

3) Antecedentes de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Recordam os autores que apesar da falha dos DESC, tanto a Comissão quanto a Corte assentaram precedentes que pavimentam um caminho para a defesa desses direitos.

Recordam decisão de 1985 da Comissão do caso envolvendo índios yanomamis na Amazônia brasileira. Nesse caso, um plano governamental

de desenvolvimento que visava explorar recursos na Amazônia levou à construção de uma rodovia que atravessava o território yanomami. A entrada maciça de civis nas tradicionais terras indígenas provocou uma série de mudanças radicais no modo de vida daquela população, como prostituição, doenças, perda de terras, etc. Determinou-se que o governo brasileiro violou os direitos à vida, à segurança, ao domicílio, à locomoção, à preservação da saúde e ao bem-estar, todos garantidos na Declaração Americana.

Em outro caso, também envolvendo povos indígenas, a Comissão Interamericana monitorou um acordo negociado entre o governo da Venezuela e petionários. O caso envolvia a morte de índios e conflitos com garimpeiros. Houve posteriormente um acordo com o governo venezuelano, promovido pela Comissão, em 1999. O governo venezuelano concordou em tomar diversas medidas referentes à violações de direitos econômicos, sociais e culturais.

4) Jurisprudência da Corte Interamericana.

Em seguida, os autores trazem os casos que entendem mais relevantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a defesa de direitos econômicos, sociais e culturais.

Ressaltam que, apesar de poucos os casos, a Corte já se manifestou sobre a exigibilidade judicial de alguns dos direitos contemplados no protocolo de San Salvador, inclusive em um caso aonde teve de decidir se a indigência do petionário poderia ser considerada fundamento suficiente para uma exceção à regra de esgotamento dos recursos internos, tendo decidido afirmativamente nos seguintes termos:

“Si una persona busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, y encuentra que su posición económica se lo impide (en este caso, su indigencia) porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley. La protección de la ley constituye, básicamente, los recursos que esta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención”.

5) O Caso Baena Ricardo.

Em 1990, a Confederação dos Sindicatos de Empresas Estatais apresentou ao governo panamenho uma lista de treze reivindicações, entre as quais constavam a não privatização das instituições do Estado, manutenção de programas de seguro social, pagamento de salários atrasados, etc. Houve rejeição das demandas por parte do governo seguida de manifestação nacional e greve pacífica.

Após alguns incidentes políticos, o Presidente enviou à Assembléia Legislativa Nacional um projeto de lei para dispensar todos os servidores públicos que participaram na organização, promoção ou execução da greve citada, dada a determinação do governo de que a greve teria tentado subverter a ordem constitucional e democrática do país e as substituir por um governo militar (alegações).

Antes de esta lei ser aprovada, dizem os autores, a administração de várias empresas estatais dispensou sumariamente um total de 270 empregados, cujos nomes foram escolhidos pela administração das empresas. A lei número 25, autorizou a dispensa de todos os servidores públicos que tiveram participação em atividades que violaram a ordem constitucional, também restringindo severamente as garantias processuais a servidores públicos dispensados, permitindo inclusive a aplicação retroativa dessas restrições.

A decisão da Corte.

A Corte divulgou sua análise fundamentada nas violações cometidas pelo Estado panamenho. No que tange à violação do artigo 8º da Convenção, que proíbe a aplicação de sanções criminais sem prévia cominação legal, a Corte citou precedente da Corte Européia de Direitos Humanos, no sentido de que sejam aplicadas as mesmas garantias de devido processo da esfera criminal aos processos disciplinares de natureza civil.

6. Casos em trâmite na Corte

Por fim os autores trazem três casos que estão em andamento na Corte, a saber:

a) Caso Benvenuto Torres (direito à seguridade social). A petição foi levada à Comissão em nome de cinco pensionistas do governo peruano, todos idosos e doentes, que tiveram o seu direito de perceber uma pensão do Estado, desconsiderada, inviável. Após anos de clara obstrução da justiça por parte do Estado peruano, as vítimas recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Alegavam violação do direito à proteção judicial e ao devido processo legal, bem como do direito de dispor de garantias judiciais e de contar com um recurso sincero, rápido e efetivo (art. 8º e 25 da Convenção Americana). Discutem ainda a violação dos direitos à seguridade social, à vida, à integridade da pessoa e à saúde. Afirmam ainda que o Estado peruano violou o direito à seguridade social ao privar os peticionários dos meios de subsistência que, em sua condição de pensionistas, lhes são indispensáveis para uma vida digna e com decoro.

b) Caso Menéndez Caride e outros. Em 1988, um grupo de aposentados propôs uma ação judicial na Argentina visando obter o reajuste de suas aposentadorias, de acordo com a lei vigente. Em 1992, os aposentados obtiveram uma decisão judicial favorável: as autoridades argentinas, contudo, se abstiveram de cumprir a determinação.

Um grupo de aposentados apresentou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando: a) violação dos artigos 4º (direito à vida), 8º combinado com o art.25 (garantias judiciais) e 21.2 (direito de propriedade), direito à saúde e ao bem-estar do art. XI da Declaração Americana.

Afirmam que a abstenção do pagamento das aposentadorias aos idosos viola o direito destes à uma existência digna, contrariando o artigo 4º. Ao mesmo tempo, consideram que o direito de propriedade inclui o direito à receber uma aposentadoria satisfatória, ou seja, que os anos trabalhados por eles geram uma riqueza que não pode ser indevidamente apropriada pelo Estado.

c) Caso Odir Miranda.

Nele através da discussão de violação do direito à vida, os peticionários inseriram em sua fundamentação legal o direito à saúde.

Miranda é um portador do vírus HIV. Com o auxílio de amigos e de um médico particular, fez uso da chamada “terapia tripla” de combate à doença, que melhorou muito seu estado clínico. Internado em hospital público, fundou uma associação para difundir o uso dessa terapia, entrando com petição junto ao serviço de saúde de seu país para a aquisição e administração desse tratamento. Indeferida a petição sem nenhum fundamento aparente. A partir daí, Odir ajuizou ação contra o serviço de saúde, acusando-o de violações arbitrárias relativas ao direito à vida, à saúde e de igualdade (não discriminação arbitrária).

O argumento central da petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em tramitação, alegava, violação conjunta do direito à vida e direito à saúde. Ademais, que o seu governo não havia feito esforços para o gozo de uma “qualidade de vida adequada” a seus cidadãos. Com base no art. 11 da Declaração Americana e no art. 10 do Protocolo de San Salvador, e ainda no art. 26 da Convenção, os petionários alegam que o Estado de San Salvador tem a obrigação jurídica de realizar todos os atos que sejam necessários para melhorar a saúde e alcançar um mais alto nível de bem estar físico, mental e social⁵⁵.

d) Caso dos Menores da Comunidade Paynemil

Por fim, os autores trazem o caso dos menores da província de Neuquén, na Argentina. Em março de 1997, uma defensora de menores local, impetrou ação de amparo para garantir a saúde das crianças e jovens da comunidade indígena local, afetados pelo consumo de água contaminada com mercúrio e chumbo. Em sua requisição, solicitou que o Estado providenciasse água potável necessária para a sobrevivência da comunidade.

O juiz de primeiro grau acatou a solicitação, ordenando a província a tomar medidas, entre elas o fornecimento de 250 litros de água potável diários para cada habitante da comunidade, assim como a realização de medidas necessárias para tratar o problema e garantir que não se repetisse no futuro. Confirmada a decisão, a Província entregou somente

⁵⁵ Não estamos afirmando que há direito subjetivo nos casos em exame. Apenas trazemos à colação a discussão para demonstrar como tem sido utilizada essa importante instância de discussão desses direitos perante tribunais e cortes internacionais e como esses mecanismos podem ser invocados e percorridos.

14 litros de água diária por pessoa, sem realizar nenhuma das outras medidas ordenadas judicialmente.

Diante desse descumprimento, a defensora apresentou denúncia a CIDH, na qual expôs os fatos descritos. Além de denunciar o descumprimento estatal, a petição também fez menção à discriminação sofrida pelos membros da Comunidade em seu direito ao acesso à água potável, em relação aos demais habitantes. Ressaltou as violações dos direitos das crianças (art. 19 da Convenção), os direitos à saúde, à vida em um ambiente são, todos protegidos pela Convenção.

A Comissão abriu o caso, e o Estado argentino respondeu à primeira comunicação em dezembro de 1998. Em setembro de 1999, deu-se início a um processo de solução amistosa entre as partes, mediado pela CIDH. Espera-se que a solução amistosa inclua medidas concretas para responder às reivindicações de direitos econômicos, sociais e culturais.⁵⁶

Vê-se que o movimento pela justiciabilidade e responsabilidade pelo cumprimento de direitos sociais, econômicos e culturais é uma constante no mundo contemporâneo.

A título de finalização do presente artigo, procuramos sumular as idéias principais desenvolvidas com objetivo eminentemente didático.

1) No Brasil a Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização, e que do ponto de vista simbólico, superou o modelo anterior, adotou um figurino programático e dirigente, sendo pródiga na formulação de direitos fundamentais de defesa e de prestação de deveres ao Estado e aos particulares.

2) Na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais não são concebidos como simples direitos de defesa em face do Estado. Ao contrário, tais direitos exigem comportamentos ativos (proteção e promoção) dos vários poderes públicos da federação brasileira (federal, estadual, distrital e municipal). Ademais, tais direitos são, em grande medida, aplicáveis diretamente às relações jurídico-privadas, com alguns temperamentos.

⁵⁶ Tudo de acordo com os citados autores Cavallaro e Pogrebni.

3) O Poder Judiciário tem sido provocado, sobretudo pelo Ministério Público brasileiro, a questionar e avaliar políticas públicas, notadamente direitos sociais, econômicos e culturais, quer em função das obrigações e direitos constitucionais diretamente sacados da Constituição, quer em razão de omissão, ilegalidade, desvio de poder ou irrazoabilidade (gênero) dos poderes públicos no cumprimento das metas constitucionais e infra-constitucionais.

4) Tais ações, individuais ou coletivas (conflitos de massa) pretendem, não raro, obrigar o Poder Público ou o Administrador Público a alterar um padrão de comportamento e, assim, também ajustar políticas públicas. Esse modelo é incentivado e promovido pelo desenho das normas constitucionais que pretendem infundir maior participação política e pública às decisões no Estado Democrático de Direito.

5) O Brasil, não obstante as reformas liberalizantes por que passou na década passada, seguindo a tendência universal de enxugamento do Estado, remanesce com a alma e com espinha dorsal de um Estado Democrático de Direito, comprometido com os valores substantivos de promoção de justiça social, igualdade e liberdade. Tais reformas não tiveram o condão de obscurecer o caráter compromissório da Constituição de 1988.

6) O fenômeno da justiciabilidade das políticas públicas se manifesta de várias maneiras, quer no controle de constitucionalidade, quer na defesa de ações de finalidade coletiva.

7) É possível, em determinados casos, de acordo com o desenho constitucional e com o arcabouço legal, às vezes somente com o primeiro, exigir judicialmente que os administradores públicos implementem medidas ou políticas que permitam vida mais digna e justa aos brasileiros.

8) Ao conceder essa ampla tutela, o poder judiciário não deve “invadir” a área de atuação do poder executivo, mas sim pode e deve corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

9) No Brasil, a partir da década de 80, abriu-se a possibilidade ao juiz, para o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer em matéria de interesse difuso e coletivo, ordenar a execução específica ou a cominação de multa, independentemente do pedido do autor nesse sentido. O Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente são exemplos eloqüentes de uma verdadeira revolução processual na busca do melhor atendimento possível ao direito da parte.

10) A teoria da "reserva econômica do possível" como argumento e limite objetivo ao atendimento dos direitos sociais tem sido regularmente invocada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira. De um lado, temos partidários fiéis de sua integral aplicabilidade, de outro, há respeitáveis oposições à sua integral adoção em face da realidade constitucional brasileira. Parece prudente aceitar a teoria com temperamentos.

11) Todos os direitos têm custos e dependem da sociedade (Sustein).

12) As deliberações e decisões públicas acerca dos gastos públicos devem ser feitas e conduzidas pelo poder político e democrático nos espaços livres de conformação para que o embate e a criação normativa brotem voluntariamente do espaço social.

13) A constituição não deve ser um instrumento autoritário de modelagem de todos os espaços sociais. Sequer cabe ao Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana.

14) É a partir das normas e princípios constitucionais, sobretudo àqueles que veiculam a proteção à dignidade humana, no bojo dos direitos fundamentais que encontraremos os deveres do Estado, positivos e negativos à sua regular postura.

15) Em face da realidade brasileira, ao Poder Judiciário é atribuída uma importantíssima missão de co-responsável à correção das desigualdades sociais, nos limites de sua atuação criativa e promocional dos direitos fundamentais.

16) Não obstante a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo dos poderes populares, não há liberdade absoluta nesse domínio, quer do legislador, quer do executivo. Se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procurarem neutralizar direitos sociais, agindo com inércia ou abusivamente, afetando a existência digna, cumpre ao Judiciário corrigir tais condutas (STF).

17) A justiciabilidade dos direitos fundamentais alcançou o sistema interamericano e constitui importante remédio para a promoção e correção de rotas em busca da plena eficácia dos princípios cardeais da civilização democrática e pluralista no Estado de Direito.

Passo a palavra ao Sr. Evandro Costa Gama, Ministro de Estado Interino e Chefe da Advocacia-Geral da União.

EVANDRO COSTA GAMA

*Ministro de Estado Interino e Chefe da
Advocacia-Geral da União, Substituto*

I – CRIAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste ano de 2008, a Advocacia-Geral da União (AGU) completa 15 anos de serviços prestados à nação brasileira.

A AGU, tal como o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi instituída pela Constituição de 1988, e, da mesma forma que essa Colenda Corte, sua criação decorreu da constatação pelo Poder Constituinte de que se fazia necessário desconcentrar algumas funções que se encontravam sob o manto de competências de determinados órgãos. Funções que, além de assoberbá-los, geravam certas desarmonias institucionais.

No caso da AGU, o Constituinte entendeu ser necessário separar o exercício da **função de defesa da sociedade e da ordem jurídica** da **função de representação da União**, antes concentradas no Ministério Público Federal.

Já quanto ao STJ, verificou-se a necessidade de se fazer um rearranjo do Poder Judiciário, cindindo a **função de guardião da Constituição** da **função de arauto da uniformidade de interpretação da lei federal**, antes todas de competência do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, ao contrário do que ocorreu com STJ, cuja instalação já era prevista pelo art. 27 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias e se ultimou com Sessão Solene do Supremo Tribunal Federal ocorrida em 7 de abril de 1989, a efetiva instalação e a organização da AGU só ocorreram após o advento da Lei Complementar nº 73, em 10 de fevereiro de 1993.

II – BREVE DESCRIÇÃO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – ADVOCACIA DE GOVERNO X ADVOCACIA DE ESTADO

Apesar disso, desde a promulgação da Constituição, diante da previsão da AGU em seu art. 131, já se indagava qual seria a exata noção de sua localização no sistema jurídico nacional e quais seriam as características das funções que lhe foram atribuídas. Qual o seu regime jurídico?

É, justamente, a partir do estabelecimento de tais balizas que se pode analisar o papel desempenhado pela AGU na consolidação da democracia e no controle jurídico das políticas públicas.

Para respondermos a essas questões, partiremos da premissa de que a **Constituição Brasileira é constituída por regras e princípios jurídicos, que possuem diferentes graus de concretização.**

Assim, servindo-se de esquema apresentado por J.J. Gomes Canotilho, é possível identificar na Constituição Brasileira a existência de **princípios estruturantes, princípios gerais, princípios especiais e regras constitucionais.**

Os **princípios estruturantes indicam "as idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional"**. Como exemplo, podemos citar em nossa Carta de 1988, o princípio republicano, o princípio federativo e o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

Esses princípios, que estruturam e dão sustentação à ordem constitucional, adquirem concretização e densidade através dos **princípios gerais**. Assim, o mencionado princípio do Estado Democrático de Direito torna-se mais concreto e denso com os princípios gerais da separação dos poderes (art. 2º), da legalidade (art. 5º, II), da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da soberania popular (art. 1º, parágrafo único), etc.

Por sua vez, os princípios gerais obtêm concretização e densidade por meio dos **princípios especiais**. É o que ocorre com o princípio geral

da legalidade (art. 5º, II), concretizado pelo princípio especial da legalidade na administração (art. 37, *caput*) e pelo princípio especial da legalidade tributária (art. 151, I). Da mesma forma, o princípio constitucional geral da igualdade (art. 5º, *caput*) ganha concretização com os princípios constitucionais especiais da igualdade tributária (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º).

Por último, nessa escala de concretização da ordem constitucional, as regras previstas na Constituição dão densidade e concretização a qualquer dos princípios anteriormente elencados, até mesmo simultaneamente.

Como exemplo de regra constitucional, cabe apontar o próprio art. 131, que trata da AGU e de suas competências. Essa regra, ao atribuir à Advocacia-Geral da União competência de assessoramento e consultoria jurídica do Poder Executivo, estabelecendo-a como instância de controle prévio de legalidade de políticas públicas e demais atos administrativos, e competência de representação judicial e extrajudicial da União, corporificando-a como órgão viabilizador de políticas públicas, confere concretização, não só aos princípios especiais da legalidade na administração (art. 37, *caput*) e da legalidade tributária (art. 150, I), mas também aos princípios gerais da legalidade e do devido processo legal (art. 5º, II e LIV), e, por conseqüência, ao princípio estruturante do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

A partir desse esquema, é possível verificar a existência de uma relação de dependência existente entre os princípios e as regras jurídicas constitucionais, de forma que não há regra jurídica que não sofra influência dos princípios constitucionais estruturantes, gerais ou especiais. Melhor dizendo, não há regra jurídica no texto constitucional que não seja submetida, subordinada, aos princípios constitucionais aqui classificados. Isto caracteriza e constitui a **unidade material da Constituição (princípio da unidade da Constituição)**.

Por conseqüência, a previsão constitucional das competências da Advocacia-Geral da União e sua atuação não podem estar desassociadas

dos princípios especiais da legalidade na administração, dos princípios gerais da legalidade e do devido processo legal, e, por consequência, do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, cabe observar que o constituinte originário optou por conferir à Advocacia-Geral da União *locus* próprio, fora das prateleiras dos tradicionais Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), incluindo-a em capítulo denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”, dentro do Título IV referente à organização dos Poderes, ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria dos Estados.

De modo que cabe afirmar - sem adentrar na análise das atuais críticas à teoria da tripartição dos poderes, que, por si só, já seria tema para uma palestra própria - que a topografia da Constituição, colocando a Advocacia-Geral da União fora dos Capítulos que tratam dos três Poderes, em capítulo próprio, indica, ao menos, a sua independência funcional em relação aos três Poderes da União.

Corroborando com esse entendimento, está a própria disposição do art. 131 da Constituição, que, ao definir a AGU como “*instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente*”, deixa evidente que sua representação judicial abrange todos os Poderes e inclusive as outras Funções Essências à Justiça exercidas por instituições públicas federais.

Além disso, tendo o Poder Constituinte incluído a AGU, juntamente com a Procuradoria dos Estados, o Ministério Público, a Defensoria Pública e advocacia privada, como Função Essencial à Justiça, caracterizou-a como ente de controle estatal.

Eis que, na feliz observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as “*(...) funções essenciais à justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatorias através das quais interesses juridicamente protegidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.*”.

Mas quais seriam os interesses juridicamente protegidos pela AGU?

À luz da doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pode afirmar-se que as funções essenciais à justiça são, conforme visto, genericamente, as funções de advocacia, abrangendo a advocacia privada, prevista no art. 133 da Constituição, e a Advocacia Pública, sendo que esta última engloba:

a) a advocacia da sociedade, realizada pela instituição constitucionalmente designada como Ministério Público, que defende os interesses difusos, bem como a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis;

b) a advocacia dos necessitados, exercida pela instituição denominada Defensoria pública (art. 134 da Constituição), responsável pela defesa dos interesses individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los; e

c) a Advocacia do Estado, que a Constituição denomina de Advocacia Pública, mencionando expressamente seu exercício pela AGU (art. 131) e pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132), a quem cabe defender os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos.

Assim, por conseguinte, na medida em que a AGU deve exercer suas competências para viabilizar os interesses públicos buscados pelas políticas públicas, sob os auspícios da constitucionalidade e da legalidade, zelando pela concretização do Estado Democrático, ela cumpre papel de uma Advocacia de Estado e não de Governo.

Eis que sua atividade está direcionada a propiciar as condições jurídicas necessárias à implementação dos interesses públicos ao encargo dos órgãos e entes públicos, e não interesses das autoridades governamentais.

Além disso, o advogado público é um Advogado do Estado, não do Governo, uma vez que ele advoga para o ente jurídico que é o gestor de interesses públicos indisponíveis e que deve agir segundo o art. 37, **caput**, da Constituição, em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Agora, diante das características das funções da Advocacia-Geral da União, qual seria o papel dela na consolidação da Democracia?

III – PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

Antes, porém, de fazer essa análise, deve-se observar que nossa Constituição de 1988, em seu art. 1º, não se restringiu a prever um Estado de Direito, mas também consagrou o princípio democrático em sua concepção de Estado.

De forma que comungam na concepção do Estado Brasileiro, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da legalidade, instituidor de um Estado de Direito, e o princípio da legitimidade, instituidor de um Estado Democrático, cuja fonte de poder é o povo.

Ou seja, no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, no Estado Democrático de Direito não basta só a submissão do Poder Público aos ditames da lei, faz-se necessário também a sua atuação no sentido de assegurar a representatividade dos anseios do cidadão, respeitando a vontade da maioria, que se caracteriza pelo interesse público preponderante, e protegendo de forma escrupulosa os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias.

Assim, diante do fato que à AGU cabe a defesa do interesse público, deve ser ínsito ao exercício das competências que o art. 131 da Constituição atribui à AGU, não só o controle de legalidade, mas também de legitimidade com o interesse público.

O exercício das competências preventivas de consultoria e assessoramento jurídicos, e postulatórias, de representação judicial e

extrajudicial da União, sem o mínimo de consistência técnica e desvinculado do interesse público, não realiza os fins do Estado Democrático de Direito, princípio estruturante ao qual, conforme já vimos, está submetida as competências da AGU.

Inclusive, a esse respeito, destaca Cármem Rocha, que a *"legitimidade que fundamenta o Estado Democrático de Direito, é a que se contém no acolhimento ao Direito criado, interpretado e aplicado legitimamente. Em grande parte, a democracia vive hoje da confiança que o cidadão tenha em seus governantes e na legitimidade dos administradores públicos. Esses, à sua vez, dependem cada vez mais de advogados honrados, que saibam fazer valer o Direito, que saibam demonstrar por que nem sempre se podem acolher determinadas ações governamentais e administrativas como válidas."*

E sobre o relevante papel que deve ser desempenhado pelos advogados públicos, observa José Afonso da Silva que *"quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado."*

IV – A ADVOCACIA-GERAL A UNIÃO E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Agora, muito embora a AGU busque efetuar o controle da legalidade e legitimidade na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, algumas vezes são gerados conflitos de interesses que não conseguem ser resolvidos na esfera administrativa, desaguando seu controle no Poder Judiciário.

Nesse controle judicial de políticas públicas, deve também a Advocacia-Geral da União pautar sua atuação pela observância da defesa

do interesse público e pelo respeito ao Estado Democrático de Direito e aos princípios gerais e especiais que lhes são aplicáveis.

Deve-se observar que, como já exposto, a AGU encontra-se no capítulo das “Funções Essenciais à Justiça”, ao lado do Ministério Público, da Defensoria e das Procuradorias dos Estados, o que significa afirmar, com segurança, que o Poder Constituinte reconheceu-lhes uma função distinta daquelas atribuídas aos demais órgãos que integram os Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário.

A consequência imediata das atividades da AGU serem definidas como Funções Essenciais à Justiça é o seu compromisso constitucional com a justiça material e não apenas formal. Como bem afirma José Afonso da Silva, se a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos construir uma sociedade justa, o direito de acesso à Justiça não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa.

Ora, se o cidadão tem o direito constitucional a uma decisão materialmente justa ao procurar o Poder Judiciário, como decorrência dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º), a única dedução possível é a de que os órgãos que exercem funções essenciais à Justiça têm o mesmo dever constitucional do Poder Judiciário: buscar uma decisão justa. É claro, cada um no exercício de suas próprias funções constitucionais.

Assim, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37 da Carta Magna, assumem uma particularidade para os órgãos da AGU e também para seus membros efetivos: **buscar uma decisão materialmente justa, enquanto representantes judiciais do interesse público.**

Ressalte-se que tal objetivo é **um dever funcional**, decorrente dos princípios constitucionais estruturantes, gerais e especiais, que fundamentam as regras jurídicas constantes do capítulo das Funções Essenciais à Justiça (dentre elas, o art. 131).

Deve ficar claro que decisão materialmente justa não é somente aquela favorável à União, mas sim aquela que preserve a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência das políticas públicas e demais atos administrativos em geral, especialmente quando praticados em desconformidade com tais princípios constitucionais.

Estabelecidos que os Advogados Públicos Federais estão especial e diretamente subordinados aos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Brasileira e à busca por uma decisão materialmente justa, resta claro que podem, mesmo em sua atuação judicial, fazer o controle dos atos administrativos, de forma que sendo ilegal, ilegítimo ou imoral o ato, caberá:

a) o reconhecimento da procedência do pedido inicial (art. 269, II, CPC), no caso da União ou de suas autarquias e fundações se encontrarem no pólo passivo de uma relação jurídica processual;

b) a desistência de eventual ação judicial, quando a União ou suas autarquias e fundações estiverem no pólo ativo de uma relação jurídica processual, podendo-se apontar como exemplo a execução fiscal, quando se tratar de créditos tributários ou não da União ou de suas autarquias e fundações; ou

c) ainda a desistência da interposição de recursos, quando se reconhecer que o provimento jurisdicional não merece reforma.

Inclusive, como forma de prevenir a atuação da AGU na busca de uma decisão materialmente justa, o Advogado-Geral da União, na sua função de orientador da atuação dos referidos órgãos, tem editado enunciados de súmulas administrativas, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XII, da LC nº 73/93), as quais têm caráter obrigatório quanto a todos os órgãos da AGU e a ela vinculados (art. 43 da LC nº 73/93).

V – EXEMPLOS PRÁTICOS DA ATUAÇÃO DA AGU NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA, INCLUSIVE DIANTE DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Agora, finalizando nossa apresentação, cabe citar alguns exemplos do papel que tem tido a Advocacia-Geral da União na consolidação da Democracia e na busca por decisões materialmente justas na elaboração e execução de políticas públicas.

A esse respeito, primeiramente, deve-se apontar a sua atuação no controle judicial de políticas públicas, destacando os seguintes casos:

a) **células-tronco**: O Supremo Tribunal Federal acatou os argumentos da AGU quanto à possibilidade de utilização de células-tronco em pesquisas, como forma de desenvolvimento científico, com vistas à preservação da dignidade humana, julgando improcedente a **ADI nº 3510**. Foi uma vitória da AGU e daqueles que lutam pela vida e pela felicidade.

b) a garantia da **gratuidade dos Registros Públicos** de nascimento e óbito dos reconhecidamente pobres (ADI nº 1800). Outra vitória da AGU e das pessoas hipossuficientes economicamente.

c) a declaração de constitucionalidade do **Estatuto do Desarmamento**, com a ressalva de apenas três dispositivos (ADI nº 3112). Uma vitória em favor da paz e da vida.

d) vitória na ACO nº 453 contra a pretensão do Estado do Paraná de obter indenização pelo valor gasto na construção da **estrada de ferro Central do Paraná**, evitando o pagamento indevido de aproximadamente **R\$ 20 bilhões**. Economia de recursos públicos para o povo brasileiro.

e) manutenção de ato do Ministro da Justiça sobre **classificação indicativa da programação televisiva** (ADI nº 2.398). Vitória das famílias brasileiras.

f) declaração de constitucionalidade de questões ligadas aos contratos de **Certificado de Depósito Bancário/CDBs e Recibo de Depósito Bancário prefixados/RDBs**, garantindo-se estabilidade nas relações privadas envolvidas (ADI nº 608). Vitória da AGU e da segurança jurídica nas relações privadas.

g) ajuizamento de reclamações, pela União e FUNAI, nos processos judiciais em que são discutidos os atos praticados pela União na demarcação da Terra Indígena **Raposa Serra do Sol**, que atualmente se encontra demarcada, homologada e registrada no patrimônio da União. A AGU atua na defesa da história do povo brasileiro.

h) suspensão de liminar que criava obstáculos à concretização dos procedimentos administrativo-ambientais necessários à **instalação da usina hidrelétrica de Belo Monte**. Vitória da AGU e do desenvolvimento econômico sustentável do Brasil.

i) passe livre para portadores de necessidades especiais: o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 8.899/94, acolhendo o argumento da AGU de que o tema envolvia a proteção de pessoas duplamente hipossuficientes, tanto em decorrência de sua situação econômica, como pelas suas necessidades especiais. Mais uma vitória das minorias.

j) Inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS: o Plenário do STF deferiu a medida cautelar requerida nos autos da ADC nº 18. Vitória para o povo brasileiro.

De outro lado, na prestação dos serviços de representação extrajudicial e de consultoria e assessoramento jurídico pela AGU aos órgãos e entidades do Poder Executivo, a AGU tem buscado uma participação mais efetiva na formulação, implementação e avaliação jurídica das políticas públicas prioritárias para o governo federal, assim como o aprofundamento do trabalho de mediação e acordos administrativos entre órgãos e entidades federais. Como resultado dessa atuação, destacam-se:

a) a revisão e atualização das questões jurídicas relacionadas com a **anistia dos servidores/empregados demitidos, exonerados ou dispensados no Governo Collor**. Vitória dos servidores e cidadãos injustiçados.

b) a identificação dos focos geradores de conflitos nos assuntos pertinentes aos **Índios e Quilombolas**, propondo as soluções adequadas,

sob o enfoque jurídico ou político. Vitória do interesse público, com busca do equilíbrio entre os interesses envolvidos.

c) acompanhamento e orientação jurídica aos órgãos do Poder Executivo no tocante ao procedimento administrativo de regularização fundiária da **Terra Indígena Raposa Serra do Sol**.

d) participação na conciliação e orientação jurídica para a desocupação amigável das instalações e salas de controle e operação da Hidrelétrica de Tucuruí, no Pará, pelo **Movimento dos Atingidos por Barragens – MAB**. Vitória do bom senso e da justiça.

e) defesa da legalidade e constitucionalidade perante o TCU **das normas que regem a publicidade oficial do Governo Federal**, o que ensejou a realização da primeira audiência pública na história da Corte de Contas. Vitória da aplicação do princípio da participação no TCU.

f) conciliação entre DNIT e IBAMA sobre questões ambientais relacionadas à **Rodovia BR-319, trecho Manaus – Porto Velho**. Vitória da coordenação na atuação dos órgãos públicos.

g) promoção de acordo entre o Ministério de Ciência e Tecnologia, Museu Paraense Emílio Goeldi e Ministério da Justiça (Departamento de Polícia Federal) acerca da regularização das armas do Ministério de Ciência e Tecnologia para uso pelo Museu Emílio Goeldi (PA), após o prazo fixado na lei do desarmamento. Mais uma vitória do trabalho em equipe dos órgãos do governo.

Além da tradicional atuação judicial meramente defensiva, procuramos dotar a AGU de mecanismos de atuação preventiva. Nesse sentido, foi criado, em junho de 2007, o Grupo Executivo de Acompanhamento do Programa de Aceleração do Crescimento – GEPAC, que tem por objetivo precípua atuar de forma célere e segura para afastar eventuais óbices jurídicos, seja na esfera judicial, seja no âmbito administrativo, contribuindo para a implantação dos projetos e execução das obras previstas no PAC. No momento não há uma liminar em vigor nas ações judiciais que questionam obras do PAC.

E, ainda em 2007, no mês de setembro, foi publicada a portaria dispondo sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, por meio da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

A Câmara de Conciliação tem como missão solucionar, em âmbito nacional, por conciliação ou arbitragem, mediante cooperação e diálogo, controvérsias entre órgãos e entidades públicas federais, visando ao atendimento do interesse público, com observância dos princípios da Administração Pública.

Seus esforços estão direcionados para o aumento do índice de conciliação, além da disseminação da cultura de pacificação dentro da Administração Pública, promovendo a celeridade e a satisfação dos interessados envolvidos nessas controvérsias. Somente neste ano foram realizadas aproximadamente 60 reuniões de conciliação, sendo que os valores envolvidos superam 1 bilhão de reais.

Além da conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, com a Portaria n. 1.099, de 28 de julho de 2008, oportuniza-se a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal. A primeira reunião de conciliação foi realizada com representantes do Estado do Espírito Santo. Outras já estão sendo agendadas.

VI - CONCLUSÃO

Por fim, cabe concluir que, na consecução de seu múnus constitucional, a Advocacia-Geral da União assume o desafio de viabilizar a elaboração e execução das políticas públicas levadas a efeito pelo Poder Executivo federal, dentro dos primados do Estado Democrático de Direito, notabilizando-se como mais um órgão essencial à consecução da Justiça.

Em virtude disso, atribui-se à Advocacia-Geral da União o dever de viabilização das políticas públicas, sob os auspícios da constitucionalidade e legalidade, zelando pela concretização de um Estado Democrático, pautado na defesa do interesse da União, o qual não poderá estar apartado do interesse público.

E para o desempenho eficiente de seus misteres constitucionais, a Advocacia-Geral da União há de ser inequivocamente reconhecida como órgão fora do espectro de subordinação funcional do Poder Executivo, verdadeira “Função Essencial à Justiça”.

Agradeço a todos.

Muito obrigado.

O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

CARLOS E. CAPUTO BASTOS

O próximo expositor, Nilson Naves, é Ministro do Superior Tribunal de Justiça a partir da Constituição de 1988. Membro da 3ª Seção e da Corte Especial. Presidente da 6ª Turma. Biênio: 7/2007 - 6/2008. Presidente da Comissão de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Membro do Conselho de Administração. Diretor-Geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), a quem passo a palavra.

NILSON NAVES

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça e
Diretor-Geral da Escola Nacional de Formação
e Aperfeiçoamento de Magistrados*

Ocorre-me, neste momento, a memorável manhã do ano 1987 em que ouvíamos dos membros da Assembléia Constituinte – reunida ali, sob a proteção de Deus, para instituir um Estado democrático, tal o preâmbulo da nossa Constituição –, em que ouvíamos, dizia, a idéia de criação de um tribunal ao qual competiria assegurar a unidade da jurisprudência do direito federal. Falava-se da criação do Superior Tribunal de Justiça. A mim, desde aquele momento, pareceu-me tratar-se de significativo projeto, e grande, no qual nos envolveríamos de corpo, alma e coração. Se a muitos não faltou disposição desde que conhecida a idéia, a mim, particularmente, antes mesmo de seu anúncio, não faltou. E veio o Superior Tribunal como resultado concreto da vontade comum de implementar avanços na Justiça brasileira, reordenando-se a sua estrutura, principalmente os órgãos de superposição. Operosa vontade, diria eu, e feliz idéia – com cheiro de progresso, sabor de conquista e feição de democracia!

Ocorre-me ainda – porque inevitável a lembrança – que, avizinhandose a Assembléia Constituinte dos dias de sua instalação, duas ordens de idéias encontravam-se, nos nossos meios acadêmicos e forenses, em debate: uma, datada dos anos sessenta (é até possível dar-

lhe data anterior, mas os meus guardados registram ter sido em 1960 que se falou, pela primeira vez, dessa idéia), consistente na criação de um tribunal de cassação ou de revisão, ou de revisão e cassação; a outra idéia, de data mais recente – mas que evidentemente não deixava de remontar àquela de tribunais inferiores –, relativa à criação de um tribunal federal, denominado Tribunal Superior Federal, com competência para julgar recursos especiais contra acórdão de tribunais regionais federais (que também seriam criados), “em temas envolveres da Constituição Federal, de tratado ou lei federal, ou em caso de divergência de julgados, sempre nos limites da Justiça Federal e sem prejuízo da competência do Supremo Tribunal Federal”.

A segunda daquelas idéias – a de um tribunal federal – foi a que fez parte das sugestões apresentadas pelo Supremo à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sob a presidência de Afonso Arinos, e era também a sugestão do Tribunal Federal de Recursos. Foi a idéia acolhida pela Subcomissão do Poder Judiciário; dessa forma, tornar-se-iam, se vingasse a proposta, órgãos da Justiça Federal o Tribunal Superior Federal, os Tribunais Regionais Federais e os juízes federais. Porque a criação do Tribunal Superior Federal, como foi visto linhas atrás, far-se-ia sem prejuízo da competência do Supremo Tribunal. Seriam assim admitidos quatro graus quanto aos feitos federais.

Em suas sugestões à Comissão Afonso Arinos, datadas de 1986, o Supremo desaprovava, de modo expresso, a idéia da criação de um Tribunal Superior de Justiça, bem como não aceitava a de ser transformado em Corte Constitucional. Considerou o Supremo ser injustificável sua transformação em tribunal “de competência limitada, estritamente, a temas dessa ordem, sem o tratamento das relevantes questões de direito federal”. “É importante” – dizia o Supremo – “que um Tribunal, de caráter nacional, com jurisdição em todo o País, continue exercendo competência sobre as questões federais de maior repercussão na ordem jurídica”.

Das idéias em discussão, prevaleceu, ali, a primeira delas, e o Superior Tribunal de Justiça foi criado, bem mais com função de revisão

que de cassação, competindo-lhe, a teor do art. 105, III, da Constituição de 1988, julgar as causas em que a decisão recorrida contraria tratado ou lei federal, ou nega-lhes vigência. Comparando-se, logo, os atuais arts. 102, III, e 105, III, verifica-se que os constituintes de 1987 e 1988 dividiram o velho recurso extraordinário, de forma que, por intermédio do novo recurso extraordinário, o Supremo falasse apenas sobre o direito constitucional, e o Superior, por meio do recurso especial, falasse por último (a saber, definitivamente) sobre o direito infraconstitucional. Decerto foram ainda cometidas ao Superior duas outras competências – originária, prevista no inciso I, e ordinária, prevista no inciso II, ambos do mesmo art. 105. Nessas duas, o Superior desfruta de ambos os contenciosos – constitucional e infraconstitucional –, porém, na competência do inciso III, de regra, desfruta tão-só do contencioso infraconstitucional e, excepcionalmente, do constitucional. Com o Superior, nascia, assim, observem bem, no cenário jurídico-constitucional brasileiro, o Tribunal do direito infraconstitucional.

Pois bem, é esse Tribunal – a que compete a última e definitiva palavra sobre o entendimento e a aplicação do direito federal, noutras palavras, a inteireza positiva, a validade, a autoridade das leis federais, enfim, repito, a última palavra, obviamente a respeito das normas infraconstitucionais –, como dizia, é esse Tribunal que permanentemente tem contribuído, com os outros Poderes, para o aprimoramento do texto constitucional e da legislação processual vigente.

Instalado em 1989, desde então, o Superior Tribunal tem buscado aproximar-se da sociedade e tem promovido a cidadania, cumprindo, de modo eficaz, a missão da efetiva prestação da justiça, embora, é bom que se diga, já lhe andem faltando forças diante dos processos que, diariamente, chegam-lhe às braçadas, ou melhor, por atacado. Com menos de vinte anos, querendo eu, aqui, fazer notar o contra-senso dos números, o Superior é o Tribunal de mais de um milhão de recursos especiais, tanto outro de agravos, Tribunal de mais de cem mil habeas corpus, tanto outro de mandados de segurança, cautelares... Isso lá fora é de difícil compreensão. Se tal revela o prestígio do Judiciário – e creio que sim, ou seja, as pessoas buscando solução para os seus conflitos –, deixa-

nos aos que lidamos com as coisas da Justiça sobremaneira preocupados com a rapidez das decisões. Ando dizendo que estamos sujeitos ao castigo mitológico de Sísifo. De fato, grande tem sido a tarefa, maiores, contudo, as alegrias, e razões muitas temos nós, apesar de acharmos que o Superior Tribunal ainda não está no seu verdadeiro caminho.

É inegável que nosso Poder, e aqui olho para o Judiciário como um todo, conquanto tenha longo caminho a percorrer no intuito de se livrar, de uma vez por todas, de suas deficiências, vem-se aprimorando dia a dia. Propostas é que não têm faltado! Propostas de alargamento do acesso à Justiça, nós as temos, e muitas! Só que existe algo importante a considerar: o verdadeiro sentido do acesso à Justiça não está apenas na entrada; está, sobretudo, na saída. Noutras palavras, esse acesso aponta para a efetiva tutela jurisdicional, querendo eu, com isso, dizer que de nenhuma utilidade seria se dele, isto é, desse acesso, não resultasse pronta decisão. O fato é que muitas medidas, se não concedidas com presteza, ou melhor, se concedidas tardiamente, serão, de todo, inúteis.

Inquieta-me, por isso, aliás, sempre me inquietou, a falada demora. Entendo que o estigma da ineficácia da prestação jurisdicional em virtude da morosidade nega ao Judiciário força e tenta pôr o direito, a justiça e o processo na categoria de ornamentos. Nunca consegui me calar diante dessa situação! Se falei, e tenho falado reiteradamente, é porque penso que há muito que fazer seja no aprimoramento da Constituição, seja na alteração das leis ordinárias para se reverter tal quadro. Creio que estamos diante de um veemente imperativo: o de buscar, por meio de boa interpretação da lei e significativa coragem para se desvencilhar do passado, soluções que façam correr a justiça, dando efetividade ao processo. Afinal, como bem frisou o eterno Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Nesse cenário, o Superior, em trajetória histórica ainda curta, já conseguiu demonstrar o acerto de sua criação. Das salas dele já saíram inúmeras proposições para um Judiciário melhor. Entre elas, a de criação de um órgão que contribuísse para o aperfeiçoamento da magistratura brasileira, dando-lhe, neste Brasil plural, de tantas diferenças, uníssona

voz. Refiro-me à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, instalada em abril do ano passado. Com ela, creio que demos, de fato, corpo e alma ao que dispunha, ainda em fase embrionária, a Emenda nº 45, de 2004. E a Escola, instituída com o intuito de regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira, veio, sem dúvida, com a missão de estabelecer parceria com todos os níveis do Judiciário nacional – e internacional também. Tem, pois, caminhado, lado a lado, com os tribunais estaduais e os regionais, buscando a excelência da prestação jurisdicional. Encontros e debates não têm faltado, vontade de propor e implementar soluções práticas e criativas que viabilizem a melhor administração da Justiça, também não. Pensando nisso, a mim me ocorre que o Superior nasceu mesmo com a natureza de pacificador: não é sua missão assegurar a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais? E, ao propor a criação da Escola Nacional, não o fez na esperança de que a magistratura brasileira tivesse harmonioso corpo? Nesses poucos anos, mas de vida fecunda, o Superior Tribunal, em trabalho e sensibilidade, tem, pois, proporcionado à nação e ao povo notáveis lições de humanismo quando resiste ao ceticismo das anomias, às tentativas de massificação da justiça penal e às pressões de um journalisme à sensation, que instituem tribunais de exceção e convocam expedições punitivas, como se o flagelo da criminalidade pudesse ser enfrentado com maior número de leis severas e mediante a multiplicação de magistrados autoritários.

Um pouco de história, um pouco de sentimento, de razão também, tal foi o que arrisquei deixar registrado com estas palavras. O fato é que ter acompanhado o desdobrar dos trabalhos de criação desta Corte de Justiça; ter-me deparado, nesses últimos anos, com as dificuldades do trabalho sobre-humano em nossas mãos posto; ter vivido, intensa e diariamente, o Superior Tribunal e com ele sonhado (dormindo ou acordado), é isso que me faz sentir, bem de perto, o valor desta Casa, o grande Tribunal da lei.

CARLOS E. CAPUTO BASTOS

Agradecemos ao Sr. Ministro Nilson Naves pela brilhante palestra.

Em nome da organização do evento, agradeço a presença de todos, especialmente a do Professor Jorge Miranda que é personagem principal desta história.