

Os 30 Anos da Constituição Federal¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Carta acertou ao fixar independência entre Poderes.

A sétima Constituição Brasileira comemora 30 anos no próximo dia 5 de outubro. Resultado de uma convocação (que muitos entenderam que teria a conformação de uma Constituinte originária) pela EC nº 26/86, foi instalada em começos de 1987 sob a presidência do ministro Moreira Alves, que esteve à frente da eleição para presidente dos trabalhos, caindo a indicação sobre o deputado Ulisses Guimarães. Foi nomeado relator o senador Bernardo Cabral, que venceu a disputa com o então senador Fernando Henrique Cardoso na eleição para a relatoria.

Para mim, foi um poder constituinte derivado, pois convocado por um poder constituído. Constituições originárias decorrem da ruptura da ordem pública anterior, visto que um poder constituído não pode convocar um poder constituinte originário que, de rigor, seria dele derivado.

Após audiências públicas com especialistas, por aproximadamente três meses, as oito comissões e as 24 subcomissões apresentaram suas conclusões, que foram encaminhadas à Comissão de Sistematização.

Esta, ao alterar, na tentativa de harmonização, as soluções propostas, a fim de garantir sua aprovação, criou um sistema de votação que dificilmente seria derrubado em plenário, o que levou o deputado Roberto Cardoso Alves a criar um grupo, que denominou de “centrão”, levando 80% dos constituintes a poderem opinar plenamente e votar sem restrições – alterando, em muitos pontos, a imposição da comissão de sistematização. No mais importante deles, trocou o sistema parlamentar de governo, proposto originalmente, pelo presidencial.

Por decorrência, a Lei Suprema conformou o resultado de uma série de acordos de grupos de parlamentares, a que Ulisses Guimarães deu o título de “Constituição Cidadã”, com direito a um “prefácio constitucional”. O texto final, em face dessas negociações das diversas correntes políticas, tornou-se adiposo, com um elenco considerável de dispositivos sem nenhuma densidade constitucional, como aquele do artigo 242, §2º, que impunha a manutenção do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, na órbita federal.

Teve, todavia, méritos como: exigir a harmonia e a independência dos Poderes (artigo 2º) e multiplicar o elenco dos direitos e das garantias individuais (artigo 5º).

¹ Texto publicado no Jornal “Folha de São Paulo”, Caderno “Tendências”, em 18 de setembro de 2018. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. Advogado.

Em respeito ao artigo 2º, determinou que ao Poder Judiciário caberia apenas desempenhar o papel de legislador negativo, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) a incumbência de ser “guardião da Constituição” (artigo 102), não podendo legislar.

Em sendo o Congresso Nacional omissivo na elaboração de leis destinadas a dar efetividade à Constituição, previu caber ao STF declarar a inconstitucionalidade da omissão e instar o Parlamento, mediante comunicação, a elaborar a lei necessária (artigo 103, §2º).

Ademais, autorizou o Congresso Nacional a não cumprir decisões do Poder Judiciário ou do Poder Executivo que invadissem sua competência normativa (artigo 49, inciso XI) e outorgou às Forças Armadas a obrigação de repor a lei e a ordem se qualquer um dos Poderes, em conflito com o outro, delas se socorrer, como poder moderador.

Infelizmente, nada obstante a inquestionável qualidade dos ministros da Suprema Corte, têm eles invadido as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, legislando e tomando decisões administrativas, sem reação dos respectivos titulares, acuados que estão seus membros por denúncias e investigações.

Os mecanismos constitucionais de freios e contrapesos estão postos na Carta Magna, faltando apenas que os três Poderes os respeitem e que, no Estado democrático de Direito (artigo 1º), se comportem com harmonia e independência, não cabendo a nenhum deles invadir competências dos outros.

Sobre a Eutanásia¹⁻²

Jorge Miranda*

**Não se concebem autonomia e liberdade sem responsabilidade.
A dignidade da pessoa começa com o respeito da dignidade da vida.**

A vida humana é inviolável (diz o artigo 24º, nº 1, da Constituição), tal como a integridade moral e física das pessoas (segundo o artigo 25º). Não pode haver, em caso algum, pena de morte (artigo 24º, nº 2); e, em coerência, não se admite extradição para Estado cujo Direito a preveja.

Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a proteger (artigo 64º, nº 1), um direito que, para o Estado, implica a existência de um serviço de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito (artigo 64º, nº 2, alínea *a*), com garantia de acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição econômica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação (artigo 64º, nº 3, alínea *c*) (a que deve acrescentar-se a medicina paliativa não só na lógica do sistema, mas também por força da cláusula aberta de direitos fundamentais do artigo 16º, nº 1).

Acrescem as incumbências, dentro da linha de efetivação dos direitos sociais – tarefa fundamental do Estado (artigo 9º, alínea *d*) –, relativas à família (artigo 67º) e à infância, à juventude, aos cidadãos portadores de deficiência e à terceira idade (artigos 69º e 72º).

Por outro lado, para essa efetivação, tem de contribuir a sociedade no âmbito do aprofundamento da democracia participativa (artigo 2º, *in fine*) e à luz do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1º, 2ª parte).

As famílias, em primeiro lugar, e as instituições, as associações e os grupos da sociedade civil devem dar todo o apoio, material e espiritual, aos seus membros que se encontrem em estado de carência de qualquer ordem e, desde logo, aos que se receie que possam estar às portas da morte.

A solidariedade entre gerações não se esgota no ambiente (artigo 66º, nº 2, alínea *d*).

São bem distintas, como toda a gente ou quase toda a gente reconhece, duas situações:

– a situação da pessoa que, vítima de doença ou de acidente muito grave, já não tem tratamento médico possível ou em que o tratamento, a prolongar-se, seria inútil ou artificial;

¹ Artigo publicado no Jornal “Público”, Caderno “Atualidade”, seção “Opinião”, em 30 de maio de 2018. Disponível em: <www.publico.pt>.

² O Texto foi escrito antes de ser conhecida a votação no Parlamento.

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

– a situação da pessoa que, por causas próximas, ainda assim pode receber tratamento, pelo menos cuidados paliativos, embora com pouca esperança, a curto ou a médio prazo, de sobreviver.

No primeiro caso, é o estado físico que sobreleva. No segundo caso, com o sofrimento físico acumula-se o sofrimento psíquico, levando à perda de vontade de viver, a uma infelicidade profunda.

No primeiro caso, a não se cair em excessos terapêuticos sem qualquer resultado, tudo está em deixar morrer, em deixar morrer em paz.

No segundo caso, estaremos diante de eutanásia, se a pessoa, ainda podendo viver, deixar de ter cuidados médicos e morrer – for morta a seu pedido e com a intervenção de um ou de mais médicos.

No primeiro caso, não se afeta a inviolabilidade da vida humana. De resto, já temos, entre nós, o chamado testamento vital.

No segundo caso, ela é afetada flagrantemente, sejam quais forem as circunstâncias e as intenções. Ninguém pode dispor da sua vida, como ninguém pode alienar a sua liberdade ou o respeito por si mesmo.

Não se concebem autonomia e liberdade sem responsabilidade. A dignidade da pessoa começa com o respeito da dignidade da vida.

Os projetos agora apresentados na Assembleia da República podem ser considerados, porventura, relativamente moderados.

Merecem, todavia, além da sua raiz de inconstitucionalidade, mais estas observações: 1º) não foram objeto de intenso debate nacional que a matéria justificava; 2º) como a experiência do aborto mostra (em que se passou da despenalização em determinadas emergências para a legalização até dez semanas a pedido da mulher), podem conduzir a diplomas cada vez mais facilitadores da eutanásia; 3º) como a experiência das poucas legislações que a aceitam, há sempre o risco de aproveitamentos de tipo egoístico, econômico ou não.

Não basta invocar esta inconstitucionalidade. Importa, não menos, invocar a inconstitucionalidade por omissão, por o Estado não conferir exequibilidade plena às normas constitucionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais, em especial à do serviço nacional de saúde. Redunda em hipocrisia dizer que se defende a vida humana e não defender a plena realização do serviço nacional de saúde, incluindo cuidados paliativos e cuidados continuados.

Spams, Mala Direta e Direito de Petição: um Limite Necessário

José Marinho Paulo Junior*

Resumo

Spamming, direito de petição e investigação cível. Ausência de regulamentação expressa. A primeira mensagem enviada mecanicamente pode ser recebida ordinariamente. Nada obstante, as seguintes devem merecer manusear diverso e especial. A medida razoável será a mera juntada à original, no estado em que se encontrar, extraindo do silêncio ulterior o exaurimento do primeiro ato repetido.

Abstract

Spamming, right of petition and civil investigation. No clear regulation. The first message sent mechanically may be held as an ordinary one. Nevertheless, the following ones are to be given special and diverse handling. The reasonable measure is to simply put the new messages together with the first one, "as is". Silence will mean the full accomplishment of the repeated first act objectives.

Promotorias de várias áreas, especialmente as de Tutela Coletiva, sofrem com enxurradas de correspondências eletrônicas reproduzidas periodicamente por impulso robótico. O problema se mostra grave quando da condução de inquéritos civis quando, em ciclo meta-humano, divorciado de qualquer ânimo subjetivo específico do reclamante, chegam às mesas dos Membros do *Parquet* "mais e mais do mesmo", em diferentes fases pré, endo e pós-inquisitoriais, em contraproducente caos ritual.

Subprodutos da Era da Informática, o lixo eletrônico e o *spam* não podem ser desconsiderados pelo Ministério Público, cuja atuação não pode ser acéfala ou desconectada da realidade em que está imerso. Como afirmado por Erik Qualman, em seu festejado livro *Socialnomics*, não há aqui qualquer escolha de organização de se excluir (*opt-out*)¹:

* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ A conclusão de QUALMAN é incontestável: "This is an opportunity for government (...) to meet demands by using new and influential channels to address voters' needs and win people over, one citizen at a time.(...) Companies don't have a choice in whether they do social media; they have a choice in how well they do it (...) If you resist embracing the change, you could quickly find yourself in the same declining mode currently being experienced by newspapers, broadcast news, publishers, and the music industry, all of whom to date have failed to embrace and understand this new way of doing business. Isn't better to have a smaller piece of the pie than no piece at all?" (QUALMAN, Erik. *Socialnomics* - How Social Media transforms the way we live and do business. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 61, 148 e 158).

ou bem se adota posição firme e clara neste novo mundo virtual ou bem outros (quicá, computadores) o farão por nós².

Na seara da Tutela Coletiva, sob os auspícios da Lei nº 7347/1985, não há dúvida de que a RECLAMAÇÃO ORIGINAL, a primeira a aportar no MP, deva ser tratada como reclamação ordinária, com processamento usualmente dado a qualquer outra. *Vexata quaestio*: como devem ser processadas, todavia, as correspondências eletrônicas A SEGUIR REPRODUZIDAS?

Não há, neste diapasão, regramento claro sobre o que ser feito pelo presidente do Inquérito Civil, havendo aqui verdadeira lacuna da Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007, a ser integrada com base em interpretação teleológica e bom senso. A seu turno, a Resolução CNMP nº 174, de 4 de julho de 2017, tampouco enfrentou tal *quaestio* ao tratar de “arquivamento”³ de notícias de fato.

Inúmeros Ministérios Públicos processam – perdoe-se o truísmo – maquinalmente as reiteradas representações, indeferindo-as, no mais das vezes, sob o argumento de que “já foram investigadas”⁴⁻⁵. Não parece, *venia concessa*, o melhor desenlace, muito menos quando impõe atos outros que não o pleonástico indeferimento e a elástica leitura de que o anterior indeferimento liminar significaria que o fato fora sim investigado.

Pedra angular é a de se reconhecer que a VIRTUAL IDENTIDADE entre a primeira tombada como representação e as demais mecanicamente reiteradas⁶⁻⁷ afasta

² Tenha-se o Informativo da Ouvidoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, datado de 01 de setembro de 2016, da lavra da eminente Ouvidora-Geral Georgea Marcovecchio Guerra, que assim deu dimensão empírica à realidade: “Decorridos dez anos da criação da Ouvidoria do MPRJ, que recebeu, até o momento, cerca de 450 mil registros, é preciso aprimorá-la e fortalecê-la, provendo-a de ferramentas e de estrutura adequadas para o alcance de sua missão.”

³ Muito embora a Resolução se refira a arquivamento de notícias de fato, dispondo em seu artigo 4º as hipóteses em que isto possa ocorrer, cuida ali, em verdade, de indeferimento.

⁴ Tenha-se, a título de exemplo, o regramento do Ministério Público do Estado de São Paulo: “ATO NORMATIVO Nº 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006 – Art. 15. A representação poderá ser indeferida motivadamente, no prazo de até 30 dias: (Redação dada pelo Ato (N) nº 531-CPJ, de 11/04/2008) I – pela inexistência de atribuição do Ministério Público para apuração do fato; II – pela ausência dos requisitos previstos em lei e neste ato normativo; III – se o fato tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública proposta pelo Ministério Público.”

⁵ Nesta mesma direção, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP Nº 3, de 14 de dezembro de 2007, assim estatuiu: “Art. 7º. Em caso de evidência de que os fatos narrados na representação não configurem lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, ou se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública, ou, ainda, se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de trinta dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil, em decisão fundamentada, da qual se dará ciência pessoal ao representante e ao representado.”

⁶ Sobre a desnecessidade de as correspondências serem idênticas, vale a leitura do substancioso estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas sobre o assunto, o qual, já em 2007, fez uma análise detalhada do Projeto de Lei nº 2.186, de 2003, em trâmite na Câmara de Deputados. Em apertada síntese, a uniformidade ou quase uniformidade de conteúdo não podem ser requisitos essenciais à identificação do *spam*, sendo curial atentar-se para sua substância. (Disponível em: <<http://www.cgi.br/publicacoes/documentacao/ct-spam-EstudoSpamCGIFGVersaofinal.pdf>>).

⁷ Adrede, no estudo da FGV acima indicado, também se demonstra que o MEIO da correspondência pode variar, pois já na atualidade mensagens com estas características podem ser enviadas por S.M.S., *chats on-line*, *Facebook* e outras plataformas tecnológicas, sendo previsível que o avanço da tecnologia torne algumas obsoletas e traga novas, mesmo interativas e cambiáveis entre si.

o ânimo volitivo originário⁸. Não se cuida, gize-se, de nova representação, não sendo bastantes, para alguma diferenciação, palavras similares ou substituições simplórias de ordens de sentenças. Trata-se sim de singela reprodução da mesma correspondência eletrônica anterior.

É dizer no caso em tela: recebida a primeira correspondência eletrônica como representação, não podem jamais as seguintes, meras reiterações mecânicas, despidas sequer de verdadeira vontade humana de reclamar ou de se insurgir, ser recebidas como representações ou, pior, recursos contra indeferimentos ou, bem pior, recursos contra não acolhimento de recursos contra indeferimentos, em bizarro desdobramento ilógico do primado de controle da obrigatoriedade da ação coletiva. Neste exato sentido, o Ministério Público do Estado de Pernambuco assim editou a RESOLUÇÃO RES-CSMP nº 001/2012, cuidando de tal matéria:

Art. 4º. A notícia de fato para apuração será dirigida ao órgão ministerial com atribuições relacionadas, devendo conter: I - nome, qualificação e endereço do noticiante e, se possível, do autor do fato; II - descrição do fato objeto da investigação; III - indicação dos meios de prova e juntada destes, se houver. (...) §4º. A notícia de fato deve ser submetida à triagem antes da primeira tramitação, de modo a evitar qualquer duplicidade, mediante consulta no sistema de gestão de autos Arquimedes.

Em voto luminar, a Exma. Procuradora de Justiça CONCEIÇÃO MARIA TAVARES DE OLIVEIRA, em relatoria junto ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro⁹, bem professou que entender o contrário seria permitir, por via reflexa, violação do primado do Promotor Natural, *verbis*:

Tal prática, além de caracterizar burla ao prazo estabelecido no art. 8º da Resolução GPGJ nº 1.769/2012, denota clara violação ao princípio do Promotor Natural. Senão vejamos.

O art. 2º da Resolução GPGJ nº 1.769/2012 assegura o direito de representação a qualquer pessoa, devendo ser observado o disposto no art. 4º do mesmo diploma. No entanto, caberá ao membro do Ministério Público, a quem for distribuída a representação, o

⁸ Nesta esteira de ideias, em homenagem ao direito constitucional de petição e ao verdadeiro ânimo do remetente, o projeto de lei originário sobremencionado previa a possibilidade do “primeiro envio”, o que, por meio de substitutivo, foi excluído do texto legal por ter sido considerado válvula de escape para que técnicos utilizassem múltiplos remetentes para se virem livres da Lei.

⁹ *Vide por todos* Processo CSMPEJ nº 2016.00383001/Origem: 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Duque de Caxias. Decerto, a maioria adotou entendimento diverso – o que não causa estranheza ante a novidade da matéria, sempre a enfrentar, compreensivelmente, fora sua complexidade, posições reacionárias.

exame do pedido de instauração de inquérito civil, que poderá ser indeferido, em decisão fundamentada, conforme preleciona o art. 8º. Nesta hipótese, a decisão de indeferimento pode ser objeto de recurso interposto pelo representante no prazo de 10 dias.

Todavia, ultrapassado este prazo, deve-se reconhecer o efeito da preclusão, com a perda do direito de recorrer, não cabendo mais ao representante se insurgir contra a decisão de não instauração de investigação civil pelo Ministério Público.

Na insólita situação de o representante insistir na formulação da mesma representação, decerto estará ele se utilizando de vias transversas para o exercício do direito – já perdido – de recorrer.

Interpretação diversa permitiria ao representante insistir na formulação de notícia até que algum Promotor finalmente instaurasse procedimento investigatório, em verdadeira afronta à livre distribuição, assegurada no art. 26, §5º, da Lei nº 8.625/1993, e art. 35, §5º, da Lei Complementar nº 106/2003.

Disto decorre lógica e diretamente que não merece processamento autônomo a representação reproduzida exaustivamente por um *software* insistente e obtuso. Melhor, no vácuo legal, apensarem-se todas as novas àquela primeira, seguindo-se, nesta última, em seus termos regulares e no estado em que se encontrar, sem que OUTRA E NOVA vontade do noticiante seja presumida de qualquer forma ou em qualquer direção – o que demonstra desnecessária a cientificação do representante, quiçá computador, para dar o andamento que desejar.

E o subsequente silêncio haverá de significar como exaurida a manifestação veiculada na primeira correspondência, nada mais a ser feito que não o já ali realizado. Sobre tal peculiar silêncio, já se assinalou alhures:

Há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois, quando se diz algo – porque se elegeu para dizer –, o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p.14).

Aquilo que a literatura preguiçosa chamou durante muito tempo de silêncio eloquente não existe, os silêncios eloquentes são apenas palavras que ficaram atravessadas na garganta, palavras engasgadas que não puderam escapar ao aperto da glote. (José Saramago em *O Homem Duplicado*, por seu protagonista Tertuliano Maximo Afonso São Paulo, Companhia das Letras, 2002, 7ª edição, p.65)

Assim, solução mais adequada é a de ser a nova correspondência simplesmente apensada à original, seguindo-se, nesta última, em seus termos regulares e no estado em que se encontrar, sem que a vontade do noticiante seja presumida de qualquer forma, sendo seu ulterior silêncio eloquente no sentido de que o impulso desejado já fora antes dado e exauridos os fins desta reprodução automática de mensagem virtual.

Bibliografia

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 5ª ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p.14.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics - How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 61, 148 e 158.

SARAMAGO, José. *O Homem Duplicado*. 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.65.