2916

assumindo a responsabilidade em tutelar os indivíduos, garantindo o exercício de seus direitos dentro do ordenamento jurídico vigente, mas ao mesmo tempo, protegendo a sociedade, as instituições e a si mesmo.

Na oportuna observação de Marcelo Figueiredo Santos, o Estado é uma pessoa jurídica [...] idealizada pelos homens principalmente para manter a ordem e a segurança – e que exerce uma jurisdição universal nos seus limites territoriais, para o que utiliza o Direito, respaldado pela força conferida pelo povo – que é reconhecida interna e externamente como autoridade soberana.

Desta forma, o direito à segurança se irradia pelas ações do Estado, podendo mesmo ser alçado à condição de princípio, incidindo sobre os demais direitos fundamentais, e assumindo, pois, distintas configurações.

Cada uma dessas configurações demanda formas próprias de concretização do direito à segurança, de acordo com o contexto em que estiver inserido.

(...)

3.1 FORMAS DE CONFIGURAÇÃO

Uma breve avaliação da Constituição

2917

Federal de 1988 permite identificar de plano que, em determinado momento, o direito à segurança figura entre os direitos individuais, enquanto em outro é descrito como um direito social.

De início, o artigo 5º, inserido no Capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", estabelece:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] (grifo nosso)

A segurança nesse primeiro momento aparece como um direito a ser conferido pelo Estado aos habitantes do País, sejam brasileiros ou mesmo estrangeiros, demonstrando que a República Federativa do Brasil reconhece o exercício de direitos próprios do ser humano, no caso, a inviolabilidade do direito à segurança, independentemente de sua nacionalidade, quando estiverem em território brasileiro.

Mas o texto constitucional estabelece ainda termos, nos quais o direito à

2918

segurança deverá ser garantido, ensejando sua incidência direta sobre o exercício de outros direitos fundamentais.

Assim, quanto à liberdade de locomoção no território nacional (art. 5º, XV), por exemplo, o Estado deve assegurar que este trânsito não imponha risco à vida ou à integridade física do indivíduo; tal como deve ocorrer em relação à segurança de ter a inviolabilidade de domicílio garantida contra invasões ou turbações à posse legítima (art. 5º, XI); a segurança quanto ao direito de propriedade (art. 5º, XXII); a segurança quanto às violações da intimidade e da privacidade (art. 5º, X); a segurança para o livre exercício do trabalho (art. 5º, XIII); a segurança para se reunir pacificamente em local público (art. 5º, XVI), entre outros.

Note-se que a segurança, nesse contexto, está diretamente relacionada à proteção que o Estado deve proporcionar aos indivíduos enquanto do exercício de seus direitos fundamentais.

Por sua vez, ao mesmo tempo, o artigo 5º limita a atuação do Estado sobre a pessoa humana, trazendo em seu bojo, disposições voltadas a prevenir a

2919

ocorrência de arbitrariedades, consolidando o princípio da legalidade (art. 5º, II); coibindo a tortura (art. 5º, III), assegurando a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV); a liberdade de consciência e de crença religiosa (art. 5º, VI); a liberdade de associação (art. 5º, XVII); o direito de acesso a informações (art. 5º, XXXIII); a anterioridade (art. 5º, XXXIX) e a irretroatividade (art. 5º, XL) da lei penal; a individualização da pena (art. 5º, XLV); a segurança de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV); o direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV); a garantia de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (art. 5º, LXI); o direito ao habeas-corpus (art. 5º, LXVIII) e ao mandado de segurança (art. 5º, LXIX);...

Sob este enfoque, o direito à segurança se apresenta intrínseco ao próprio texto constitucional, que limitando o poder do Estado sobre o indivíduo, assegura o exercício dos direitos de liberdades.

Tomando por base o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, nesta circunstância, o

direito à segurança pode ser considerado como direito de defesa, ao limitar a ação do Estado sobre o indivíduo, assegurando, v. g., a observância ao princípio da legalidade, ao passo que na primeira consideração, o direito à segurança se apresenta como direito a prestação em sentido amplo, voltado à proteção do indivíduo para que possa exercer um direito, v. g., para que possa se reunir pacificamente em local público.

De outra sorte, a segurança pode ainda representar a certeza quanto ao reconhecimento de determinados direitos subjetivos em face de conflitos de interesses, como no caso da segurança jurídica, expressa nos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) como mecanismos de pacificação social; a garantia de acesso ao Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV); a inexistência de juízo de exceção (art. 5º, XXXVII); e a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI).

Sob tais circunstâncias, a segurança emerge como um traço próprio do Estado de Direito, que na observação de Cláudio

Lembo, "gera a certeza do Direito ou a segurança do Direito".

Conciliando as abordagens anteriores, torna-se possível identificar que o direito à segurança assume a configuração de direito fundamental de primeira dimensão, sob a forma de limitação do poder do Estado, sujeitando-o ao ordenamento jurídico vigente, de modo a não interferir no exercício das liberdades individuais, mas ao mesmo tempo promovendo a proteção do indivíduo para que exerça os direitos fundamentais, assegurando juridicamente a defesa da vida, da propriedade, da integridade física e da saúde do indivíduo contra qualquer ameaça pessoal que venha a sofrer.

Ocorre que o direito à segurança volta a ser mencionado no artigo 6º da CF/88, agora sob outra configuração, uma vez inserido no Capítulo denominado "Dos Direitos Sociais", assim definidos:

Art. 6º. 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.

Ao ser descrita como um direito social, a segurança deixa de contemplar os titulares de direitos em sua individualidade para considerá-los sob a configuração social, cabendo ao Estado proporcionar condições para que a vida em sociedade seja possível sob o crivo da igualdade, coibindo a prática de delitos em geral, garantindo a tranquilidade pela aplicação da lei, criando um ambiente saudável e propício para que se viva com dignidade, enfim, promovendo as condições necessárias ao desenvolvimento normal das atividades sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que "[...] os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais, havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações."

Como desdobramento, impõe-se a necessidade do Estado de intervir diretamente nas relações sociais, de modo a salvaguardar o exercício dos

direitos fundamentais pelos indivíduos, o que resulta na estruturação de órgãos que sejam capazes de garantir a segurança, quais sejam as Forças Armadas, as Forças Policiais, os Órgãos Jurisdicionais,...

Por conseguinte, o direito à segurança assume uma configuração própria de direito fundamental de segunda dimensão, ou seja, de direito social (prestacional), que cabe ao Estado conferir ao indivíduo enquanto membro da sociedade, solucionando os conflitos, equilibrando as desigualdades, permitindo o convívio social de forma pacífica e harmônica, enfim, garantindo a ordem.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988, mesmo tendo dedicado o Título II exclusivamente aos Direitos e Garantias Fundamentais, manteve a possibilidade de reconhecer a existência de outros direitos e garantias como fundamentais, desde que alinhados aos princípios constitucionais, ou decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil venha a tomar parte, tal como disposto no § 2° do artigo 5°.

Art. 5°. [...]

§ 2° - Os direitos e garantias expressos

nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Eis que os tratados ratificados pela República, promovem a inclusão de outros direitos e garantias na qualidade de fundamentais, por vezes gerando novas interpretações, mas sempre de acordo com os princípios constitucionais.

(...)

Observa-se ainda, que essas concepções do direito à segurança encontram-se plenamente alinhadas com os Princípios Fundamentais, dispostos no Título I da CF/88, permitindo sua imediata integração ao rol de direitos fundamentais, a exemplo do próprio direito à paz, também mencionado no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Sendo assim, o direito à segurança, assume agora a configuração de um direito fundamental de terceira dimensão, cuja titularidade não subsiste no indivíduo, ou na coletividade identificada, mas no povo em sua totalidade, de forma difusa,

aproximando-se nitidamente do direito à paz, cuja natureza já é própria dos direitos de solidariedade.

Esta aproximação permite identificar que o direito à segurança, ao assumir diferentes configurações, pode ensejar também titularidades distintas, determinando níveis de amplitude que podem remeter ao indivíduo, à coletividade, à sociedade, ao povo, ao Estado ou até mesmo à humanidade." (KOMATA, Nicanor Barry. ***O direito à segurança:*** *uma reflexão à luz da crise de segurança pública do estado brasileiro em face da ação das organizações criminosas. 2009. 245 f. Dissertação (Mestrado) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 45-54).*

"1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

Na introdução já se demonstrou, em linhas gerais, números que demonstram o crescimento da violência e da impunidade nas últimas décadas no Brasil. A sensação de insegurança permeia essa "sociedade de riscos", na já clássica expressão cunhada por Ulrich Beck (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 35). Fabretti (2014,

2926

p. 1) assevera que "uma das únicas certezas da sociedade contemporânea é a insegurança generalizada, representada pelo medo do presente e pela incerteza em relação ao futuro".

Silva Sánchez (2013, p. 50) anota que a pretensão social à segurança exige do Estado e, em particular, do Direito Penal, uma resposta. Igualmente Fabretti destaca esse liame Estado-segurança. Para ele, "a legitimação do Estado Moderno dá-se a partir da proteção do indivíduo e, consequentemente, de sua propriedade e de seus direitos fundamentais, ou seja, a partir da provisão da segurança" (2014, p. 110).

De fato, Thomas Hobbes (2012, p. 136) já escrevia que a razão maior da criação dos Estados era a necessidade de proteção e segurança dos indivíduos:

> A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz.

Comparato (1989, p. 181) entende, com

2927

razão, que não haveria uma oposição entre segurança e liberdade, mas sim uma situação de implicação recíproca ou complementar. "Para que exista liberdade é indispensável um mínimo de segurança", esclarece.

Sobre se haveria ou não um direito "fundamental" à segurança, Fabretti (2014, p. 112 et seq) inicia destacando os três momentos que a Constituição de 1988 o apresentou como um "direito": (1) art. 5°, caput; (2) art. 6°, caput; e (3) art. 144, caput.

No primeiro caso, para aquele autor, a segurança estaria no "sentido clássico, ou seja, contra as arbitrariedades do próprio Estado"; seria, assim, um direito de "primeira geração". No segundo caso, no qual segurança aparece como um direito social, estar-se-ia diante de um direito de "segunda geração", que "impõem ao Estado prestações positivas" tendo por fundamentação o princípio da igualdade. Por fim, no último caso o termo segurança estaria numa "dimensão bem específica e vinculada à questão da criminalidade".

Após esse relato, Fabretti, com apoio nas lições de Canotilho, relaciona cada

2928

uma das três funções acima referidas àquelas atribuídas pelo professor português aos direitos fundamentais: 1ª) função de defesa; 2ª) função de prestação social; e 3ª) função de proteção perante terceiros. Ao final, conclui de maneira clara: "a segurança é, sem dúvida, um direito fundamental". De forma semelhante, e muito perspicaz, Moro (2014, p. 559) fala em "direitos fundamentais contra o crime".

E são especialmente das citadas 2ª e 3ª funções do direito à segurança que parece vir brotar o princípio que veda uma proteção (estatal) insuficiente a um direito fundamental. Falar-se-á agora do que vem sendo denominado pela doutrina (e já em alguns casos também pelos Tribunais e Cortes Internacionais) de "princípio da proibição da proteção deficiente", ou da "vedação da proteção insuficiente", ou Untermassverbot (MENDES, 1999).

2 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proibição da proteção deficiente foi trabalhado inicialmente pela Corte Constitucional alemã,

2929

especialmente quando essa – inicialmente nos idos da década de 70 e, com mais vigor, no ano de 1992 – discutiu em face de sua Lei Fundamental (Grundgesetz) a possibilidade da prática do aborto. Da decisão daquele Tribunal podem-se extrair as conclusões de que não somente caberia ao Estado uma postura negativa, no sentido de não ir (ele, Estado) contra as vidas humanas, mas também – e principalmente – o dever de tutela ou proteção e incentivo perante aquela vida intrauterina, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros, ainda que esse terceiro seja a própria mãe (SCHWABE, 2005, p. 278 et seq). Essa proteção, asseverou-se, decorreria da dignidade da pessoa humana, que já existiria desde a vida em sua fase pré-natal. Aquela Corte concluiu ainda, entre outras coisas, que seria tarefa do legislador infraconstitucional atuar no sentido de proteger um bem jurídico constitucionalmente previsto, sendo que sua inércia ou parcial atuação consistiria numa insuficiência de proteção a um direito fundamental.

Interessante é que esse dever de tutela estatal, referido pela Corte maior alemã, quer se configuraria num sentido

2930

de previsão de tipos penais que almejem proteger o bem jurídico desejado (ex: previsão do crime de aborto ou infanticídio), no qual se nota o Estado aparecendo com o seu braço coercitivo mais forte – o Direito Penal; mas também se observaria na adoção de posturas de políticas públicas positivas, típicas do Estado Social, tais como a implantação de medidas e auxílio multidisciplinar pré-natal destinados à gestante e sua família. São planos de proteção repressivo e preventivo, que devem ser conjugados.

Streck (2008), citando Alessandro Baratta, destaca o fato de em um Estado Democrático de Direito estar-se diante de uma "política integral de proteção dos direitos". Segundo o professor gaúcho, tal compreensão "permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do poder punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado".

O que ressaltado pelo Tribunal alemão é o que Mendes (1999), citando Johannes Dietlen, registra como a faceta do "dever de proteção" gerada pelos direitos fundamentais. Nesse particular,

2931

o Estado não mais é visto como "adversário" dos direitos fundamentais, mas sim um "guardião" desses direitos. Resumindo a decisão alemã, esclarece:

> "Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot)."

Mendes (1999) ainda ensaia, citando a doutrina e jurisprudência alemãs, uma classificação do dever de proteção: (a) dever de proibição, consistente no dever estatal de se proscrever uma determinada conduta; (b) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra terceiros; e (c) dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar para evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

2932

Tais deveres de proteção decorreriam do que se conhece como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ao explicar essa perspectiva, Sarlet (2012, p. 143) observa, citando também a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que:

> *os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.*

Almeida (2014, p. 150) anota que a primeira característica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é que ela "consiste em uma percepção dos direitos fundamentais independentemente de seus titulares, funcionando muito mais como critérios de controle da ação estatal do que como protetores contra violações e intervenções concretas".
Outrossim, quer como direito negativo,

quer como direito prestacional (direito a uma tutela por parte do Estado), o direito à segurança decorreria do princípio maior da dignidade da pessoa humana - fundamento da República Federativa brasileira (SARLET, 2015, p. 97).

Sob outro viés, há boa doutrina que vê o princípio da proibição da proteção deficiente como decorrência do princípio da proporcionalidade (SARLET, 2005). Seria o contraponto do princípio da proibição do excesso, pelo qual qualquer atuação estatal que restrinja demasiadamente (de maneira desproporcional ou desarrazoada) direitos fundamentais fere a melhor hermenêutica constitucional e deve ser evitada. Já o princípio da vedação à insuficiência estaria exatamente do ponto de vista oposto, quando há omissão indevida do Estado na sua tarefa de proteção de direitos fundamentais.

Seja como corolário de um dever de proteção, seja com uma das matizes do princípio da proporcionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 482), ou ainda como ambos ao mesmo tempo, o fato é que o princípio da proibição da proteção deficiente é visto, essencialmente, como

2934

critério legitimador e/ou mantenedor da tutela penal, desde que essa – evidentemente – esteja em consonância com o texto constitucional. Carlos Bernal Pulido (apud FELDENS, 2008, p. 226-227) observa essa função do princípio, ao registrar que ele "encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial – vulnera um direito fundamental".

Feldens (2008, p. 226) exemplifica possíveis casos de aplicabilidade do mencionado princípio: "pensemos, v.g., na hipótese de despenalização do homicídio ou na sua penalização por meio de sanções exclusivamente pecuniárias". De fato, posturas legislativas que viessem nesse sentido, ou ainda, por exemplo, no sentido de descriminalizar o estupro ou o roubo com resultado morte (latrocínio) seria quer uma ofensa ao dever estatal de proteção, quer uma maneira não eficaz e adequada (= desproporcional) de proteger bens jurídicos resguardados pela Constituição.

(...)

Nada obstante esse início de produção doutrinária e de aplicação no Direito nacional do mencionado princípio em sede de direito penal material, parcos são, ainda, os estudos a respeito das imbricações que a vedação da proteção insuficiente teria na seara processual penal brasileira.

Quando muito, a doutrina nacional observa que o princípio da vedação insuficiente tem ligações, na seara processual, com o que está sendo chamado de garantismo positivo (FISCHER, 2013, p. 43). O garantismo positivo atuaria ao lado do já mais conhecido garantismo (penal e processual), defendido por Luigi Ferrajoli. A proposta liberal explorada pelo autor peninsular, na qual sobressaem os direitos do indivíduo frente ao Estado, passa a receber a designação de garantismo negativo (STRECK, 2005), como referência aos deveres de não atuação Estatal presentes em seus postulados.

Ambas as dimensões (positiva e negativa) consubstanciariam – agora juntas – o denominado garantismo penal integral, no qual "o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a

2936

necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança" (FISCHER, 2013, p. 40). A realização de um processo penal – justo e respeitador dos núcleos dos direitos fundamentais do réu, ressalte-se com todas as letras – mas também eficiente, sob o ponto de vista da persecução penal, é medida hodiernamente de não mero fetichismo por resultados, mas sim concretizadora de um direito fundamental: o direito à segurança.

Como princípio de estatura constitucional (seja pelo dever estatal de proteção, seja como matiz do princípio da proporcionalidade), a vedação da proteção insuficiente pode (e deve) servir como parâmetro de aferição de constitucionalidade das leis. Defende-se, aqui, a mesma posição de Moro (2014, p. 567), para quem: A proibição da insuficiência decorre do reconhecimento de um dever estatal de proteção aos direitos fundamentais. O cumprimento imperfeito desse dever de proteção, aquém de um mínimo exigível, caracteriza inconstitucionalidade passível de censura pelo órgão de controle de constitucionalidade."

(COELHO, MARCIA DUARTE. DIREITO

FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE: A NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 152, CPP In Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição| e-ISSN: 2526-0200|Curitiba|v. 2 | n. 2 | p. 399 - 419 | Jul/Dez. 2016, p.4-10)

h) Pelo princípio da moralidade, aplicável nas relações de direito público, o agente público deve atuar de modo a observar a ética, a probidade, a boa-fé, a integridade. Ressalte-se que há divergência doutrinária acerca da extensão deste princípio:

"Por sua vez, o conceito de moralidade deve ser sacado do próprio conceito de moralidade em uma determinada sociedade em uma determinada época. Entretanto, é bom que se esclareça que este conceito não deve ter por parâmetro a conduta social das pessoas, mas o que elas entendem como moralmente correto, o que dizem ser correto como valor que exprime o consenso social acerca do que é ou não uma conduta moralmente aceitável. Para Celso Antônio, "de acordo com ele (princípio da moralidade) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação do

próprio direito, configurando ilicitude, que assujeita a conduta viciada à invalidação, porque tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente. Os chamados princípios da lealdade e da boa-fé. tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzales Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso. eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos" (Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., revista e ampliada de acordo com a Constituição 1988, São Paulo. Ed. RT, 1991, pp. 70-71). Em síntese, podemos dizer que o administrador afrontará o princípio da moralidade todas as vezes que agir visando interesses pessoais, com o fito de tirar proveito para si ou amigos, ou quando editar atos maliciosos ou desleais, ou ainda atos caprichosos. ou com o intuito de perseguir inimigos ou

2939

desafetos políticos, quando afrontar a probidade administrativa, quando agir com má-fé ou de maneira desleal. Mister ainda frisar, que os atos afrontosos ao princípio da moral idade são atos portadores do vício de desvio de poder, pois; o agente 'usa sua competência para atingir finalidade alheia à própria do ato praticado e (no mais das vezes) imbuído de um móvel considerado reprovável do ponto de vista moral. O princípio da moralidade encartado tanto no art. 37 da Constituição Federal, como no art. 111 da Constituição paulista, além de dar ensanchas à propositura de ação popular ao administrador que o afronta, consiste, em ultima ratio, regra de civilidade essencial à sobrevivência das instituições democráticas."

(ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 2, p. 205-205, 1993.)

Noutro giro:

"5 Aplicações do princípio da Moralidade Administrativa.

2940

Muito se discutiu, como acima ressaltado, se o princípio da moralidade, agora expresso, era parte integrante do ordenamento jurídico pátrio antes da promulgação da Constituição de 1988 como norma implícita. Isso porque, conforme dito, era tarefa deveras árdua conferir-lhe um conceito que pudesse escapar à utilização da moral comum e tal possibilidade era rechaçada de plano, por problemática que seria ao ordenamento jurídico como um todo.

Não ignorando posições contrárias, entende-se que a moralidade administrativa já era antes mesmo da Constituição de 1988 aplicável à Administração Pública, sendo requisito de validade dos atos administrativos em geral[65].

Esta posição, adotada por diversos juristas, dentre os quais se destacam Márcio Cammarosano e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, coaduna-se em tudo com o entendimento de que a moral contida no conteúdo desse princípio é justamente aquela que pode ser extraída das normas jurídicas positivadas e, logo, condicionantes do ato administrativo em geral.

2941

A grande inovação trazida pela Constituição Federal, assim, não foi fazer da moralidade administrativa norma integrante do ordenamento. A inovação consistiu em ser a moralidade administrativa fundamento hábil para a propositura de ação popular.[66]

Com efeito, a Constituição Federal em seu art. 5°, LXXIII estabeleceu que atos[67] *ofensivos à moralidade administrativa podem ser anulados pelo Poder Judiciário por meio de ação popular, mesmo que este ato imoral não tenha causado qualquer dano ao patrimônio público ou de entidade da qual o Estado participe, ao patrimônio histórico cultural ou ao meio ambiente*[68]*. Além disso,*

"o art. 14, §9°, da Constituição Federal admite, em defesa da moralidade para o exercício do mandato eleitoral, possa lei complementar estabelecer a inelegibilidade em proteção à probidade administrativa que é igualmente resguardada na enumeração dos crimes de responsabilidade atribuíveis ao Presidente da República (art. 85, V), sobre os quais dispõe o art. 9° da Lei n°. 1.709, de 10 de abril de 1950" ***[69]***.

2942

Assim, os atos viciados com violação ao princípio da moralidade podem ser atacados não apenas pelo titular do direito violado, mas também por qualquer cidadão mediante a propositura de ação popular[70].

"(...) ainda que o titular do direito lesado contra a ilegalidade que o atinge não queira agir, qualquer cidadão poderá fazê-lo, propondo ação popular para que se restaure a legalidade e, com ela, seja fulminada a imoralidade administrativa. A imoralidade administrativa, residente na intencional violação da lei por quem, por dever de ofício, estava obrigado a dar-lhe exemplar cumprimento, enseja a qualquer cidadão ir a juízo mediante ação popular, direito de ação este que antes da Constituição de 1988 não existia, a menos que o ato viciado fosse também lesivo àqueles bens e direitos elencados no art. 1°, § 1°, da Lei n°. 4.717, de 29 de junho de 1965" ***[71]***.

Assim, a afronta a moralidade é causa autônoma de invalidação do ato viciado, sendo "poderosa aliada na busca da finalidade do ato, na busca do interesse público, no contraste do ato

2943

discricionário, na análise de possíveis desvios de finalidade".[72]

Sendo, portanto, princípio da Administração Pública expresso, a moralidade administrativa ganhou inegável realce na Constituição Federal de 1988 como possível fundamento autônomo de ação popular, sendo essa uma das principais aplicações que se pode vislumbrar para essa norma hodiernamente.

Conforme já defendido no bojo do presente estudo, o ferimento ao princípio da moralidade, para ser constatado, deve ser fruto de verificação de diversas situações fáticas e jurídicas, dentre elas o ferimento à legalidade, entretanto, tal relação de sujeição especial não retira do princípio da moralidade a sua autonomia enquanto norma, conforme restará demonstrado no capítulo seguinte.

Além da possibilidade de ser fundamento de ação popular[73]*, a moralidade administrativa possui outras diversas aplicações.*

Grande destaque deve ser dado ao papel do Poder Judiciário nesta árdua tarefa

2944

de aplicar a moralidade administrativa aos casos concretos a ele submetidos.

Os magistrados não devem aplicar seus próprios padrões morais no momento da apreciação do feito, e isso justamente porque são órgãos estatais que desempenham a função jurisdicional, logo, submetidos inexoravelmente ao ordenamento jurídico-constitucional positivado. Devem, destarte, buscar os padrões morais albergados pelos princípios e regras integrantes do ordenamento jurídico e identificar os standards vigentes para a resolução do caso levado ao Poder Judiciário, já que o princípio da moralidade se refere a valores juridicizados.

Desta forma, os operadores do Direito e os magistrados devem estar conscientes da moral e da realidade vigentes em sua época, entretanto, possuem fundamental papel na transformação social da comunidade em que se inserem[74].

Neste contexto, o Poder Judiciário tem fundamental papel na modificação de entendimento majoritário que defende a proibição de exame judicial do mérito dos atos discricionários, devendo para tanto valer-se do princípio da

2945

moralidade. Como bem ressalta Marcelo Figueiredo

"Não é possível que o 'mérito' do ato questionado seja colocado como impedimento à fiscalização ou controle da Corte de Contas, como também, na maioria dos casos, do próprio Judiciário no que tange aos atos normativos (quer provenientes do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário no exercício de função administrativa." ***[75]***

Sem maiores aprofundamentos nesta polêmica questão do controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, há que se destacar alguns julgados que utilizaram o princípio da moralidade como fundamento, demonstrando os limites e a extensão que os Tribunais pátrios vêm identificando no referido princípio jurídico.

Há que se ressaltar, entretanto, que a jurisprudência majoritária aplica o princípio da moralidade sempre conjugado com os demais princípios constitucionais, como realmente deve ser feito numa fase pós-positivista.

Em nota de rodapé, Marcelo Figueiredo dá destaque ao voto proferido pelo Ministro Carlos Mário Velloso no julgamento do

impedimento (impeachment) do Presidente Collor, que assim decidiu

"Não me refiro, ao mencionar o princípio da moralidade administrativa, inscrito no caput do art. 37 da Constituição, à moral comum. Não estou, assim, valorando, de qualquer forma, os fatos que teriam sido praticados pelo impetrante e que deram ensejo à instauração de processo de impeachment. A valoração desses fatos coube ao Senado e, neste ponto, o ato deste escapa, em linha de princípio, ao controle judicial. Refiro-me à moral jurídica, mesmo porque 'seguindo-se o espírito que domina a Constituição, seus próprios termos e a sua interpretação, não seria aceitável a suposição de que alguém que tivesse de ser afastado da titularidade do cargo máximo do Poder executivo por destrato com a lei pudesse continuar a participar, ativa e imediatamente, do poder público logo após a ocorrência dos fatos que teriam conduzido à condenação, frustrada por um atalho (...)" ***[76]***.

Nesse precedente, portanto, o próprio Pretório Excelso reconheceu que a noção de moral enquanto parâmetro que se possa utilizar para contraste judicial de atos administrativos à luz do princípio da

moralidade não é aquela etérea, dissolvida, imperscrutável no seio da sociedade, mas, antes, apenas a carga moral\valorativa encerrada nas próprias normas jurídicas positivadas, pois somente dessa forma é que se respeitarão todos os cânones jurídicos e o sistema como um todo.

Ainda, não se poderia deixar de destacar também a questão do nepotismo, que, de tão polêmica (ainda que praticado endemicamente nas instituições brasileiras), levou o STF à publicação, em 29/08/2008, da Súmula Vinculante nº. 13 que estabelece que "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

2948

Outra não poderia ser a posição adotada pelo STF[77]. A Administração Pública, até pouco tempo atrás, sustentava que a vedação à prática do nepotismo dependeria da expedição de lei específica acerca do tema[78]. Mas como exigir-se edição de lei como condição para controle de atos administrativos diante da existência do princípio da moralidade? Ora, conforme elucidado no capítulo 1 do presente trabalho, os princípios não são meras recomendações de caráter ético ou moral. São normas de altas densidade axiológica e carga normativa.

Nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, em voto proferido no RE 579.951/RN,

"tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no caput do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns 'bolsões' de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de

cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional" ***[79]***.

O Min. Celso de Mello, no julgamento da ADI 1.521/RS assim se manifestou

"(...) quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa" ***[80]***.

Com efeito, conforme os votos acima destacados, nota-se que interpretação literal dos incisos II e V, do art. 37, da Constituição Federal não pode prevalecer sobre a interpretação sistemática do ordenamento, não podendo contrariar o sentido lógico e teleológico do caput do art. 37, da Constituição Federal.

Mesmo porque, anteriormente à positivação expressa do princípio da moralidade, já havia normas constitucionais que determinavam a necessidade obrigatória da realização de concursos públicos para contratação de

29 fls

pessoal pelo Estado, encerrando, aí, nítida questão de moral juridicizada: além de o Estado precisar da melhor mão-de-obra possível, também deveria viger a impessoalidade na contratação deste pessoal[81].

Observe-se que, também nesse precedente, tem-se a presença de normas jurídicas positivadas conferindo o âmbito da moral comum abrangida no campo de incidência do princípio da moralidade que, dessa forma, pôde ser aplicado contra a prática do nepotismo. "

(DARDANI, Marina Centurion. Princípio constitucional da moralidade administrativa: uma análise pós-positivista. ***Revista Jus Navigandi****, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/25912. Acesso em: 6 ago. 2019.)*

Como o processo eleitoral desenvolve-se com relações jurídicas de direito público, a ele também se aplica o princípio da moralidade.

Nesse sentido informa Marcos Ramayana[81]:

"A democracia, em síntese conceitual, exprime-se como um governo do povo, sendo um regime político que se finca substancialmente na "soberania popular", as causas de inelegibilidade e os mecanismos de proteção disciplinados em lei para impedir as candidaturas viciadas e que atentem contra a moralidade pública eleitoral, exercendo-se a divisão das funções e dos poderes com aceitação dos partidos políticos, dentro de critérios legais e preestabelecidos, com ampla valorização das igualdades e liberdades públicas.

(...)

As inelegibilidades são verificadas no momento do registro das candidaturas e a lei vigente nesta época deve ter aplicação imediata, respeitando o art. 6º da LINDB, até porque o interesse individual de uma candidatura eivada de máculas, numa análise do conteúdo material da moralidade pública, não pode prevalecer em razão de resolutos interesses sociais eleitorais analisados

[81] RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Imptetus, 2015. p. 23-70

2952

no momento de evolução do regime democrático brasileiro.

(...)

Desta forma, o princípio da moralidade está atualmente contemplado na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, que alterou e acrescentou dispositivos legais na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. A lei foi declarada constitucional pelo Egrégio STF nas ADCS nºs 29 e 30."

Ainda, Antonio Carlos da Ponte[82], quando cita Maurice Hariou acrescenta:

"A corrupção eleitoral macula, dentre outros, o princípio constitucional da moralidade administrativa, que deve estar presente desde o momento em que uma dada pessoa postula uma candidatura, até o momento em que eventual mandato parlamentar é concluído. Nas palavras de Maurice Hauriou, "Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém da idéia de que todas as vezes em que é praticada uma conduta, forçosamente, se faz uma distinção entre oi bem e o mal.

Da mesma forma, quando a administração realiza um ato ela faz essa distinção, ao mesmo tempo que diferencia o justo do injusto, o lícito do ilícito, o honrado (louvável) do desonrado, o conveniente do inconveniente. A moralidade administraria é muitas vezes mais exigente que a legalidade"".

Não por outro motivo já decidiu, reiteradas vezes, o c. Tribunal Superior Eleitoral:

"PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO (PMDB). DIRETÓRIO NACIONAL. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2011. NÃO APLICAÇÃO INTEGRAL DO MÍNIMO DE 5% (CINCO POR CENTO) DE RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO NA CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PROGRAMAS DE PROMOÇÃO E DIFUSÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES. ART. 44, V, DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS. GASTOS IRREGULARES COM HOSPEDAGEM. DESPESAS NÃO VINCULADAS À ATIVIDADE PARTIDÁRIA. CONTAS APROVADAS COM RESSALVAS. IMPOSIÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PREMISSAS TEÓRICAS

1. A prestação de contas, como dever, funda-se no princípio fundamental republicano (CRFB/88, art. 1, caput), e

2954

seu corolário imediato no postulado da publicidade (CRFB/88, arts. 1, caput, 50, XXXIII, e 37, caput). A despeito de conteúdo plurissignificativo e de vagueza semântica, afigura-se possível identificar alguns atributos normativos mínimos no conteúdo jurídico dos aludidos cânones magnos, quais sejam, (i) a existência de uma concepção igualitária de bem público, cuja titularidade é atribuída ao povo, (ii) distinção entre patrimônio público e privado dos governantes, (iii) a eletividade dos representantes populares, (iv) periodicidade dos mandatos e (v) o dever de prestação de contas, com a consequente possibilidade de responsabilização político-jurídica de todas as autoridades estatais.

(...)

3. O dever de prestar contas é exigido não apenas dos agentes já investidos na gestão da coisa pública, mas também dos players da competição eleitoral, i.e., partidos, comitês e candidatos.

(...)

5. A prestação de contas se conecta umbilicalmente a princípios caros ao Direito Eleitoral, como a igualdade de chances entre os partidos políticos, a

moralidade eleitoral, e, em última análise, a própria noção de Democracia. 6. O feios subjacente à prestação de contas é evitar - ou, ao menos, amainar - os reflexos nefastos do abuso do poder econômico que, no limite, desvirtuam a igualdade de chances entre os candidatos e as agremiações partidárias, ao mesmo tempo em que se franqueia maior legitimidade ao processo político-eleitoral, sob o prisma do diálogo com a moralidade eleitoral. (...)" (Prestação de Contas nº 272-68.2012.6.00.0000 - Brasilia/DF. Relator Ministro Luiz Fux. V.U., Sessão de 27/04/2017)

"PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. DEMOCRATAS (DEM) - EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2012. IRREGULARIDADES QUE TOTALIZAM 9,51% DO VALOR RECEBIDO DO FUNDO PARTIDÁRIO. REITERADO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE DESTINAÇÃO DE RECURSOS AO INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA MULHER. CONTAS DESAPROVADAS PARCIALMENTE. IMPOSIÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E SANÇÕES DE ACRÉSCIMO DE 2,5% NO GASTO COM O INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA E SUSPENSÃO DO RECEBIMENTO DAS COTAS DO FUNDO PARTIDÁRIO PELO PERÍODO DE 1 (UM) MÊS.

2956

(...)

4. Este Tribunal Superior tem entendido que "é de se ter enraizada nas estruturas partidárias a consciência da transparência, da moralidade, da economicidade, da razoabilidade, da boa-fé, da cooperação e de outros importantes princípios norteadores das despesas com recursos públicos, exatamente para que os gastos com o Fundo Partidário não percam a natureza de sustentação do modelo republicano brasileiro" (PC nº 229-97, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJE de 19.4.2018).

5. À luz do princípio da moralidade, não há como admitir que sejam contratadas para prestar serviços ao partido empresas pertencentes a dirigentes dele. Da mesma forma, tal contratação não permite o atendimento do princípio da economicidade, pois nunca se poderá saber se os serviços foram prestados com qualidade e modicidade de custo ou se eventual falta de qualidade ou preço acima do justo foram relevados pelo fato da empresa pertencer a dirigente partidário. (...)" (Prestação de Contas nº 0000228-15.2013.6.00.0000 – Brasília/DF. Relatora Ministra Rosa

2957

Weber. DJe 06/06/2018)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO PROGRESSISTA. PP. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2011. APROVAÇÃO COM RESSALVAS. IRREGULARIDADES MANTIDAS. RECURSOS. FUNDO PARTIDÁRIO. REPASSE. CONTA CANDIDATO. VINCULAÇÃO CADASTRO DE PESSOA FÍSICA. CPF. PREVISÃO. RESOLUÇÃO TRE/RJ. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1. Repasse de recursos do Fundo Partidário para a conta vinculada ao Cadastro de Pessoa Física (CPF) de candidato nas eleições suplementares ao cargo de prefeito.

(...)

5. É certo que o uso de verbas do Fundo Partidário, em função do seu caráter público, deve estar pautado pelos princípios da transparência, da moralidade, da economicidade, da razoabilidade e tantos outros princípios norteadores das despesas com recursos públicos, exatamente para que não percam a sua natureza de sustentação do nosso modelo republicano. (...)" (Embargos de Declaração em Prestação de Contas nº 0000267-46-2012.6.00.0000. Relator Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe 22/09/2017)

2.6. Conflitos de normas e de princípios.

A Constituição é "um sistema de normas que aspira a uma unidade de sentido e de compreensão", o que somente pode ocorrer por meio de princípios, "continuamente revistos, recompreendidos e reexpressos pelos intérpretes e aplicadores do Texto Magno. Ou seja, a análise estruturadora sistêmica é necessariamente aberta, visto que, não raramente, normas e princípios estão em tensão e aparentam conflito" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *A irretroatividade do direito no direito tributário. in* Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo, Malheiros, 1997, vol.I, pág. 210). Desta maneira, na busca da melhor solução freqüentemente é necessário balancear princípios e conceitos constitucionais, para a escolha da melhor alternativa, entre várias possíveis na interpretação de um conceito aberto, bem como para resolver conflitos aparentes de normas constitucionais. Deve-se ressaltar que, como a Constituição da República de 1988 é minuciosa em dar os princípios e contraprincípios, as regras e suas exceções, o campo para este sopesamento é mais reduzido. Objeções há ao balanceamento (Murphy, Fleming e Harris): a) mascara como o juiz realmente interpreta; b) envolve o juiz em escolhas políticas; c) presta-se a erros e usos equivocados encobertos.

2959

A respeito, veja-se na doutrina:

"2. O princípio da unidade da constituição. Já houve oportunidade de se afirmar (cfr. supra, p. 69) que o sentido útil assinalado ao princípio da unidade da constituição é o de unidade hierárquico-normativa. Afasta-se qualquer ideia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer ideia valorativa-integracionista, conducente à ideia de constituição como ordem de valores.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer excepções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex.: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais).

Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na

2960

doutrina do direito constitucional: (I) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

Argumentar-se-á que, reduzido o princípio da unidade da constituição a uma simples exigência de unidade normativa, todos os problemas pretendidamente solucionados com o recurso a tal princípio podem ser resolvidos a partir da própria especificidade dapositividade normativo-constitucionaI2.

Mas não é assim. Sendo a constituição uma estrutura de tensão e não se podendo transformar uma lei constitucional em «código» exaustivo da vida política, o princípio da unidade da constituição é igualmente um princípio de interpretação: (1) exige tarefa de concordância prática entre normas aparentemente em conflito ou em tensão (ex.: entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito); (2) exige tarefa de interpretação conforme a constituição das leis que aplicam ou concretizam as normas constitucionais (cfr., no plano jurisprudencial, a invocação deste princípio no Ac. TC n.O 31/84, DR, 1,17-4-84)"

2961

(CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Lisboa, ALMEDINA, 1989, p.118)

3. Unidade da Constituição e antinomias e tensões entre princípios e normas constitucionais

o facto de a constituição constituir um sistema interno de normas e princípios não significa que não haja fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante, significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre várias forças e partidos, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de

outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e da necessidade de tarefas de concordância prática (cfr., infra, Cap. 5, C, 9, estruturas metódicas) na sua aplicação e concretização. Assim, por ex., se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da protecção das minorias (cfr., por ex., art. 117.° sobre o estatuto de oposição); se o princípio democrático, na sua dimensão económica, exige intervenção conformadora do Estado através de expropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio de legalidade, princípio de justa indemnização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção, etc.). Os princípios estruturantes podem, de resto, ter conteúdo comum, concretizado através dos mesmos princípios, embora

2963

com acentuações diversas. Esta diferente acentuação significa apenas especificidade dos princípios, não antagonismo. Assim, por ex., o princípio da publicidade dos actos da autoridade com efeitos externos (cfr. art. 122.°) é, simultaneamente, uma concretização ou densificação do princípio democrático e do princípio do Estado de direito: a publicidade é o contrário da política de segredo (princípio democrático); a publicidade é uma exigência da segurança dos cidadãos (princípio do Estado de direito).

4. Actualidade das normas constitucionais e antinomias normativas

A densificação dos princípios e normas constitucionais não se faz apenas através de outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e normas constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito a problemas concretos, designadamente os tribunais (concretização judicial) (cfr. infra,

Cap. 5, C 7). Ao densificar as normas e princípios primários da constituição através de normas secundárias, o legislador ordinário pode introduzir normas contrárias não só aos princípios e normas constitucionais, mas também contrárias relativamente a outras normas secundárias do ordenamento jurídico constitucional. Nestes casos existem contradições ou antinomias normativas, para cuja resolução é necessário encontrar critérios ou regras de colisão ou de conflitos. As regras de colisão mais frequentemente utilizadas para a solução das contradições reconduzem-se, fundamentalmente, aos seguintes critérios:

(a) Critério cronológico, temporal ou da posteridade, segundo o qual a lei posterior tem prevalência sobre a lei anterior (lex posterior derogat anterior);

(b) Critério hierárquico ou da hierarquia das normas (cfr. art. 115.°/2,3 e 5): a norma superior prevalece sobre a norma inferior (lex superior derogat inferior);

(c) O critério da prevalência do direito estadual sobre o direito regional e municipal: "o direito estadual quebra o

2965

direito regional ou municipal»). Cfr. arts. 115.°/3,229.°/1 e 242.0;

(d) Critério da competência: a validade e eficácia territorial ou material de certas normas depende da esfera de competência do sujeito produtor das normas (exs.: diferente esfera de competência dos órgãos centrais e dos órgãos regionais quanto a «matérias de interesse específico para as regiões»; diferente esfera de competência dos órgãos estaduais e dos órgãos suptanacionais em questões comunitárias. Cfr. arts. 115.°/3 e 8.°/3);

(e) Critério da superioridade da norma de enquadramento ou de bases sobre a norma complementadora (cfr. art. 115.°/2 e 3): nas relações entre normas de igual hierarquia, mas em que uma é uma lei quadro e outra uma norma concretizadora da primeira, prevalece a «norma de enquadramento» sobre a «norma de preenchimento» (lex completa derogat legi complenti) (cfr. infra, Parte lII, Capo 4, A e B) 10.

(CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Lisboa, ALMEDINA, 1989, p.137-139).