

CRISE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

– uma tentativa de paralelo entre Portugal e o Brasil e os questionamentos acerca da validade da constituição

José Alexandre Zachia Alan*

Resumo: O presente estudo examina a questão do constitucionalismo de crise inaugurado em Portugal por ocasião da situação de emergência financeira e decisão da corte constitucional daquele país a invalidar iniciativa governamental destinada ao controle dos gastos públicos. Examina-se a possibilidade de que o raciocínio a defender uma leitura específica acerca do constitucionalismo para as situações de crise pode também ser aplicada ao Brasil para a aprovação de medidas relacionadas ao enfrentamento da corrupção.

Palavras-chave: Corrupção. Crise financeira. Crise de corrupção. Constituição. Tribunal Constitucional. Enriquecimento ilícito.

Abstract: This study examines the issue of crisis constitutionalism occurred in Portugal during the financial emergency and a specific decision from the Constitutional Court to invalidate a government initiative addressed to control de public expenses. The study examines this form of understanding constitutionalism viability to crisis situation and if it is viable to be used in Brazil for the approval of initiatives destined to overcome corruption.

Keywords: Corruption. Financial crisis. Constitution. Constitutional Court. Unlawful enrichment.

Sumário: 1. Introdução. 2. A crise portuguesa. Exame de caso em que declarada a inconstitucionalidade e com relação ao qual se originou a teoria da relativização da validade. Fundamentos teóricos da decisão. 3. A crise brasileira. Exame do pacto anticorrupção e da criminalização de do enriquecimento ilícito dos servidores públicos. 4. Conclusões. Relativização da constituição, crise econômica e crise de corrupção.

* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

“Pela teoria de nossas maiorias o Governo determina, mas este direito não é um arbitrário nem ilimitado. É um direito ser exercitado em subordinação à Constituição e em conformidade a ela. Um grande objetivo da Constituição era conter a opressão das minorias ou das maiorias usurpando apenas os seus direitos. As minorias têm um direito de apelar à Constituição como um escudo contra tal opressão.”

James Knox Polk

1 Introdução

É fato amplamente discutido na mídia atualmente a intensa crise econômica experimentada por determinados países da União Europeia. Fala-se, enquanto se escreve deste texto, da possibilidade cada vez mais próxima de que a Grécia deixe o bloco econômico, tudo por conta de sua resistência em adotar as medidas de ajuste econômico que lhes são exigidas pelas autoridades internacionais.

Por outro lado, deixaram mais recentemente de figurar nos noticiários os demais países inicialmente arrolados em grupo pejorativamente batizado de PIGS, acrônimo das iniciais das economias do sul da Europa envolvidas na tal crise, quais fossem, Portugal, Irlanda, Grécia e Espanha (*Spain*).¹

É certo que essa “ausência” não se deveu ao acaso, mas de esforço significativo por parte de tais economias a reajustarem seus funcionamentos, especialmente no que concerne aos gastos da máquina pública, de modo a atender as demandas da autoridade central da União Europeia.

Voltando os olhos para o caso específico de Portugal, um dos países tomados para a comparação deste escrito, verificou-se que muitas das tais medidas de contenção de gastos governamentais foram submetidas à apreciação da Corte Constitucional. Daí que em alguns casos lançaram-se decisões de reconhecimento de inconstitucionalidade.

A partir de tais declarações houve crítica significativa de vários setores do Estado, da política, dos meios de comunicação e mesmo da doutrina a apontar suposto excesso partido da Corte Constitucional ao manifestar-se da maneira como se manifestou, especialmente porque tais julgamentos, segundo sustentavam os críticos, colocavam em xeque a possibilidade de manutenção da higidez da economia e, subsequentemente, poderiam importar o destacamento da Repú-

¹ É realmente difícil dizer em que publicação houve o lançamento do acrônimo em questão. De todo modo, sua utilização se fez corrente nas grandes publicações a tratar de temas econômicos, especialmente em razão do significado da palavra em inglês, qual seja, porco. Por todos, destaca-se a seguinte reportagem, extraída da revista *The Economist*, <<http://www.economist.com/node/11496844>>, link consultado no dia 15 de julho de 2015.

blica Portuguesa do bloco de nações europeias. Não é exagero apontar, aliás, que tal saída da União Europeia importaria a necessidade de que se redesenhasse o formato da economia e mesmo do Estado português, uma vez que sua inserção no bloco consistiu transição preparada durante longos anos e em função da qual as instituições e outros setores do país trataram de se organizar.

O curioso de tais críticas é que não se limitavam a atacar o conteúdo das decisões lançadas pela Corte Constitucional portuguesa. A bem de toda a verdade, seu conteúdo maior alvejava outro destino. Fala-se de raciocínio cuja aceitação importa verdadeiras modificações da maneira como se concebe as regras de controle de constitucionalidade, das funções da Corte Constitucional e, via de consequência, da própria Constituição.

Com efeito, as críticas aviadas se vazam em buscar relativizar a validade dos comandos constitucionais – de alguns, de todos, apenas dos direitos sociais, tudo a depender do conteúdo particular de cada uma das críticas – em tempos de crise ao tentarem restringir a atuação de controle da Corte Constitucional. Em outras palavras, ao tentar estabelecer limitação ao controle desempenhado pela Corte, tentou-se caracterizar situação de validade variável da constituição a depender de turbulência institucional, especialmente nos casos em que existente suposto risco à própria conformação do Estado, justamente como ocorre em Portugal, ameaçado pela crise econômica e vivendo a premência de situação – saída do bloco da União Europeia – que importaria ruína de determinado formato político aprovado pela maioria.

O paralelo que se tentará traçar a partir da situação brasileira é outra que não a crise econômica recente. É que mesmo se reconheça haja significativa dificuldade econômica experimentada atualmente, não há ameaça que possa ser emparelhada à consequência nefasta gerada a Portugal com seu afastamento do bloco da União Europeia.

Na verdade, pretende-se examinar crise outra, que será chamada neste artigo de crise da “corrupção”. Fala-se da sucessão de acontecidos dos últimos anos a levantar uma série de suspeitas a colocar em questão o próprio funcionamento da democracia brasileira, especialmente porque se viu revelar encadeamento de atos de corrupção a envolver os altos escalões do governo federal. Descobriu-se verdadeira aliança espúria havida entre empresários e integrantes da classe política, de modo a que recursos públicos de grandíssima monta fossem desviados ao enriquecimento de uns e de outros, bem assim a que financiadas multimilionárias campanhas eleitorais, gerando suposto comprometimento da validade das eleições levadas a termo.

Em seguida da descoberta e intensificação da crise, tanto o Poder Executivo, quanto outras tantas instituições – Ministérios Públicos, Poder Judiciário, organizações da sociedade civil – passaram a formular propostas de modificação

do ordenamento jurídico a tratar do tema da corrupção, especialmente a aperfeiçoar seu enfrentamento. Não fosse apenas isso, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade² a demandar do Supremo Tribunal Federal declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei a autorizar a doação de empresas a campanhas e candidatos.

Observa-se, de logo, que algumas das propostas de modificação apresentadas, tanto pelo Poder Executivo, quanto pelas instituições se notabilizam por conteúdo de duvidosa constitucionalidade. A mesma fragilidade de argumentação se percebe do raciocínio aviado pela Ordem dos Advogados a apontar a inconstitucionalidade da doação realizada por empresas a candidatos e campanhas. É que, a despeito da possibilidade de que se venha a concordar com tal providência, de se ponderar que tal sistema se impõe há muitos anos, achando-se verdadeiramente consolidado, e que se realizou eleições desde a edição da Constituição de 1988 atentando-se a tal lógica sem que jamais se lançasse qualquer sorte de objeção constitucional ao financiamento privado de campanhas por empresas.

O propósito deste escrito é, então, examinar a base teórica relacionada à relativização da atuação das Cortes Constitucionais e a possibilidade de que tal compreensão alcance a validade da Constituição. Haverá de se partir da crise portuguesa e verificar, em seguida, se tal ideia será de aplicação possível no contexto brasileiro, levando-se em conta, à guisa de exemplo, uma das propostas de lei relacionada ao endurecimento do enfrentamento da corrupção no Brasil.

2 A crise portuguesa. Exame de caso em que declarada a inconstitucionalidade e com relação ao qual se originou a teoria da relativização da validade. Fundamentos teóricos da decisão

Levando em conta o quadro geral dos países em dificuldades financeiras no bloco europeu, a situação portuguesa, ainda que drástica, é a de compreensão talvez mais singela. Cuida-se de país de pequenas dimensões que, inadvertidamente, viu diminuída sua receita orçamentária a partir da retração do mercado da União Europeia. Assim, houve recessão da atividade econômica e, consequentemente, diminuição da receita pública. A isso se aliou o aumento dos gastos públicos, especialmente gastos com o funcionalismo público.

Então, de modo a que a crise fosse solvida, nada restava senão diminuir os gastos com a máquina pública, dado que o incremento econômico dependia de outras iniciativas não submetidas diretamente ao controle estado. Então, o Estado português passou a editar medidas econômicas endereçadas a esse propósito.

² ADI 4650.

Uma dessas providências consistia no corte dos subsídios de natal e de férias dos servidores públicos – pagamentos correspondentes a férias e gratificação natalina no âmbito brasileiro –, o que se deu no ano de 2012. Houve, então, que um grupo de Deputados ingressou com pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 21.^o e 25.^o,³ da Lei n.^o 64-B/2011, Lei do Orçamento.

³ As normas em questão tinham as seguintes redações: Artigo 21.^o Suspensão do pagamento de subsídios de férias e de Natal ou equivalentes. 1 – Durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), como medida excecional de estabilidade orçamental é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.^o e, ou, 14.^o meses, às pessoas a que se refere o n.^o 9 do artigo 19.^o da Lei n.^o 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, cuja remuneração base mensal seja superior a €1100. 2 – As pessoas a que se refere o n.^o 9 do artigo 19.^o da Lei n.^o 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1100, ficam sujeitas a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídios/prestações = 1320 – 1,2 X remuneração base mensal. 3 – O disposto nos números anteriores abrange todas as prestações, independentemente da sua designação formal, que, direta ou indiretamente, se reconduzam ao pagamento dos subsídios a que se referem aqueles números, designadamente a título de adicionais à remuneração mensal. 4 – O disposto nos n.^{os} 1 e 2 abrange ainda os contratos de prestação de serviços celebrados com pessoas singulares ou coletivas, na modalidade de avença, com pagamentos mensais ao longo do ano, acrescidos de uma ou duas prestações de igual montante. 5 – O disposto no presente artigo aplica-se após terem sido efetuadas as reduções remuneratórias previstas no artigo 19.^o da Lei n.^o 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, bem como do artigo 23.^o da mesma lei. 6 – O disposto no presente artigo aplica-se aos subsídios de férias que as pessoas abrangidas teriam direito a receber, quer respeitem a férias vencidas no início do ano de 2012 quer respeitem a férias vencidas posteriormente, incluindo pagamentos de proporcionais por cessação ou suspensão da relação jurídica de emprego. 7 – O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, ao subsídio de Natal. 8 – O disposto no presente artigo aplica-se igualmente ao pessoal na reserva ou equiparado, quer esteja em efetividade de funções quer esteja fora de efetividade. 9 – O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa e excecional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos. [...] Artigo 25.^o Suspensão de subsídios de férias e de Natal ou equivalentes de aposentados e reformados 1 – Durante a vigência do PAEF, como medida excecional de estabilidade orçamental, é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.^o e, ou, 14.^o meses, pagos pela CGA, I.P., pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões detidos por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, aos aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados cuja pensão mensal seja superior a €1100. 2 – Os aposentados cuja pensão mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1100, ficam sujeitos a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídios/prestações = 1320 – 1,2 X pensão mensal. 3 – Durante a vigência do PAEF, como medida excecional de estabilidade orçamental, o valor mensal das subvenções mensais, depois de atualizado por indexação às remunerações dos cargos políticos considerados no seu cálculo, é reduzido na percentagem que resultar da aplicação dos números anteriores às pensões de idêntico valor anual. 4 – O disposto no presente artigo aplica-se sem prejuízo da contribuição extraordinária prevista no artigo 162.^o da Lei n.^o 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada

Os argumentos aviados para tanto eram o desatendimento por violação dos princípios do Estado de direito democrático (vertente da proteção da confiança), da proporcionalidade e da igualdade.

Com efeito, a proposição atacada propunha o corte de subsídios de férias e de natal de pessoas que recebessem salários a partir de determinado montante, sendo que os cortes se agregavam, ainda, a outras reduções salariais ocorridas anteriormente.

A medida manejada foi julgada procedente por voto da maioria, o que terminou decidido no acórdão 353/2012,⁴ relatado pelo Conselheiro João Cura Mariano.

No que concerne ao princípio da igualdade, o voto do Conselheiro relator assim anotou:

Estas medidas terão uma duração de três anos (2012 a 2014), o que determinará a produção de efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo deste período, a que acresce o congelamento dos salários e pensões do setor público, verificado nos anos de 2010, 2011 e 2012, e cuja manutenção nos anos seguintes se encontra prevista nos memorandos que consubstanciam o PAEF, o que, conjugado com o fenómeno da inflação, resulta numa redução real desses salários e pensões equivalente às taxas de inflação verificadas em todos esses anos.

Ora, nenhuma das imposições de sacrifícios descritas tem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes. A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (*v.g.*, as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (*v.g.* através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagrevamento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas.

pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro. 5 – No caso das pensões ou subvenções pagas, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões detidos por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, o montante relativo aos subsídios cujo pagamento é suspenso nos termos dos números anteriores deve ser entregue por aquelas entidades na CGA, I. P., não sendo objeto de qualquer desconto ou tributação. 6 – O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa e excecional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos, admitindo como única exceção as prestações indemnizatórias correspondentes, atribuídas aos deficientes militares abrangidos, respetivamente, pelos Decretos-Leis n.os 43/76, de 20 de janeiro, 314/90, de 13 de outubro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 248/98, de 11 de agosto, e 250/99, de 7 de julho.

⁴ Em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>, link consultado no dia 15 de julho de 2015.

Daí que seja evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferir remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional.

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada.

Aliás, quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios.

A referida situação e as necessidades de eficácia das medidas adoptadas para lhe fazer face, não podem servir de fundamento para dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito, nomeadamente a parâmetros como o princípio da igualdade proporcional. A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.

Deste modo se conclui que as normas que prevêm a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.^o e, ou, 14.^o meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, durante os anos de 2012 a 2014, violam o princípio da igualdade, na dimensão da igualdade na repartição dos encargos públicos, consagrado no artigo 13.^o da Constituição.

Por esta razão devem ser declaradas inconstitucionais as normas constantes dos artigos 21.^o e 25.^o, da Lei n.^o 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), tornando-se dispensável o seu confronto com outros parâmetros constitucionais invocados pelos Requerentes.

Conforme se verifica, a decisão de inconstitucionalidade acerca do corte dos subsídios de natal e de férias se assenta em verificação bastante singela. De uma parte, há o reconhecimento de que o país se encontra em crise séria e que se faz necessária a tomada de medidas destinadas a enfrentá-la. Por outra, reconhece-se a necessidade de que tais medidas sejam suportadas igualmente por todos os cidadãos portugueses. É evidente que ao se tratar do princípio da igualdade não se deduz que todos devam suportar exatamente o mesmo peso, mas que haja reconhecimento das diferenças de modo a que o peso reste equitativamente distribuído.

O conteúdo da decisão, então, reconhece a inconstitucionalidade vazada na irracionalidade de que apenas os servidores públicos sejam chamados a suportar o peso da crise, mesmo que a lei trate de estabelecer baliza a que somente os aquinhoados com pagamentos acima de determinado valor suportassem a redução.⁵

⁵ Convém destacar a esta altura, especialmente por conta do momento enfrentado no Estado do Rio Grande do Sul, em que devido a crise financeira se fala de atraso nos pagamentos de vencimentos,

O ponto evidente a destacar acerca do conteúdo do acórdão é que se prende única e exclusivamente à aplicação de hermenêutica de princípio constitucional, princípio da igualdade, para o julgamento de procedência, valendo lembrar que a Constituição da República Portuguesa não conta com dispositivo equivalente ao da irredutibilidade dos subsídios estabelecido no artigo 37, inciso XV, Constituição Federal.

Diante de tal decisão, principiou-se crítica pública, especialmente na esfera política, a atacar a decisão da Corte Constitucional portuguesa. É que se via na recusa de validade à tal medida, primeiro passo a que o Estado Português desatendesse as prescrições das autoridades da comunidade europeia no que concernia ao controle da despesa pública, antevendo-se a possibilidade de que tal resultasse na deixada de Portugal do bloco de nações.

Essas críticas, mesmo que tenham sido consideradas inéditas no âmbito português,⁶ não soam pouco familiares caso se busque paralelos no trato da constituição brasileira. Com efeito, os críticos principiaram apontando incredulidade relacionada à correção de providência adotada por juízes, atores do sistema que não foram eleitos democraticamente, que poderia redundar em consequências trágicas, a importar a possibilidade de que se tivesse de abandonar determinada conformação do Estado – permanência no bloco europeu – adotada a partir de consenso democrático.⁷ Importa se anotar, ainda, que no correr da construção política, não faltaram os que referiram pretender examinar a possibilidade de que se tivesse de aplicar ao Tribunal Constitucional por suposto extravasamento de seus poderes.⁸

Ocorreu, contudo, que para além da crítica construída no contexto de manifestações públicas lançadas por integrantes da classe política, houve movimento de autores de setores da doutrina constitucional a examinar o contexto apresentado e a assentar que o Tribunal Constitucional, de fato, extravasara seu papel.

É certo que o exame detido de tais críticas demandaria bastante mais esforço do que o permitido para os limites deste escrito. Todavia, a que se possa alcançar o objetivo pretendido, se haverá de, ao menos, anunciá-las em suas

que a situação proposta pelo governo português era mesmo diferente. Decidiu-se, a bem de toda a verdade, simplesmente suprimir pagamentos sem que se aventasse a possibilidade de devolução futura.

⁶ REIS NOVAIS, Jorge. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedinas S.A., 2014, p. 7.

⁷ “Como é que uma sociedade com transparência e maturidade democrática pode conferir tamanhos poderes a alguém que não foi escrutinado democraticamente”, Ministro Passos Coelho referindo-se ao Tribunal Constitucional, Agência Lusa, 05.06/2014, em REIS NOVAIS, ob. cit., p. 5.

⁸ “E, se calhar, temos de ponderar sanções jurídicas para os casos em que os poderes são distribuídos, incluindo ao Tribunal Constitucional, são extravasados.” Teresa Leal Coelho, deputada e Vice-Presidente da Comissão Política Nacional do PSD, em REIS NOVAIS, ob. cit., p. 5.

largas linhas, tratando-se de conduzir o raciocínio até que se alcance retrato minimamente fiel do fenômeno de relativização que se pretende enfrentar. Para mais, é importante destacar que desprezado o exame das críticas aviadas a atacar o conteúdo da decisão a partir do ponto de vista hermenêutico do princípio da igualdade, que, a despeito de respeitáveis, não versaram sobre a tal relativização que se pretende enfrentar.

O primeiro argumento a examinar, lançado a atacar a decisão de inconstitucionalidade, se traduzia em recurso de observação da situação relacionada à crise. Com efeito, apontava-se que a atuação do Estado Português havia se produzido não apenas por decisão espontânea partida do exercício das funções do Executivo. É que a tal redução era demandada pelas autoridades do bloco europeu e resultara de acordo subscrito pelo governo português...”, e, por outro lado, pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, bem como pelo Governo Português e pela Comissão Europeia (em nome da União Europeia) e pelo Banco Central Europeu. Assim, entre o Governo Português e o Fundo foram aprovados um memorando técnico de entendimento, assim como um memorando de políticas económicas e financeiras, os quais estabelecem as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do Fundo Monetário Internacional”.⁹

Daí que se constatava no tal memorando de entendimento subscrito pelo governo português ferimento da Constituição. É que o governo seria incompetente, atentando-se a determinada regra de funcionamento, do Poder Executivo, para firmar o tal compromisso. Então, a partir de tal atitude, teria havido ferimento inicial da Constituição, inaugurando-se período de anormalidade constitucional, uma vez que afetada sua normatividade. Assim, enquanto tal situação de anormalidade persistisse, haveria de ocorrer adaptação de funcionamento dos poderes a essa nova realidade, respeitando-se esse novo padrão de adequação funcional. Em outras palavras, em tendo havido ferimento constitucional anterior pela assinatura do tal memorando de entendimento, cumpria ao Tribunal Constitucional simplesmente tomar postura restritiva.¹⁰

A segunda crítica arrima-se na teoria defendida pelo filósofo JEREMY WALDRON no já clássico trabalho “A Dignidade da Legislação”.¹¹ A tese central deste escrito, depois revisado por outros tantos,¹² se vazava em polemizar a tese central de RONALD DWORKIN no também clássico “Levando os Di-

⁹ Acórdão 353/2012.

¹⁰ ALEXANDRINO, José Melo. Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades. In: *O Tribunal Constitucional e a crise*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 49 e seguintes.

¹¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹² Recomenda-se muito fortemente acerca do tema a leitura do excelente *Kant e a dignidade da legislação*, trabalho do colega de Ministério Público Cláudio Ari Mello, que se ocupa de examinar as

reitos a S^ério”,¹³ de modo a colocar a legisla^ço no papel central da defini^ço e prote^ço dos direitos. Vale lembrar que DWORKIN entregava ^à revis^o judicial o papel ^{último} de defini^ço do alcance dos direitos, tudo a partir da figura metaf^órica do juiz Hércules.

Por derradeiro, os críticos dispararam duas críticas conjuntamente elaboradas. Na verdade, cuida-se de crítica antiga ^à forma de controle de constitucionalidade estabelecida após o paradigma estabelecido por DWORKIN, mas que se fez reformular a partir da lógica da crise. Defendeu-se, primeiro, que em situações tais e de emergência, fazia-se necessário que as decisões de controle de constitucionalidade se vazassem unicamente na suposta viola^ço de regras e não de princípios. Depois, defendeu-se que o controle de constitucionalidade em situações tais, há de se estabelecer a partir de constata^ço de evidência. Ou seja, somente haveria de se dar a cassação da validade de determinada decisão nas situações em que não houvesse qualquer possibilidade de contesta^ço e que, em resumo, se estivesse diante de inconstitucionalidade evidente. Então, nas situações em que houvesse divergência – vertida, por exemplo, em voto dissidente no julgamento da inconstitucionalidade, o que, aliás, aconteceu no acórdão lançado neste texto por paradigma – haveria de se presumir a validade da norma atacada.

Enumeradas as críticas principais, pretende-se realizar descri^ço breve da crise e das propostas de solu^ço apresentadas para o caso brasileiro, para, apenas em seguida, partir-se ao exame detido de cada uma dos argumentos.

3 A crise brasileira. Exame do pacto anticorrup^ço e da criminaliza^ço do enriquecimento ilícito dos servidores públicos

De modo a debelar a crise anteriormente mencionada, a qual foi chamada neste escrito de “crise de corrup^ço”, o governo brasileiro, a exemplo de como procedeu o governo português a enfrentar sua própria crise, houve por bem lançar pacote de medidas. O tal conjunto foi formalmente chamado de “Medidas de Combate ^à Corrup^ço e ao Combate ^à Impunidade” e foi formulado, segundo consta, após consulta ^à Casa Civil, ao Ministério da Justiça, ^à Controladoria-Geral da Uni^o, ^à Advocacia-Geral da Uni^o e ao Ministério do Planejamento, Or^çamento e Gest^o.¹⁴

teses de Waldron sob a perspectiva de sua fundamenta^ço nos escritos kantianos de filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁴ O inteiro teor da proposta pode ser verificado no link <<http://s.conjur.com.br/dl/medidas-combate-corrupcao-impunidade.pdf>>, consultado no dia 18 de julho de 2015.

As medidas propostas foram, essencialmente, a criminalização da prática de caixa dois em campanhas eleitorais, a criação de ação para a extinção de domínio de bens, a extensão dos efeitos da chamada Lei da Ficha Limpa para todos os servidores públicos, a aprovação de projeto de lei para a alienação antecipada de bens apreendidos, a edição de Decreto para a regulamentação da Lei Anticorrupção (Lei Federal 12.846/2013), a criação de grupo de trabalho para a agilização de processos judiciais relacionados ao tema, bem assim a tipificação do crime de enriquecimento ilícito, dando-se trâmite urgente a Projeto de Lei a tramitar a esse respeito.

É certo, por uma parte, que todas essas medidas mereceriam comentários que extravasariam em muito os limites desse trabalho, especialmente sob o aspecto de sua efetividade a enfrentar a tal crise de corrupção que se verifica. Todavia, considerando que o tema a examinar é a possibilidade de se relativizar a validade do texto constitucional, escolheu-se examinar unicamente o problema relacionado à proposta de criação do crime de enriquecimento ilícito.

Muito bem. Conforme se dispõe mesmo no documento em que relacionadas as medidas do tal pacote anticorrupção, há expressa referência de que já tramita há muito projeto de lei para a criminalização do enriquecimento ilícito. Fala-se, mais especificamente, do projeto de lei 5.586/2005, que foi formulado a sugerir a tipificação de ilícito assim delineado:¹⁵

Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade. (NR)

Num primeiro termo, e mesmo se correndo o risco de extravasar os limites deste artigo, há de se ponderar que o sancionamento decorrente do enriquecimento injustificado dos agentes públicos não é novidade no ordenamento jurídico, mesmo que a figura ora existente tenha contornos unicamente de improbidade administrativa, artigo 9º, VII, Lei 8.429/92.¹⁶

A prática tem revelado, contudo, sua quase inutilidade. É que passados mais de vinte anos desde a edição da Lei de Improbidade Administrativa, são

¹⁵ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292771>>, link consultado no dia 18 de julho de 2015.

¹⁶ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente [...] VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

raríssimos os casos em que tais hipóteses foram submetidas aos Tribunais, o que, em alguma medida, coloca em questão a possibilidade de eficiência da modificação pretendida, mesmo que se passe a dar colorido criminal à proibição.¹⁷

Todavia, mesmo se pretenda desconsiderar esse dado de ineficiência, há de se atentar que a experiência de tentativa criminalização do enriquecimento ilícito por tipo autônomo ocorreu em outros países de conformação de direito escrito – a exemplo de Portugal e Argentina¹⁸ – sendo que em tais ordenamentos houve pronunciamentos de peso a atacar-lhes a validade. No caso específico de Portugal, houve decisão lançada pela Corte Constitucional,¹⁹ a declarar a inconstitucionalidade da norma mesmo em controle prévio.

Os argumentos para tanto, seja em Portugal ou na Argentina, se vazavam essencialmente em dois fundamentos. Mencionou-se, de um lado, problema atinente à ausência de bem jurídico e, por outro, discutia-se a possibilidade de violação do princípio da não culpabilidade.²⁰

Com relação à questão do bem jurídico, tem-se discutido desde muito a necessidade de que a liberdade de criminalizar do legislador seja adequadamente limitada por balizas de ordem suficientemente bem identificadas. Não faltam, também, os que sustentam a necessidade de que tais balizas encontrem assento no texto da constituição.²¹

Discute-se, com efeito, a necessidade de que a cominação de pena por parte do legislador se dê única e exclusivamente à proteção de determinado interesse, convertido em bem jurídico, cuja importância seja suficientemente significativa a justificar a ameaça de aplicação de resposta estatal de efeito restritivo por sobre direito de natureza fundamental, essencialmente a liberdade, de cidadão que vier a ser condenado. Daí que, em havendo criminalização cujo bem jurídico não se acha suficientemente bem delineado, estar-se-ia diante de legislação a estabelecer injusta restrição por sobre o direito fundamental de liberdade, sendo, portanto, inconstitucional.²²

¹⁷ Examinados os registros do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não se encontrou qualquer acórdão que tenha examinado pedido do Ministério Público a tratar de condenação vazada nesse tipo de improbidade administrativa.

¹⁸ Acerca do crime previsto no ordenamento jurídico argentino, ver Sancinetti, Marcelo Al. *El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público – art. 268(2), CP – Um tipo penal violatorio do Estado de Derecho*. Editora Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

¹⁹ Acórdão 179/2012, consultado em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>, no dia 29 de abril de 2015.

²⁰ Art. artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, assim redigido: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

²¹ Assim, por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal – parte geral*. Tomo I. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

²² Assim, HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el ‘principio deldañó’. In: *La teoria delbien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales S.A., 2007.

O óbice levantado com relação à criminalização do enriquecimento ilícito se estabelece porque não se faz possível verificar imediatamente qual a sorte de interesse se busca resguardar com a conduta criminalizada. Ou seja, não se sabe exatamente que tipo de proteção se está desfiando ao se criminalizar a conduta de “enriquecer”, dado que tudo ocorre no plano da suspeita de que o agente ativo do delito em questão se comportou de maneira indevida.

Com efeito, para a adequada construção do bem jurídico, apresenta-se por necessário identificar qual conduta teria o agente praticado – de quem teria recebido os valores, se os teria subtraído da administração ou outra hipótese qualquer – a que se pudesse definir exatamente qual o interesse a proteger, tudo a que se possa realizar aferição adequada do sentido da proibição e, não menos importante, da medida da pena que vier a ser cominada.

É que – bem ou mal – criminalização assim vazada acaba por jogar numa vala comum enorme grupo de comportamentos que podem ter graus de ofensividade absolutamente diferentes. Imagine-se, por exemplo, a situação do servidor que possui patrimônio desproporcional porque desviou dinheiros públicos, do servidor que tem o tal patrimônio porque recebeu presentes indevidos dos administrados ou mesmo a situação do servidor que demandou vantagens financeiras de particulares a não lhes alcançar com multas e infrações que deveria lançar por dever de ofício. É certo que todas as situações exemplificadas, a despeito de constituírem inequívocas ilegalidades, possuem lesividades diversas, não se podendo admitir que a imprecisão de bem jurídico acarrete sejam todas essas situações identicamente tratadas unicamente porque o Estado não se desincumbiu de seu ônus de bem apurar os contornos dos acontecidos.

Não se desconhece, contudo, que a teoria do bem jurídico encontra enforques focos de resistência. Fala-se, essencialmente, da recusa funcionalista de estabelecer o bem jurídico por finalidade de proteção do direito penal, tese defendida por JAKOBS, da teoria das grandes normas de comportamento defendida por STRATENWERTH e mesmo a teoria dos bens jurídicos imanentes, formuladas por HIRSCH.²³ Todavia, a teoria do bem jurídico não é a única objeção levantada em relação ao crime em apreço.

Por segundo argumento à invalidade da incriminação está a violação ao princípio da presunção da inocência. Com efeito, aponta-se que a forma de redação do dispositivo em apreço – repetida quase que identicamente nos ordenamentos jurídicos onde foi proposta – importa transmissão de ônus probatório do autor da demanda ao requerido, o que se afigura indevido.

²³ O autor deste escrito examinou essas teses detidamente, trabalho ao qual se remete o leitor. ZACHIA ALAN, José Alexandre. *A corrupção e a tutela de bens coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2015, p. 79 e seguintes.

Não há como olvidar, a esse respeito, a conformação garantista necessária ao processo penal. Ou seja, não se trata simplesmente de estabelecer verdade formal a partir de provocação que uma parte realiza ao Estado Juiz. É preciso se ter claro que não há incógnita acerca da condição do cidadão na arrancada do feito ou de vácuo de definição que há de ser preenchido pelo juízo, mas que se está a manejar com situação na qual o acusado conta com a garantia constitucional de ser considerado inocente e que cumpre ao acusador constituir evidência probatória bastante a afastar tal presunção. Acerca de tal contexto é a lição de FERRAJOLI:²⁴

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.

Então, de nada vale o raciocínio de que em verificado o acréscimo patrimonial desproporcional do agente público, cumpriria-lhe o ônus de provar a licitude de seu patrimônio. É que, bem ou mal, não há a possibilidade de que se inverta a lógica da apuração a que o acusado reste obrigado a provar sua inocência, uma vez que esse seu estado decorre de presunção, cumprindo ao acusador desconstitui-lo.²⁵

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 441.

²⁵ Acerca de tal compreensão, há firme escólio jurisprudencial de modo a estabelecer a impossibilidade de que se transfira carga probatória acerca dos fatos imputados ao acusado, pena de ferimento do princípio constitucional em questão. Por todos: *Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. Atento a esse marco interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incorrendo, assim, numa indistigável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena. (HC 97701, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012). Grifos acrescentados.*

Estabelecidas as bases dos dois argumentos aviados, conclui-se que mesmo haja contradita e resistência à adoção da teoria do bem jurídico por alguns setores da doutrina – e mesmo se possa, para efeito de argumentação, desprezar esse ponto – a construção do crime de enriquecimento ilícito não ultrapassaria a aferição rigorosa de constitucionalidade por força da necessidade de que se atende ao princípio da não presunção de culpabilidade.

Feitas tais considerações, cumpre se destacar se a tal defesa da relativização da texto constitucional serviria a que o crime de enriquecimento ilícito pudesse vir à vigência especialmente neste tempo de crise.

4 Conclusões. Relativização da constituição, crise econômica e crise de corrupção

Antes de se adentrar o exame das considerações específicas acerca das crises acima enunciadas e das soluções que os Estados português e brasileiro pretenderam adotar, calha realizar acerca da funcionalidade das constituições em Estados cuja tradição é a do direito continental.

É certo – e aqui não se pretende examinar tal questão nem sequer superficialmente – que o conceito de constituição se prende à noção de ponto de partida de determinado Estado. Fala-se de norma por sobre a qual se ergue todo o restando do conjunto normativo de determinado Estado.

Importa-nos discutir para os propósitos deste artigo quais são, afinal e para além da simples conceituação, as funções do texto constitucional para o efeito do funcionamento da atividade Estatal. Em outras palavras, indaga-se que sorte de utilidade principal tem a Constituição em termos de operação das atividades do Estado.

Daí que examinada a questão sob essa perspectiva, surgem duas funções essenciais. A primeira é a de balizar adequadamente a separação dos poderes do Estado, de modo a conferir desenho adequado do equilíbrio necessário ao funcionamento da atividade pública. Segundo, cumpre à Constituição garantir determinado grupo de direitos de natureza fundamental. Cuida-se de conjunto de compromissos vazados em determinado momento histórico acerca do qual não se poderá abrir mão, nem mesmo por deliberação futura de maioria.²⁶ Dessa compreensão, aliás, é que advém a noção dos direitos fundamentais por trunfos contra a maioria, explorado detidamente por DWORKIN²⁷ e mesmo por REIS NOVAIS em obra específica acerca do tema.²⁸

²⁶ REIS NOVAIS, ob. cit., p. 24.

²⁷ DWORKIN, ob. cit.

²⁸ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Estabelecidos esses parâmetros, os argumentos utilizados para a relativização da constituição em tempo de crise pela doutrina portuguesa não parecem convencer e tampouco parecem suficientes a que se possa suplantar os graves problemas de constitucionalidade acima apontados no concernente à criminalização do enriquecimento ilícito.

Num primeiro giro, o argumento utilizado acerca da inconstitucionalidade anterior do governo ao subscrever o memorando de entendimento por fragilidade de sistema a autorizar a relativização constitucional para o exame da medida relacionada ao corte de salários, com a devida vênia, não parece ter sentido. E essa ponderação se faz absolutamente necessária para o efeito de paralelo com o funcionamento do estado brasileiro dado o sentimento público de ilegitimidade do atual governo federal. É que não há como esconder a cogitação – cada vez mais confirmada pelos fatos – de que o processo democrático restou contaminado pela corrupção decorrente da captação ilegal de recursos, diferencial indiscutível a desequilibrar os pleitos.

A questão, contudo, é verdadeiramente outra. Custa compreender o raciocínio de relativização do texto constitucional justamente na ocasião em que se vê falha ou mesmo desatendimento do governo eleito à Carta Constitucional. Com efeito, parece mesmo evidente afirmar que justo nesses casos é que a validade da Constituição há de ser reafirmada.

Ou seja, o justo reconhecimento de crise constitucional decorrente de emergência financeira ou de comprometimento da higidez democrática há de servir não a que os compromissos constitucionais sejam relativizados, mas a que sejam reafirmados, tudo sob pena de em não se procedendo dessa maneira, converter a Carta Constitucional num texto de valor desprezível.

A segunda das críticas aviadas, a que se calca na sustentação teórica do pensamento de WALDRON, é de fato sobremaneira sedutora. Convém reconhecer valor inequívoco de seu argumento a apontar que a vontade democraticamente expressa pelos legisladores eleitos não pode ser simplesmente substituída pelo que chamou de aristocracia judicial. Ou seja, ao que sustenta, cumpriria ao poder democraticamente eleito definir se houve ou não ferimento ao princípio da igualdade no caso trazido para a referência e retratado no acórdão da Corte Constitucional portuguesa ou se, afinal, a inversão de ônus probatório sugerida pelo texto do projeto de lei da criminalização do enriquecimento ilícito de servidores públicos viria a ferir o princípio constitucional da não culpabilidade.

É certo, por outra parte, que muitos outros bastante melhores do que o autor deste escrito já examinaram a objeção de WALDRON, enfileirando suas próprias objeções à teoria apresentada. A primeira – e mais evidente – é que, bem ou mal, há escolha da Carta Constitucional – expressa no caso brasileiro, diga-se de passagem – a formatar sistema de compreensão e de controle de cons-

titucionalidade que confere ao Poder Judiciário a possibilidade de reexame das decisões do Estado, sob a luz de interpretação que fazem do conteúdo da constituição. Logo, a que o pensamento de WALDRON pudesse ser acolhido de modo irrestrito, haveria de se estabelecer – novamente por conta do processo democrático de reforma da Constituição – redesenho do sistema.

Para além dessa primeira objeção, há segundo argumento que parece, também, bastante difícil de ser respondido. É que a hermenêutica dos princípios constitucionais no contexto da produção da norma no âmbito do Legislativo se dá a atender a dinâmica de diálogo a caracterizar esse Poder. Portanto, não parece se possa esperar unicamente do controle interno desempenhado pelo Poder Legislativo a palavra final acerca do atendimento dos compromissos estabelecidos na Carta Constitucional, havendo de se destacar tal função ao Poder Judiciário, o qual, por princípio, se encontra distante do tal diálogo inicialmente travado.²⁹

Em outros termos, há de se ter a compreensão de que a edição de determinada lei – seja a criminalizar conduta ou a impor restrição a direitos individuais – se estabelece por iniciativa do Estado e não unicamente do Poder Legislativo, motivo pelo qual não se poderia alijar o Poder Judiciário de apreciá-la sob a perspectiva do atendimento à Constituição quando legitimamente provocado, pena de ferida a noção freios e de contrapesos que caracteriza as democracias constitucionais.

Contudo, especificamente acerca das funções do constitucionalismo e da crise, tem-se que o próprio WALDRON oferece a crítica definitiva à utilização de sua compreensão para os tais tempos. É que, como bem pontuou MELLO,³⁰ WALDRON, em artigo recente, intitulado *Core of the Case Against Judicial Review*, estabeleceu quatro presunções acerca da sociedade em que sua tese funcionaria, quais sejam, “...(1.) *instituições democráticas funcionando razoavelmente bem, incluindo uma legislatura representativa eleita por sistema de sufrágio universal; (2.) um conjunto de instituições judiciais também operando razoavelmente em ordem, respeitando os princípios do Estado de direito, (3.) um compromisso efetivo da maioria dos seus membros e de seus agentes públicos com a ideia de direitos dos indivíduos e das minorias, (4.) um desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre esses direitos entre os membros da comunidade que estão comprometidos com a ideia de direito.*”

Em estabelecidos tais parâmetros – pelo próprio WALDRON, repita-se – parece mesmo estranho se pretenda criar verdadeira interpretação excepcional do texto da constituição vazada numa lógica de crise, uma vez que a noção de

²⁹ REIS NOVAIS, Em defesa..., p. 105.

³⁰ MELLO, ob. cit., p. 36.

dignidade da legislação presume estabilidade institucional, justamente o que se presume não haja em tais circunstâncias.

Por derradeiro, estão as críticas acerca da necessidade de que, em tempos de crise, haja decisões unicamente vazadas no ferimento de regras e não de princípios, bem assim a que se lance mão de lógica de evidência para o controle de constitucionalidade.

Na verdade, a discussão acerca das aferições da justiça constitucional serem lançadas unicamente com base em regras e não em princípios não é mesmo nova. A bem da verdade, já houve discussões suficientes a dizer que tal proposta recusa a força normativa dos princípios, não havendo motivo a que tal se dê em qualquer tempo, seja de normalidade ou de crise.

No que respeita à lógica de evidência, há de se ponderar que se está diante de proposição a contrastar mesmo com escolhas realizadas pelo próprio constituinte. É que não seria novidade no contexto das decisões judiciais se exigisse, por exemplo, unanimidade dos colegiados a que houvesse determinado julgamento de procedência. Então, caso o constituinte pretendesse estabelecer a lógica de evidência, bastaria houvesse realizado a previsão de que para a declaração de inconstitucionalidade de determinada proposição, a decisão teria de ser tomada por unanimidade. Ocorreu, contudo, que a escolha da Constituição foi mesmo outra. Então, não é exagero dizer que a lógica da evidência – forma de decidir vazada no acolhimento de hipótese admitida sem que haja qualquer contradição – não se fez acolher pelo ordenamento jurídico constitucional.

Então, o que se vê a partir deste escrito é a definitiva oposição a que constituição seja relativizada para os tempos de crise ou mesmo da criação de justiça constitucional a funcionar em velocidades diversas, sejam os tempos de crise ou de normalidade.

Isso não significa concluir, contudo, que o Poder Judiciário haja de se postar indiferente à crise ao examinar as demandas que lhes são apresentadas. Com efeito, a lógica de ponderação e proporcionalidade que dá sentido aos direitos fundamentais, permitindo coexistam sem se anularem no universo do direito, dado que guardam em si vinculação com princípio da dignidade da pessoa humana, serve justamente a dar vazão a essa possibilidade.

Em outras palavras, ao realizar a ponderação para o lançamento de juízo acerca dos direitos fundamentais – examinando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito – o juízo certamente deve levar em conta a circunstância de crise ou de normalidade.

Examinado, contudo, o caso brasileiro da proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, parece mesmo difícil se logre ponderar o princípio da presunção da inocência com o propósito de tornar o enfrentamento da corrupção

mais efetivo. Cuida-se, com efeito, de tentativa de combater mal com a possível instrumentalização de inocente, sacando-lhe garantia essencial imbricada à sua própria dignidade, o que se afigura certamente inadmissível.

Referências

- ALEXANDRINO, José Melo. Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades. In: *O Tribunal Constitucional e a crise*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal – parte geral*. Tomo I. 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. In: *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales S.A., 2007.
- MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedinas S.A., 2014.
- SANCINETTI, Marcelo Al. *El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público – art. 268(2), CP – Um tipo penal violatorio do Estado de Derecho*. Editora Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ZACHIA ALAN, José Alexandre. *A corrupção e a tutela de bens coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2015.

