

"LEI DA MORDAÇA" E OS LIMITES IMPOSTOS PELO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

Odemir Bilhalva Teixeira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Apresentação da "Lei da Mordaza"; 2 A "Lei da Mordaza" É Incompatível Com O Estado Democrático de Direito; 3 A "Lei da Mordaza" À Luz do Devido Processo Legal Substantivo; 3.1 Devido Processo Legal Substantivo (Material); 3.2 A "Lei da Mordaza" E Os Limites Impostos Pelo Devido Processo Legal Substantivo; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESSUMO

Trata-se da "Lei da Mordaza" à luz do devido processo legal substantivo, concebido como garantia à ordem jurídica de qualidade, no sentido de que os cidadãos têm o direito de receber do Estado uma decisão justa, protegidos de ações arbitrária, desproporcionais e não-razoáveis. Depois de apresentar o devido processo legal substancial como instrumento das garantias mínimas de meios e mecanismo hábil para assegurar as garantias de resultados, este estudo demonstra que o Projeto de Lei nº 265, de 2007 é absolutamente inconstitucional por ofender importantes postulados constitucionais, dentre eles a cláusula máxima do devido processo legal substancial.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Mordaza. Processo Legal Substantivo.

ABSTRACT

this is the "Gag Law" in light of substantive due process, designed to guarantee the legal quality in the sense that citizens are entitled to receive from the State a fair decision, protected action arbitrary, disproportionate and unreasonable. After presenting the due process substantially as an instrument with the minimum guarantees of means and mechanism able to ensure the guarantees of results, this study demonstrates that the Draft Law No. 265 of 2007 is absolutely

¹ Advogado e médico ortopedista em Balneário Camboriú-SC. Especialista em Direito do Trabalho, pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - Itajaí-SC, Direito Notarial e Registral pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL e Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - Rede LFG. Autor dos livros "Súmula Vinculante Perigo ou Solução" e "Aspectos Principiológicos do Código de Defesa do Consumidor", publicado pela Russel Editores em 2008, "Princípios e Procedimentos Notariais", publicado pela Russel Editores em 2009; coautor dos livros "Teoria e Prática do Protesto" e "Aspectos Principiológicos do Código de Defesa do Consumidor - Legislação e Jurisprudência", publicado pela Russel Editores em 2009, "Direito Notarial e seus princípios - 712 questões para concursos", publicado pela Norton Editor em 2010.

unconstitutional for offending important postulates constitutional, among them maximum term of due process substantially.

KEYWORDS: Public Ministry. Gag Law. Substantive Due Process of Law.

INTRODUÇÃO

O "devido processo legal" é concebido como o instrumento de tutela isonômica do direito de ação e da garantia de defesa dos jurisdicionados, por meio do qual ninguém será privado de seus bens ou compelido a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser por ordem da autoridade estatal competente, por meio da observação do trâmite procedimental adequado.

O devido processo legal é definido nos sentidos: genérico, material (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*). O princípio do devido processo legal genérico caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, sendo nesse sentido amplo que a expressão foi adotada pelo Constituinte de 1988, quando, no citado inciso LIV, do artigo 5º, trata da proteção da liberdade e dos bens. Para além do sentido genérico, o princípio do devido processo legal tem uma caracterização específica bipartida: a) de um lado está sua incidência substancial, eis que se manifesta em todos os campos do direito material, e tem como objetivo evitar o excesso de poder do Estado sobre o cidadão; e b) processual, que significa o dever de propiciar ao litigante acesso efetivo à tutela jurisdicional.^{2 3}

O objeto específico deste artigo é analisar a Lei da Mordaza" face à garantia constitucional à ordem jurídica justa.

Trata-se do Projeto de Lei nº 265, de 2007, de autoria de Paulo Maluf, que pretende: alterar a Lei da Ação Popular, para estabelecer que se houver sido proposta a ação com má-fé, intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política, caberá condenação do autor no pagamento do décuplo das

² NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.63-70.

³ GOMES, Luiz Fernando da Silveira. As liminares no processo civil. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p.11-20.

custas e honorários; e modificar a Lei da Ação Civil Pública, para que o autor, associação autora ou membro do Ministério Público que proceder com má-fé, com a finalidade de promoção pessoal ou perseguição política, venha a suportar as despesas processuais.

Em suma, esta proposta busca identificar o autor ou representante do Ministério Público que propõe ação com manifesta má-fé ou com o intuito de promoção pessoal ou perseguição política, além de criar mecanismos sancionatórios.

Este estudo analisa a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 265, de 2007 e, ao final, demonstra que as alterações que propõe aos textos legislativos que regulam a ação popular e a ação civil pública são inconstitucionais sob qualquer ponto de vista que se analise, porque ofendem os postulados substanciais do Estado Democrático de Direito.

1 APRESENTAÇÃO DA "LEI DA MORDAÇA"

"Mordaza" significa o pano ou o objeto qualquer que se coloca na boca de alguém para impedi-la de falar ou gritar. Assim, uma lei que pretende impedir um servidor público de dar declarações públicas que envolvam o Governo, sob pena de punições disciplinares é uma Lei da Mordaza.

De tempos em tempos esta prática, que foi muito usada na ditadura militar (1964-1985) entra em pauta. O exemplo mais lembrado de imposição normativa da mordaza é o inciso I, artigo 242, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), que apesar de sempre muito criticado, curiosamente vigorou até muito recentemente, quando finalmente foi revogado pela Lei Complementar nº 1.096, de 24 de setembro de 2009.

O inciso I, do artigo 242, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, proibia o funcionário público do Estado de São Paulo de "referir-se depreciativamente, em formação, parecer ou despacho, ou pela imprensa, ou qualquer meio de divulgação, às autoridades constituídas e aos atos da Administração Pública",

podendo, no entanto, apreciá-los sob o aspecto doutrinário e da organização e eficiência do serviço, desde que em trabalho devidamente assinado.

No entanto, apesar de a Constituição Federal de 1988 instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar, dentre outros direitos e garantias, a liberdade das pessoas, também de informação e expressão, e exigir da Administração Pública que obedeça aos princípios de legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da participação popular nas suas decisões, no dia 01 de março de 2007, o Sr. Paulo Maluf apresentou na Câmara dos Deputados, uma proposta legislativa que, se aprovada, vai fazer reviver, ainda com mais forças, a Lei da Mordaza.

Consta na ementa original do projeto que a pretensão é alterar parte dos textos normativos que regulam ações popular, civil pública e de improbidade, para "deixar expressa a responsabilidade de quem ajuíza ação civil pública, popular e de improbidade temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política". O Projeto de Lei recebeu o nº 265, e encontra-se, desde no Plenário desde junho de 2009, sendo que a última movimentação foi em março de 2010 com um requerimento de urgência para apreciação.

A versão original continha cinco artigos.

O artigo 1º traz o texto da ementa na forma supra-citada.

O artigo 2º é destinado à alteração do artigo 13, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular). Hoje consta que a sentença que ao apreciar o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas. Com a mudança proposta, a sentença que analisar o fundamento de direito do pedido e julgar a lide manifestamente temerária "ou considerar que o autor ajuizou a ação com má-fé, intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política" condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas "mais honorários advocatícios". Assim, a condenação os casos de "má-fé, intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política".

O artigo 3º pretende modificar o artigo 18, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública). Atualmente diz o referido dispositivo que nas ações civis públicas "não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais". Com a nova redação do Projeto de Lei em comento, nesse tipo de ação, quando "for temerária ou for comprovada má-fé, finalidade de promoção pessoal ou perseguição política", a parte autora, que pode ser a associação ou membro do Ministério Público, será condenada ao pagamento de custas, emolumentos, despesas processuais, honorários periciais e advocatícios.

O artigo 4º, ao seu turno, busca dar nova redação ao artigo 19 e parágrafo único da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade), para dizer que constitui crime a representação por ato de improbidade "ou a propositura de ação" contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor o sabe inocente "ou pratica o ato de maneira temerária". No parágrafo único insere a expressão "ou membro do Ministério Público", ficando assim: além da sanção penal, o denunciante "ou membro do Ministério Público" está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Por fim, o artigo 5º diz que a lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na justificção de Paulo Maluf⁴, embora reconheça a importância das ações popular, civil pública e de improbidade, afirma que o manejo desses institutos processuais vem sendo deturpado com a propositura de ações com a intenção política de ataque a determinado administrador ou gestão, para atender ao clamor de alguns agentes públicos que buscam mais o destaque da imprensa que a busca da verdade. Nas suas palavras:

[...] o abuso recorrente na propositura de ações constitucionais destinadas à proteção do patrimônio público, além de provocar em algumas situações a inviabilização da própria atividade administrativa, gera situações vexatórias que desgastam irreparavelmente a honra e dignidade de autoridades injustamente acusadas.

⁴ Para acompanhamento da proposição e leitura dos textos original, modificado pelas emendas, votos etc., visite o endereço: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343100>.

Diante destas constatações, Paulo Maluf apresentou o Projeto de Lei nº 265, de 2007 para, segundo seu ponto de vista, garantir o uso responsável das ações popular, civil pública e de improbidade, com a responsabilização civil da parte autora por meio da indenização dos prejuízos causados à autoridade injustiçada. E finaliza dizendo que os procuradores e autores populares que atuarem de maneira irresponsável deverão arcar com as conseqüências de atentados à boa imagem e honra dos administradores públicos, lembrando que atos de improbidade podem ser praticados em ambos os lados.

No dia 07 de maio de 2008, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, por meio do voto de Francisco Tenório, decidiu pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei nº 265, de 2007, "na forma das três emendas a seguir apresentadas":

a) a emenda supressiva do parágrafo 4º, do texto original, que pretendia modificar a Lei de Improbidade;

b) a emenda modificativa da ementa, para excluir de seu texto as expressões "e nº 8.429, de 02 de junho de 1992" e "e de improbidade" e adequá-lo à supressão do artigo 4º; e

c) a emenda modificativa do artigo 1º para excluir de seu texto as expressões "e nº 8.429, de 02 de junho de 1992" e "e de improbidade" e adequá-lo à supressão do artigo 4º.

O texto do Projeto de Lei nº 265, de 2007 tem, hoje, portanto, apenas quatro artigos.

2 A "LEI DA MORDAÇA" É INCOMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Naturalmente Projeto de Lei nº 265, de 2007 é agraciado por alguns, principalmente membros do Poder Legislativo, mas muito criticado pela sociedade em geral.

Por exemplo, quando colocada em votação a emenda supressiva do artigo 4º original da proposta em análise que pretendia modificar a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade) para tornar crime a conduta temerária do membro do Ministério Público, votaram pela manutenção do artigo 4º os quatorze seguintes deputados: Augusto Farias, Neucimar Fraga, Paulo Maluf, Ayrton Xerez, Edmar Moreira, Efraim Filho, Felipe Maia, João Campos, Mendonça Prado, Urzeni Rocha, Francisco Tenório, João Carlos Bacelar, Laerte Bessa e Odílio Balbinotti. Votaram contra os vinte e oito deputados a seguir elencados: Antonio Carlos Biscaia, Benedito de Lira, Wilson Santiago, Cândido Vaccarezza, Colbert Martins, Eduardo Cunha, Geraldo Pudim, José Eduardo Cardozo, José Genoíno, José Mentor, Joseph Bandeira, Leonardo Picciani, Magela, Marcelo Guimarães Filho, Marcelo Itagiba, Nelson Pellegrino, Nelson Trad, Paes Landim, José Carlos Aleluia, Bonifácio de Andrada, Bruno Rodrigues, Paulo Magalhães, Roberto Magalhães, Silvinho Peccioli, Flavio Dino, Marcelo Ortiz, Carlos Abicalil e Luiz Couto.

Porém, todos esses membros da Casa Legislativa aprovam o Projeto em discussão, concordando com sua constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa.

Regis de Oliveira, em seu voto emitido em nome da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, no dia 04 de dezembro de 2007, antes, porém, das emendas, interpretou que a proposição tem por finalidade identificar o autor ou representante do Ministério Público que propõe ação com manifesta má-fé ou com objetivo de angariar promoção pessoal ou perseguição política e cria mecanismos sancionatórios para responsabilizá-los.

Em seu voto favorável à aprovação do Projeto de Lei nº 265, de 2007, sem mencionar qualquer emenda, argumentou que a má-fé é sempre repudiada pelo sistema jurídico brasileiro, sendo que "se houver possibilidade de identificação de elemento subjetivo a envolver o uso de mecanismos judiciais com o intuito de perseguição política ou promoção pessoal, deve haver a repulsa da ordem normativo", razões pelas quais entendeu que "deve ser prestigiada, em tudo e

por tudo, o comportamento nobre e no exercício de suas atribuições legais. O que daí extravasar, deve ser reprimido".

Silvinho Peccioli apresentou voto em separado no dia 15 de abril de 2008 para dizer que "na medida em que a demanda proposta é formulada por um operador do direito, o mínimo que se exige é que encontre amparo no plano jurídico material", sendo que caso as ações popular, civil pública e de improbidade administrativa não venham a ser propostas com responsabilidade, "a lei deverá mesmo tornar-se mais severa, conforme propugna a proposição em tela". Depois Silvinho Peccioli acabou votando contra o artigo 4º que versava sobre a ação de improbidade administrativa, mas se manteve favorável ao projeto.

Os argumentos dos demais parlamentares não divergem, em essência, dos aqui apresentados.

Já entre os juristas o entendimento é contrário à aprovação do referido projeto, e o argumento básico é a inconstitucionalidade da proposta, além de entendê-la desnecessária.

Sob qualquer ponto de vista salta aos olhos que a "Lei da Mordaca" fere o Estado Democrático instituído pela Constituição Federal de 1988 em muitos dispositivos.

Por primeiro, a proposta legislativa volta-se de forma expressa contra o membro do Ministério Público no exercício da sua função de manejar os instrumentos de proteção do patrimônio público, constitucionalmente assegurados no inciso III, do artigo 129, da Constituição Federal de 1988: "são funções institucionais do Ministério Público", dentre outras, "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Para Rodrigo Lago e Rodrigo Francelino⁵, "o Ministério Público é uma das mais importantes instituições do país", ainda mais depois da Constituição Federal de

⁵ LAGO, Rodrigo; FRANCELINO, Rodrigo. Lei da Mordaca: análise de constitucionalidade - um Ministério Público amordaçado e a inconstitucionalidade do projeto de lei do Maluf. Publicado em 31 de maio de 2005. Disponível em: <<http://washingtonbarbosa.com/2010/05/31/lei-da-mordaca-analise-de-constitucionalidade/>>. Acesso em 20 ago. 2010.

1988 que lhe conferiu poderes plenos para atuar em defesa dos interesses difusos como a ordem jurídica, o meio ambiente e o patrimônio público. No seu pensar, as modificações normativas propostas no Projeto de Lei nº 265, de 2007, servirão apenas para inibir a propositura de ações em defesa do patrimônio público, porque os promotores e procuradores poderão ficar com receio sobre a interpretação que possa ser dada à sua conduta, pois "basta que impliquem à estes a pecha de litigante de má-fé para torná-los criminosos e devedores de multa processual".

Não se está a defender, em absoluto, a irresponsabilidade ou incontrolabilidade dos atos praticados pelos membros do Ministério Público, porém essas condutas já são reguladas pelos textos legislativos vigentes, sem a necessidade da aprovação do Projeto de Lei nº 265, de 2007 para isso, tanto na forma de "crime de prevaricação" do artigo 319, do Código Penal quanto de infração disciplinar, de acordo com o artigo 236, da Lei Complementar nº 75, de 1993. Ademais, para Lago e Francelino⁶, embora em casos extremos, mas o Ministério Público pode ser acionado em regresso para ressarcir os cofres públicos (artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988). É suficiente, destarte, fazer cumprir as regras jurídicas já existentes⁷.

Sob outro enfoque, o Projeto de Lei nº 265, de 2007 viola a Constituição Federal de 1988 quando trata de modo diferenciado os membros do Ministério Público, uma vez que a proposta não abrange os magistrados e os advogados, ferindo, nesse particular, o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

⁶ LAGO, Rodrigo; FRANCELINO, Rodrigo. **Lei da Mordaca**: análise de constitucionalidade - um Ministério Público amordaçado e a inconstitucionalidade do projeto de lei do Maluf. Publicado em 31 de maio de 2005. Disponível em: <<http://washingtonbarbosa.com/2010/05/31/lei-da-mordaca-analise-de-constitucionalidade/>>. Acesso em 20 ago. 2010.

⁷ Neste sentido é interessante as explicações e constatações de Janice Agostinho Barreto Ascari (2010): "abusos pontuais de membros do Ministério Público - e afirmo que são raros os casos, considerando-se o universo de cerca de 20.000 membros do Ministério Público em todo o país - já encontram na Constituição Federal de 1988 e na legislação atual todos os mecanismos de combate. O suposto ofendido tem no ordenamento jurídico atual abundante instrumental necessário à reparação. Poderá, por exemplo, ajuizar ação de indenização por danos morais, ações criminais ou pedir que o membro do Ministério Público seja investigado na esfera criminal e/ou disciplinar. E assim será. O Ministério Público não foge à sua responsabilidade, mesmo quando eventual excesso é imputado a um de seus membros. O Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias locais têm sido firmes e rigorosos no controle externo, processando e punindo os faltosos e realizando correções e inspeções, ordinárias e extraordinárias, em todos os nossos gabinetes".

Fernando Capez⁸ (2010), por sua vez, pontua que a expressão "prática o ato de maneira temerária" não é compatível com o perfil do Estado Democrático de Direito na forma delineada pela Constituição Federal de 1988, "do qual emana o princípio da reserva legal".

Para este jurista, o Projeto de Lei nº 265, de 2007 é uma "estorrecedora violação" ao princípio da reserva legal que não se coaduna com tipos genéricos e por demais abrangentes de tipificação criminosa. A generalização da proposta em tela pode alcançar qualquer comportamento humano, dependendo apenas do interesse de quem o alega, desconstruindo a ordem estabelecida pelo sistema de garantias da legalidade.

Pior que isso, no seu pensar, é o alvo declarado da proposta, o membro do Ministério Público, com a clara intenção de "atingir e engessar a atuação de uma instituição que tem como missão constitucional precípua zelar pela ordem democrática"⁹.

Pedro Estevam Serrano destaca que já atuou muito, enquanto advogado, contra o Ministério Público e que de fato acontecem abusos por parte de membros do Ministério Público no exercício de suas funções, porém são apenas ocasionais, normalmente pessoais e provindos de uma minoria da instituição¹⁰.

Embora desejoso de mecanismos para facilitar seu trabalho, o citado advogado poderia defender o Projeto de Lei da Mordça de Paulo Maluf, porém, manifesta-se contrário porque "o projeto peca, a nosso ver, por evidentes inconstitucionalidades, além de seus eventuais equívocos de mérito".

Explica Pedro Estevam Serrano (2010) que o membro do Ministério Público quando propõe ação civil pública "atua em nome do Estado, como seu agente", ou seja, sua conduta não é pessoal, pois o direito de ação que exerce é

⁸ CAPEZ, Fernando. "**Lei da Mordça**": inconstitucionalidade. In: *Revista Jus Vigilantibus*, Terça-feira, 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43574>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

⁹ CAPEZ, Fernando. "**Lei da Mordça**": inconstitucionalidade. In: *Revista Jus Vigilantibus*, Terça-feira, 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43574>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

¹⁰ SERRANO, Pedro Estevam. **O projeto de lei da mordça do Ministério Público e a Constituição**. Publicado em 09 de abril de 2010. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63673>. Acesso em: 19 ago. 2010.

titularizado pela instituição estatal que representa. Quando comprovado mediante o devido processo legal abusa de seu poder ou pratica algum ato ilícito, deixa de exercer legitimamente sua competência legal e assume pessoalmente as responsabilidades.

Porém, o Projeto de Lei nº 265, de 2007, além de trazer conceitos indeterminados e extremamente amplos como "temerário", "intenção de promoção pessoal" e "perseguição política", também oferece ao juiz a competência para atribuir ao membro do Ministério Público sanção civil de caráter pessoal sem qualquer direito de defesa acerca da licitude de sua conduta. O inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 assegura o devido processo legal substantivo quando diz que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Ademais, existe a prerrogativa da presunção de legitimidade que precisa ser quebrada antes de atingir a pessoa do membro do Ministério Público, e isso se dá apenas e tão somente por decisão judicial que, para ser produzida, deve obrigatoriamente observar o devido processo legal e o direito de defesa na forma do inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Roberto Monteiro Gurgel Santos, presidente e em nome do Conselho Nacional do Ministério Público, expediu "Nota Técnica" no dia 05 de abril de 2010, reiterando o posicionamento contrário do Conselho Nacional do Ministério Público acerca do Projeto de Lei nº 265, de 2007, de autoria do Deputado Paulo Maluf. Depois de apresentar diversas razões que justificam o entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público, dentre elas a "grave violação ao devido processo legal e à ampla defesa", conclui que:

[...] o Projeto em análise compromete seriamente a liberdade de ação ministerial, criando obstáculos à promoção de demandas revestidas de inequívoco interesse público. Manejadas majoritariamente pelo Ministério Público, tais ações são instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito. A aprovação do Projeto de Lei referido não atende ao interesse público e à necessidade, amplamente reconhecida pela sociedade, de reforço dos mecanismos de controle dos atos dos agentes

públicos e de promoção dos mais relevantes valores da cidadania¹¹.

De fato, constranger a atuação do Ministério Público em sua missão de zelar pelo bem comum representa o rompimento de um dos principais esteios do Estado Democrático de Direito. Também a extensão ao membro do Ministério Público de pena pecuniária por litigância de má-fé nas ações civis públicas, na prática ofenderia importantes postulados constitucionais, a exemplo do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988). O objeto específico deste artigo é a análise da pretensa Lei da Mordação à luz do devido processo legal substantivo.

3 A "LEI DA MORDAÇÃO" À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

A interpretação da Lei da Mordação a partir dos preceitos do devido processo legal substantivo implica na prévia apresentação dos contornos definidores do conceito desse princípio.

No direito brasileiro, tanto o direito à ação quanto à tutela jurisdicional, por meio do devido processo, encontram amparo na órbita constitucional, nas disposições dos incisos XXXV e LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

No entanto, estas garantias estão entrelaçadas, não sendo possível conceber o direito de ação como mero pronunciamento jurisdicional sobre a pretensão deduzida pela parte. Ao direito de provocação da tutela jurisdicional segue a garantia do devido processo legal, como "aquele traçando previamente pelas leis processuais, sem discriminação de partes e como garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc"¹².

¹¹ SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Nota Técnica de repúdio à Lei da Mordação. Brasília, 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.substantivoplural.com.br/ministerio-publico-repudia-lei-da-mordaca/>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998 p.48; 53.

Entende-se por "garantias do devido processo legal" o conjunto de garantias constitucionais que, "de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição", garantias essas que não servem somente aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos ou poderes e faculdades processuais destas, mas que configuram, antes de tudo, "a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição"¹³.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, "a Constituição Federal de 1988 assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (artigo 5º, inciso XXXV)", sendo que "a justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil"¹⁴ das quais o Estado não pode declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos LIV e LV). Com efeito, é no conjunto dessas normas do direito processual os princípios informativos que inspiram o processo moderno são consagrados e "propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes".

Via de regra, a doutrina brasileira entende que todos os demais princípios processuais constitucionais atinentes ao processo civil possuem a sua gênese nesse princípio. Na opinião de Marcelo Abelha Rodrigues, o devido processo legal "é a fonte mediata ou imediata dos princípios judiciais existentes dentro de um sistema jurídico como um todo"¹⁵.

O devido processo legal é uma garantia do cidadão brasileiro, constitucionalmente prevista em benefício de todos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. Trata-se de um

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998p. 70

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 13. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.26.

¹⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed., v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.98.

"instituto jurídico que se traduz no direito fundamental que tutela, disciplina, limita e procedimentaliza a forma pela qual o Poder Público irá interferir na esfera de domínio privado do indivíduo"¹⁶.

É considerado o mais importante dos princípios, eis que assegurando este, resultará garantindo os demais princípios elencados na Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que não é o bastante que o membro da coletividade tenha direito ao processo; é imprescindível "a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada"¹⁷

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, como princípio constitucional, o devido processo legal "significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional"¹⁸.

Destarte, é possível notar o devido processo legal merece o título de mais importante dos princípios, pois uma vez que este seja devidamente assegurado, todos os demais resultarão garantidos.

O valor primordial do referido princípio consiste, assim, em impor o respeito às regras processuais atinentes às formas, à legitimidade das partes, à competência do juiz, às faculdades e aos deveres processuais, enfim, a todas as regras condicionantes de um instrumento completo, seguro e eficiente à melhor proteção dos direitos.

¹⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Análise do papel dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 70, novembro de 2007. P. 09.

¹⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 4. edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p.145.

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.56.

Nelson Nery Júnior¹⁹ adverte que a amplitude da cláusula do devido processo legal "tomaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil". Inobstante, é importante que sejam fixados os critérios de incidência do princípio em tela em suas diversas manifestações, mormente no que diz respeito aos limites dessa incidência, de modo que não torne "os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o Estado de Direito nem atende ao interesse público".

A doutrina brasileira²⁰, via de regra, define o "devido processo legal" nos sentidos genérico, material/substantivo (*substantive due process*) e processual/adjetivo (*procedural due process*).

O princípio do devido processo legal caracteriza-se, genericamente, pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, concebendo que, é nesse sentido genérico, amplo, que a locução vem expressamente adotada na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LIV) que trata da proteção da liberdade e dos bens.

Além do sentido genérico, tem caracterização bipartida: a) incidência substancial, eis que se manifesta em todos os campos do direito material (conteúdo ou matéria tratada na lei ou no ato administrativo, por exemplo: no direito administrativo manifesta-se através do princípio da legalidade, no direito privado exterioriza-se pelo princípio da autonomia da vontade) tem como objetivo evitar o excesso de poder do Estado sobre o cidadão; e b) processual, que significa o dever de propiciar ao litigante acesso efetivo à tutela jurisdicional. O devido processo legal, em sentido processual, embasa todos os demais princípios do processo (juiz natural, contraditório, de ter um defensor, decisão fundamentada, etc.)²¹.

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.71

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.63-70. GOMES, Luiz Fernando da Silveira. **As liminares no processo civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005. p.11-20

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.63. GOMES, Luiz Fernando da Silveira. **As liminares no processo civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005. p.15-16.

No mesmo sentido tipológico é a opinião de Alexandre de Moraes: "o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo", pois atua tanto na esfera material de tutela ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, assegurando-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa: "direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal"²².

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, respectivamente nos incisos LIV ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal") e LV ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes").

3.1 Devido processo legal substantivo (material)

O devido processo substantivo é tratado pela Constituição Federal de 1988 no inciso LIV, do artigo 5º, *in verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Assim sendo, no sistema jurídico brasileiro, o devido processo legal substancial está fundado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mormente em duas vertentes: o controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais e a garantia da igualdade substancial das partes no processo²³ (LUIZ NETO, 2007, p. 5).

O *substantive due process* (devido processo legal com conteúdo substantivo) figura como limite aos atos do Poder Legislativo, "no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, [...] um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir".

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pág 361.

²³ LUIZ NETO, Carlos. **O devido processo legal e a efetividade processual**: uma difícil relação. *In: Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 66, julho de 2007, 12 p. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocessos_carlosluiz.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2010. Pag. 5.

O conceito de "devido processo legal substantivo" está umbilicalmente atrelado ao exame da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público dirigidos à restrição de direitos materiais assegurados aos indivíduos²⁴, muito embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, enquanto princípios instrumentais da interpretação constitucional, idealizados pela doutrina e aderidos pela jurisprudência, não caracterizem apenas o devido processo substantivo, pois são elementos comuns a ambos os matizes do devido processo legal (adjetivo e substantivo).

De acordo com as constatações de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p.266-267), primitivamente o princípio da proporcionalidade dizia respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como "medida" para as restrições administrativas da liberdade individual. Posteriormente, o "princípio da proporcionalidade em sentido amplo", também conhecido por "princípio da proibição de excesso", foi erigido à dignidade de princípio constitucional²⁵.

O jurista português ressalta que "discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de Direito outros acentuam que ele está intimamente conectado com os direitos fundamentais" e finaliza expressando que na qualidade de regra de razoabilidade, desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de *common law*. Por meio dessa regra o juiz tenta avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de fato e a regra do precedente.

Na opinião de Osvaldo Alfredo Gozaíni²⁶ a garantia do devido processo substantivo está associada ao "princípio de razoabilidade das leis e outras

²⁴ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **O conteúdo jurídico do devido processo legal**: interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007. p.44.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. P 266-267.

²⁶ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. O conteúdo jurídico do devido processo legal: interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007. p.45.

normas ou atos públicos, ou ainda privados, como requisito de sua própria validade constitucional", conectando-se, também, com "o sentido de justiça nela contido, o qual implica, a sua vez, o cumprimento de exigências fundamentais de equidade, proporcionalidade e razoabilidade". O referido autor faz um contraste entre os conteúdos: dos atos editados pelo Poder Público, dos atos dos particulares e da Constituição.

Pedro Estevam Serrano destaca que já atuou muito, enquanto advogado, contra o Ministério Público e que de fato acontecem abusos por parte de membros do Ministério Público no exercício de suas funções, porém são apenas ocasionais, normalmente pessoais e provindos de uma minoria da instituição.

Embora desejoso de mecanismos para facilitar seu trabalho, o citado advogado poderia defender o Projeto de Lei da Mordaza de Paulo Maluf, porém, manifestasse contrário porque "o projeto peca, a nosso ver, por evidentes inconstitucionalidades, além de seus eventuais equívocos de mérito"²⁷.

Explica Pedro Estevam Serrano que o membro do Ministério Público quando propõe ação civil pública "atua em nome do Estado, como seu agente", ou seja, sua conduta não é pessoal, pois o direito de ação que exerce é titularizado pela instituição estatal que representa. Quando comprovado mediante o devido processo legal abusa de seu poder ou pratica algum ato ilícito, deixa de exercer legitimamente sua competência legal e assume pessoalmente as responsabilidades²⁸.

Porém, o Projeto de Lei nº 265, de 2007, além de trazer conceitos indeterminados e extremamente amplos como "temerário", "intenção de promoção pessoal" e "perseguição política", também oferece ao juiz a competência para atribuir ao membro do Ministério Público sanção civil de caráter pessoal sem qualquer direito de defesa acerca da à licitude de sua

²⁷ SERRANO, Pedro Estevam. **O projeto de lei da mordaza do Ministério Público e a Constituição**. Publicado em 09 de abril de 2010. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63673>. Acesso em: 19 ago. 2010.

²⁸ SERRANO, Pedro Estevam. **O projeto de lei da mordaza do Ministério Público e a Constituição**. Publicado em 09 de abril de 2010. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63673>. Acesso em: 19 ago. 2010.

conduta. O inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 assegura o devido processo legal substantivo quando diz que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Ademais, existe a prerrogativa da presunção de legitimidade que precisa ser quebrada antes de atingir a pessoa do membro do Ministério Público, e isso se dá apenas e tão somente por decisão judicial que, para ser produzida, deve obrigatoriamente observar o devido processo legal e o direito de defesa na forma do inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Outro aspecto de relevância do devido processo legal substantivo diz respeito ao seu entrelaçamento com o princípio da isonomia. Parte da doutrina, a exemplo de San Tiago Dantas²⁹, relacionam a questão atinente à razoabilidade das leis ao princípio da Igualdade. Para o citado autor, a lei em sentido formal deve ser dotada das características de generalidade e abstração, sendo que "estariam em rota de colisão com o *substantive due process* as regras editadas em desacordo com o princípio isonômico".

Em suma, o conceito de devido processo legal substantivo está umbilicalmente conectado aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia dos atos do Poder Público, notadamente quando estão dirigidos à restrição de direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Dentre os atos passíveis de controle sob o foco do aspecto material do devido processo, destacam-se os atos legislativos, cuja aferição de obediência ao devido processo dá-se também através do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário ³⁰.

²⁹ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. O conteúdo jurídico do devido processo legal: interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007. p.49.

³⁰ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. O conteúdo jurídico do devido processo legal: interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007.

3.2 A "Lei da Mordaza" e os limites impostos pelo devido processo legal substantivo

O preceito constitucional do devido processo legal substantivo fundamenta-se na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, atuando em duas vertentes: no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais e na garantia da igualdade substancial das partes no processo.

Pelo que consta no Projeto de Lei nº 265, de 2007, quem ajuíza ação popular e ação civil pública temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política deve ser responsabilizado civil e criminalmente (artigo 1º).

Mais adiante prevê que a sentença que ao apreciar o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária ou considerar que o autor ajuizou a ação com má-fé, intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas mais honorários advocatícios

Por fim expressa que na ação civil pública temerária ou for comprovada má-fé, finalidade de promoção pessoal ou perseguição política, haverá condenação da associação autora ou membro do Ministério Público ao pagamento de custas, emolumentos, despesas processuais, honorários periciais e advocatícios (artigo 3º).

Da análise conjunta dos referidos dispositivos, verifica-se que a intenção da proposta é intimidar os membros do Ministério Público e os demais legitimados, principalmente o Ministério Público, para que diante de alguma dúvida decidam não propor ações civil pública ou popular e dependendo da astúcia do intérprete, poderá ser punido até quem fizer uma comunicação de qualquer irregularidade no trato da coisa pública, aos órgãos competentes.

Se aprovado esse Projeto de Lei nº 265, de 2007, a sociedade brasileira perderá um dos principais instrumentos de garantia do devido processo legal substantivo,

traduzido no controle dos atos administrativos e legislativos pelo Ministério Público e pela sociedade em geral.

É preciso destacar, por exemplo, que a eventualidade do julgamento improcedente de uma ação civil pública não significa de pronto que a parte autora agiu de má-fé, com a intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política. Ademais, abusos pontuais dos membros do Ministério Público são raros, não justificando, de maneira alguma, modificações legislativas para conter esses desmandos. Além disso, como já visto, já existem no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos suficientes e eficientes para combater eventuais abusos nesse sentido.

Ao tratar do tema, Janice Agostinho Barreto Ascari cita o seguinte exemplo elucidativo:

Se o leitor ou o Deputado Paulo Maluf representarem ao Ministério Público, por entenderem que a autoridade X cometeu alguma irregularidade, o Ministério Público investigará os fatos e, havendo elementos suficientes, proporá a ação. Se a Justiça julgar essa ação improcedente, Ministério Público e representante, no caso o leitor ou o Deputado, serão punidos com o pagamento de dez vezes o valor das custas e emolumentos e pena de até dez meses de prisão. Assim mesmo: sem contraditório e sem observação do princípio da ampla defesa, que vale indistintamente para todos os cidadãos. Definitivamente, não é sobre esses pilares que repousa o Estado republicano e democrático de Direito³¹.

Parece cristalino que se o autor do Projeto de Lei nº 265, de 2007, corroborado por diversos outros parlamentares que o vem apoiando, tem a pretensão única de incutir no pensamento dos cidadãos e propagar no ideário comum, a afirmação errônea de que o Ministério Público se encontra acima da lei, ou que teme a Justiça, quando o Estado Democrático de Direito atribui a este órgão o dever de não ser amordaçado diante dos desmandos de políticos e servidores no exercício da Administração Pública.

³¹ ASCARI, Janice Agostinho Barreto. **Avaliação do movimento contra Lei da Mordaca**: nenhum membro do Ministério Público tem medo da Justiça. Publicado em 13 de abril de 2010. Disponível em: <http://washingtonbarbosa.com/2010/04/13/avaliacao-do-movimento-contralei-da-mordaca/>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

Desde que o direito constitucional tomou forma e foi difundido em escala mundial, a busca da realização do bem comum deve desenvolver-se nos parâmetros da Constituição e, como decorrência, as instituições estatais e os agentes públicos encarregados de exercer o ativismo administrativo do Estado têm o dever de respeitar a Constituição, observando seus princípios e valores.

Foi justamente para proteger os direitos e garantias constitucionais do cidadão, quando se evidencia claramente a concretização do princípio do devido processo legal substantivo, que o Ministério Público foi criado como órgão institucional vinculado ao ativismo Estatal em face da população em geral, destinado a exercer o controle das atividades da Administração Pública e a defender os interesses da coletividade assim considerada, como, por exemplo, o patrimônio público, os direitos do administrados, do consumidor, dos idosos, das crianças, dos estudantes, da imprensa, da saúde, da função social da propriedade, do meio ambiente, e muitos outros direitos que afetam não apenas um indivíduo, mas um grupo de pessoas.

A criação da instituição do Promotor de Justiça fundamenta-se na necessidade de existir instituições independentes, capazes de atuar em paralelo com os demais Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) para defender o cidadão inclusive dos próprios Poderes Estatais, contra descumprimento e violações dos direitos fundamentais. Para tanto, recebe da Constituição o poder-dever de fiscalizar o cumprimento das previsões constitucionais e legais e exigir que cessem as ilegalidades ou que sejam reparados os abusos decorrentes.

Portanto, foi o próprio constitucionalismo que exigiu a instituição de um Defensor do Povo para promover, defender e vigiar os direitos e garantias estabelecidos no texto constitucional. Para instituir o "Defensor do Povo", o Constituinte de 1988 aproveitou a estrutura do Ministério Público e inseriu dentre as funções do Promotor de Justiça a de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia" e "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio

ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (artigo 129, incisos II, e III, da Constituição Federal de 1988).

Desde então o Ministério Público brasileiro recebeu dentre as demais funções a de "defender o povo", com atribuições ao Promotor de Justiça no sentido de defender os interesses sociais, numa atuação que na prática é bastante abrangente já que é notável o distanciamento entre a prática, as normas legais infraconstitucionais e os preceitos constitucionais destinados a assegurar a concretização desses direitos.

Ressalte-se que o Ministério Público é um órgão de controle da atividade estatal, com poderes amplos de fiscalização e recomendação, mas não de aplicação de penalidades, ou seja, o Promotor de Justiça tem a função de requisitar a correção da violação de direitos ao órgão competente, não cabendo a si reparar e punir tais violações.

O que pretende o Projeto de Lei nº 265, de 2007 é justamente tolher essa função de "defensor do povo" atribuída ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988. Se aprovada, a "Lei da Mordaza" trará grande prejuízo à sociedade brasileira, porque na prática limitaria significativamente a atuação dos membros do Ministério Público no combate à tão indesejada corrupção e impunidade daqueles que administram o Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula geral do devido processo legal é um dos institutos jurídicos contemporâneos de maior amplitude e complexidade no sistema jurídico brasileiro que, em essência, autoriza o exame da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

O devido processo legal substantivo é tratado pela Constituição Federal de 1988 no inciso LIV, do artigo 5º, *in verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Destarte, o devido processo legal

substantial, no sistema jurídico brasileiro, está fundado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mormente em duas vertentes: o controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais e a garantia da igualdade substancial das partes no processo.

Não é preciso muita atenção perceber que a proposta "Lei da Mordça" em tela extrapola os limites impostos pelo devido processo legal substantivo nesses dois aspectos, além de um terceiro, quando pretende privar a pessoa do Promotor ou do Procurador de Justiça de seus bens sem o devido processo legal.

O Projeto de Lei nº 265, de 2007 ao tornar o juiz competente para julgar de plano a licitude do exercício do direito de ação pelo Ministério Público promove uma inversão de papéis, propondo uma hierarquia entre o Poder Judiciário e Ministério Público o que é inaceitável, já que a própria criação do Promotor de Justiça fundamenta-se na necessidade de existir instituições independentes na defesa do cidadão inclusive dos próprios Poderes Estatais.

Mas o que causa maior inquietude e até constrangimento e mesmo afronta direta à inteligência da sociedade brasileira é o fato de que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados Federais, cuja função é controlar preventivamente a constitucionalidade das proposições que tramitam no Legislativo, ter aprovado um Projeto de Lei totalmente contrário à ordem constitucional brasileira.

Inegavelmente pode acontecer que algum membro do Ministério Público venha a praticar condutas abusivas em ações temerárias, com má-fé, finalidade de promoção pessoal ou mesmo perseguição política, e esse comportamento não pode ser tolerado dentro de uma instituição criada para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia e promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Porém, existem mecanismos legítimos e eficientes para conter e responsabilizar esse tipo de atitude. Não consta dentre as preocupações da sociedade brasileira de hoje o excessivo abuso por parte dos membros do Ministério Público ao ponto de justificar uma mudança tão drástica que desmantelaria uma das maiores garantias dos cidadãos brasileiros que é o devido processo legal, refletindo na própria legitimação do Estado Democrático de Direito.

O Projeto de Lei nº 265, de 2007 é absolutamente inconstitucional e mesmo que fosse constitucional, é absolutamente inútil, como o é o gasto de dinheiro público com os inúmeros atos e seções realizados pela Casa Legislativa Federal para discuti-lo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASCARI, Janice Agostinho Barreto. **Avaliação do movimento contra Lei da Mordaca**: nenhum membro do Ministério Público tem medo da Justiça. Publicado em 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://washingtonbarbosa.com/2010/04/13/avaliacao-do-movimento-contralei-da-mordaca/>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **"Lei da Mordaca"**: inconstitucionalidade. *In: Revista Jus Vigilantibus*, Terça-feira, 13 de abril de 2010. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43574>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FALCÃO, Márcio. **Autor da "Lei da Mordaca", Maluf nega que projeto seja retaliação ao Ministério Público**. *In: Jornal Folha Online*, Brasília 06 de abril de 2010. Disponível em:

TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. "Lei da mordaca" e os limites impostos pelo devido processo legal substantivo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u717056.shtml>>. Acesso em 20 ago. 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Análise do papel dos direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 70, novembro de 2007.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **O conteúdo jurídico do devido processo legal:** interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Orientador Doutor José Roberto Vieira. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 25 mai. 2007.

GOMES, Luiz Fernando da Silveira. **As liminares no processo civil.** Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

LAGO, Rodrigo; FRANCELINO, Rodrigo. **Lei da Mordaca:** análise de constitucionalidade - um Ministério Público amordaçado e a inconstitucionalidade do projeto de lei do Maluf. Publicado em 31 de maio de 2005. Disponível em: <<http://washingtonbarbosa.com/2010/05/31/lei-da-mordaca-analise-de-constitucionalidade/>>. Acesso em 20 ago. 2010.

LUIZ NETO, Carlos. **O devido processo legal e a efetividade processual:** uma difícil relação. In: *Revista Virtual da AGU - Advocacia-Geral da União*, ano VII, nº 66, julho de 2007, 12 p. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocessos_carlosluiz.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. "Lei da mordaca" e os limites impostos pelo devido processo legal substantivo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed., v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Nota Técnica de repúdio à Lei da Mordaca. Brasília, 06 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.substantivoplural.com.br/ministerio-publico-repudia-lei-da-mordaca/>. Acesso em: 19 ago. 2010.

SERRANO, Pedro Estevam. **O projeto de lei da mordaca do Ministério Público e a Constituição**. Publicado em 09 de abril de 2010. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63673. Acesso em: 19 ago. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 13. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994.