

# PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

***A Constituição Interpretada  
pelo Conselho Superior  
de Direito da FecomercioSP***

Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins

VOLUME I

LUIS FERNANDO BARZOTO • J. BERNARDO CABRAL • NEY PRADO • IVES GANDRA DA SILVA  
MARTINS • MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO • SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG •  
CÁSSIO MESQUITA BARROS • MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES • RICARDO CASTILHO •  
AMÉRICO MASSET LACOMBE • ADILSON DE ABREU DALLARI • RUY MARTINS ALTENFELDER SILVA •  
CARLA BERTUCCI BARBIERI • ROBERTO ROSAS • DIRCÉO TORRECILLAS RAMOS

**FECOMERCIO SP**  
Representa muito para você.

  
CONSELHO SUPERIOR  
DE DIREITO  
FECOMERCIO SP

Handwritten notes in blue ink at the top of the page, including a large '12' and several illegible scribbles.

PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS  
RELEVANTES

***A Constituição Interpretada  
pelo Conselho Superior  
de Direito da FecomercioSP***

---




COORDENAÇÃO: Ives Gandra da Silva Martins

Handwritten blue ink mark resembling a stylized 'L' or '4'.

**FECOMERCIO SP**  
Representa muito para você.

Handwritten blue ink scribbles, including the number '12' and a signature.

  
CONSELHO SUPERIOR  
DE DIREITO  
FECOMERCIO SP

 **SESCSP**  

**Aqui tem a força do comércio**

## **FICHA TÉCNICA**

### **Realização**

Federação do Comércio de Bens, Serviços  
e Turismo do Estado de São Paulo - FecomercioSP

### **Presidente**

Abram Szałman

### **Diretor Executivo**

Antonio Carlos Borges

### **Coordenação**

Conselho Superior de Direito

*Presidente:* Ives Gandra da Silva Martins

### **Editora**

**FISCHER**

*Publisher:* Luciana Fischer MTB: 55961

*Editor chefe:* Marcus Barros Pinto

*Editor executivo:* Jander Ramon

*Editora assistente:* Selma Panazzo

*Editor:* André Rocha

*Revisão de texto:* Jandira Queiroz (coord.)  
e Irene Incao

### **Projeto Gráfico**

**TUTU**

*Editores de arte:* Maria Clara Voegeli  
e Demian Russo

*Chefe de arte:* Juliana R. Azevedo

*Designers:* Angela Bacon e Cristina Tiemi Sano

*Produção gráfica:* Clayton Cerigatto

**VOLUME I**

# SUMÁRIO

VOLUME I

<b>Apresentação</b>	7
ABRAM SZAJMAN	
<b>Prefácio</b>	9
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS	
<b>I. O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO: elementos para uma epistemologia democrática</b>	
<b>A relação entre verdade e opinião</b>	13
LUIS FERNANDO BARZOTTO	
<b>II. A CONSTITUIÇÃO DE 1988: avanços e retrocessos</b>	
<b>Uma conquista do povo</b>	39
J. BERNARDO CABRAL	
<b>A caminho da modernidade</b>	55
NEY PRADO	
<b>III. O EQUILÍBRIO DE PODERES</b>	
<b>Harmonia e independência dos Poderes</b>	93
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS	
<b>Presidencialismo exacerbado, Legislativo fragilizado e Judiciário politizado</b>	105
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO	
<b>IV. DIREITOS INDIVIDUAIS, SOCIAIS E POLÍTICOS</b>	
<b>Avanços e cuidados na proteção dos direitos</b>	121
SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG	
<b>Os direitos sociais</b>	163
CASSIO MESQUITA BARROS	
<b>Liberdade de expressão e liberdade de informação</b>	179
MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES	

V. **FEDERAÇÃO E PACTO FEDERATIVO**

***O federalismo brasileiro  
é algo a ser construído*** 211  
RICARDO CASTILHO

***O pacto federativo*** 231  
AMÉRICO MASSET LACOMBE

VI. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

***Avanços na legislação  
e na gestão com planejamento*** 263  
ADILSON DE ABREU DALLARI

VII. **PODER LEGISLATIVO**

***Poder Legislativo e fiscalização  
das contas públicas*** 287  
RUY MARTINS ALTENFELDER SILVA

VIII. **TRIBUNAIS DE CONTAS  
E FISCALIZAÇÃO DOS PODERES**

***Serviços sociais autônomos: princípios e  
regras constitucionáveis aplicáveis pelo TCU*** 303  
CARLA BERTUCCI BARBIERI

IX. **PODER JUDICIÁRIO**

***Direitos fundamentais e novas estruturas*** 333  
ROBERTO ROSAS

X. **PODER EXECUTIVO**

***Investidura que se adquire no dia a dia*** 361  
DIRCÉO TORRECILLAS RAMOS

# APRESENTAÇÃO

---

***Abram Szajman***

Após o longo período do autoritarismo militar, a população brasileira recebeu com muita esperança a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Desde então, nossa Carta Magna baliza o funcionamento do regime democrático e de seu complemento indispensável, a economia de livre mercado.

Decorridas mais de duas décadas, porém, muitas emendas constitucionais e mesmo decisões do Supremo Tribunal Federal causaram modificações no ordenamento jurídico nacional, que precisam ser mais bem conhecidas e assimiladas pela sociedade. Foi com o intuito de prestar mais esse serviço à coletividade que a FecomercioSP, por meio de seu Conselho Superior de Direito, organizou este compêndio que o leitor tem em mãos, elaborado por juristas conceituados.

O debate em torno dos temas aqui contemplados, que visamos estimular, certamente contribuirá para o aprimoramento da cidadania e o fortalecimento das instituições responsáveis pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

# PREFÁCIO

---

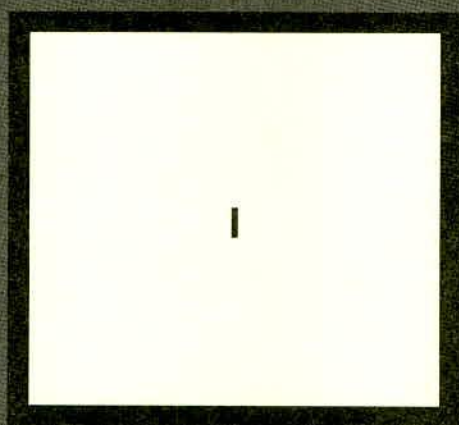
***Ives Gandra da Silva Martins***

Em reunião do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, decidimos elaborar um livro sobre os novos caminhos do Direito Constitucional a partir das emendas constitucionais e das recentes decisões do STF como legislador positivo sobre temas polêmicos.

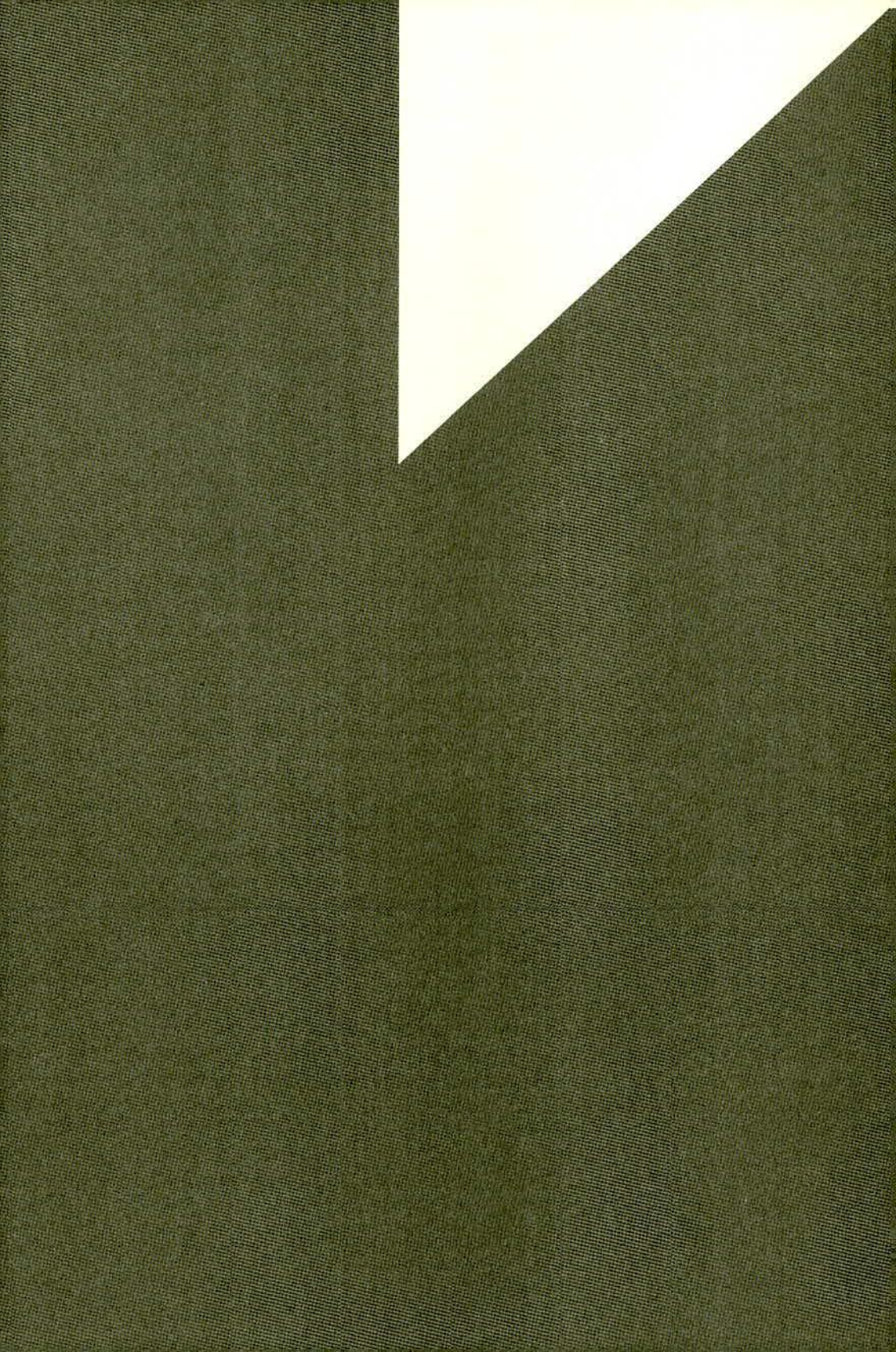
Convidamos conselheiros e outros constitucionalistas para escrever sobre todos os títulos da Lei Suprema, numa visão analítica e crítica, possibilitando um reexame do texto completo à luz da experiência, do conhecimento e da vivência dos autores sobre um roteiro preparado pela instituição.

Assim, o Conselho Superior de Direito acredita que a nova obra, destinada a universidades, tribunais, administração pública, empresas e sociedade em geral, atende ao principal desiderato da FecomercioSP, que é, a par da defesa dos interesses da categoria, ofertar permanente colaboração ao povo e aos poderes constituídos ao conformar os destinos de nossa terra e de nossa gente.

Portanto, com a certeza de que o Conselho Superior de Direito – que há 22 anos se debruça sobre os grandes temas jurídicos do País para discuti-los – permanece cumprindo sua missão, oferecemos ao público o livro *Princípios Constitucionais Relevantes: a Constituição Interpretada pelo Conselho Superior de Direito da FecomercioSP*.



O GUARDIÃO  
DA CONSTITUIÇÃO:  
elementos para uma  
epistemologia democrática



I

---

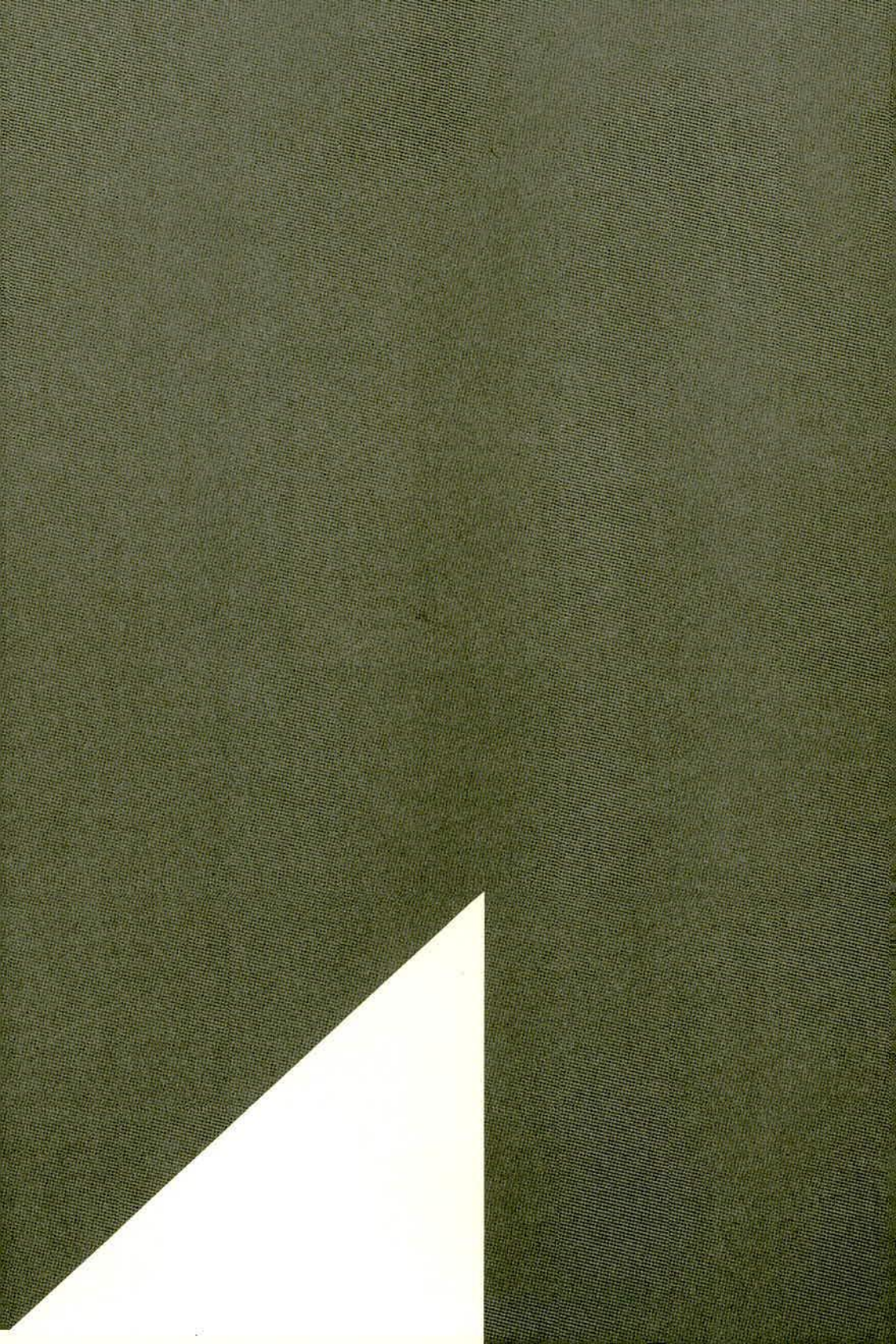
A RELAÇÃO ENTRE  
VERDADE E OPINIÃO

**LUIS FERNANDO BARZOTTO**

---

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor adjunto da Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) entre 1996 e 2004 e da PUJC-RS entre 1998 e 2007. É autor de *Filosofia do Direito, A Democracia na Constituição* e *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*.

---



## PRELIMINARES

---

Aristóteles diferencia o poder político (*politikos*) do poder despótico (*despotikos*). O primeiro se exerce em benefício de todos (*polis*) mediante o discurso (*logos*) entre iguais e é essencialmente público. O segundo se exerce em benefício do seu possuidor, mediante a força (*bia*), entre desiguais, e é essencialmente privado (*oikos*). Cornelius Castoriadis parafraseia historicamente a distinção aristotélica nos seguintes termos: o político como fenômeno do poder é universal, mas a política como atividade coletiva de questionamento da vida em comum é uma particularidade ocidental (Castoriadis, 2007, p. 32-33).

Isso significa que o político (ou, para Castoriadis, a política) não se identifica de modo imediato com a essência humana, a racionalidade que se expressa na linguagem, no logos. Ao contrário, o político é um modo de existência (e, como tal, contingente) em que a vida em comum é submetida ao questionamento coletivo. A existência política ocorre quando o comum (*to koinon*) (Vernant, 1990, p. 250) se torna objeto de um juízo. O termo grego para juízo é *krisis*, que significa também "conflito, crítica, separação, discernimento, crise" (Pereira, 1990, p. 333). Aproveitando a polissemia do ter-

mo grego *krisis*, pode-se dizer que o constitutivo da vida política é a crise, o conflito instaurado quando a comunidade é apropriada criticamente no juízo.

Ora, na história ocidental, todas as grandes experiências políticas foram acompanhadas da criação de uma instituição contramajoritária que pudesse revisar ou controlar os juízos elaborados pelo povo. Vamos chamar essa instituição de “guardiã da Constituição”. Assim, os grandes movimentos democráticos, ao lado das instituições de autonomia (voto, liberdade de expressão, representação popular, plebiscito, etc.), criaram uma instituição de autolimitação, a guardiã da Constituição.

Se existir politicamente significa existir na dependência de juízos que se pretendem verdadeiros, é função de uma constituição estabelecer a verdade que servirá como critério de avaliação dos juízos. Assim, viver politicamente é orientar o convívio pela verdade, uma verdade estabelecida precisamente pela Constituição. O papel do guardião da Constituição é tornar o povo consciente do seu vínculo com a verdade e com isso realizar a obra própria da Constituição: orientar a “obra comum” pela verdade, o que significa torná-la *política*. Ele o faz por meio de uma atividade conhecida como revisão constitucional ou controle de constitucionalidade: certos juízos políticos são anulados por serem inconsistentes com a verdade da Constituição.

A nossa tese é a de que o guardião da Constituição tem a paradoxal função de autorizar o povo desautorizando-o. Somente um povo que aceita ter suas decisões revisadas em nome de uma verdade que se coloca como *critério externo* de controle de suas decisões é que se vê confirmado na sua vontade de assumir a verdade como *critério interno* de suas deliberações. A revisão constitucional, ao desautorizar resultados democráticos pontuais, confirma a prática democrática como um todo. A função primordial do guardião da Constituição é *representar* a vontade de verdade do povo, a sua vontade de existir politicamente.

O objeto deste texto é tentar fornecer uma justificação epistemológica tanto da democracia como da guarda da Constituição, examinando o modo peculiar da verdade se manifestar nos juízos políticos: como opinião. A partir de uma análise da opinião, pretende-se demonstrar o caráter trágico da democracia, que não pode prescindir da verdade, mas também não pode estar seguro dela.

Os argumentos a seguir colocam-se no interior da tradição aristotélico-tomista.

## RAZÃO PRÁTICA E OPINIÃO

### Verdade e opinião

A tradição clássica distingue nos enunciados o conteúdo proposicional e a força assertiva. Nos juízos, deve-se diferenciar, portanto, uma dimensão objetiva ou o conteúdo de verdade e uma dimensão subjetiva, que indica o grau de adesão do sujeito à verdade da proposição. Uma mesma proposição pode ser afirmada com diferentes forças assertivas conforme o grau de segurança atribuído pelo sujeito à sua adesão ao conteúdo da proposição. Assim, temos quatro graus diversos de força assertiva: certeza, fé, opinião e dúvida (Llano, 1998). Para nossos fins, vamos nos concentrar na oposição entre opinião e certeza, já tematizadas na Grécia clássica na forma da oposição entre *doxa* e *episteme*. De fato, os gregos contrapunham a "*doxa, saber imperfecto y oscilante, a la episteme, conocimiento cierto y firme [...] (Llano, 1998, p. 62).*

A razão teórica estrutura-se como *episteme*, saber científico, que se expressa por meio de proposições certas: a sua verdade impõe-se de modo incondicional a todo sujeito cognoscente. A certeza das proposições científicas advém da evidência ligada às características próprias do objeto do saber científico, a necessidade e a universalidade: "A *episteme* é um juízo sobre o universal e o necessário" (Aristóteles, 1999).

Por outro lado, o juízo ligado a um objeto particular e contingente (objeto próprio da razão prática) só pode expressar-se como opinião, *doxa*. Segundo Aristóteles, "a opinião [...] tem por objeto o contingente", contudo, sendo "um tipo de enunciação", ela é qualificada como "verdadeira ou falsa" (Aristóteles, 1999). Na opinião, a força assertiva emprestada ao conteúdo proposicional é condicional, o que, em terminologia escolástica, se expressa como "temor" de que a proposição contrária seja verdadeira. É por isso que Aristóteles diz: "A opinião é insegura" (Aristóteles, 1988a). E o que inclina a razão a assentir a uma das alternativas da contradição é precisamente a vontade: "*El entendimiento presta su asentimiento no porque esté movido suficientemente por el propio objeto, sino que, tras una elección, se inclina voluntariamente por una de las partes con preferencia sobre la otra. Si presta ese asentimiento con duda y miedo de la otra parte, da lugar a la opinión (Aquino, 2003).*

A língua grega vincula opinião e aparência. Como lembra Hannah Arendt, *doxa* está relacionado com *dokei moi*, "daquilo

que me parece" (Arendt, 1993, p. 96). A opinião versa sobre uma proposição aparentemente verdadeira. Assim, o que move a vontade de assentir a uma proposição incerta é a aparência da verdade, a verossimilhança: "*La voluntad interviene em favor de una opinión porque la estima como verosímil*" (Llano, 1998, p. 61). Em termos mais precisos, o que aparece verossímil à razão a vontade faz com que esta assuma como verdadeiro. A vontade vê na verdade um bem e por isso inclina a razão a assentir àquilo que se assemelha à verdade. A opinião não é, portanto, "fantasia subjetiva e arbitrariedade" (Arendt, 1993, p. 96), mas uma afirmação sobre o mundo que se baseia no aspecto que este reveste para um sujeito que busca a verdade. Sem uma "vontade de verdade", a verossimilhança é irrelevante e a opinião deixa de existir, dando lugar à "fantasia subjetiva".

Assim, o que define a opinião é o fato de ela ser, conscientemente, um juízo sobre a aparência da coisa, e não sobre a "coisa em si". Daí o caráter essencialmente refutável e revisável de toda opinião. Como ela é sempre mediada pela aparência, outros pontos de vista, isto é, outras opiniões, sempre podem revelar mais aspectos da coisa, levando à maior aproximação da verdade. Por depender do modo como o objeto aparece ao sujeito, a opinião se quer verdadeira, mas não se sabe verdadeira: a opinião mostra-se assim, um modo inseguro e provisório de "estar na verdade".

### **Razão prática e opinião**

A razão prática, tendo como objeto a ação, e esta sendo particular (Aristóteles, 1999) e contingente, deve assumir como sua forma própria a opinião.<sup>9</sup> Para manifestar o caráter "opinativo" do saber prático, é útil examinar o juízo prático mais importante, aquele que comanda diretamente a ação, o chamado "juízo último" ou "decisão". Com efeito, se concebemos a razão prática como um esforço deliberativo que se dá a partir da contraposição de argumentos, o que permite encerrar o processo? Como se dá a passagem da troca de palavras à "palavra final" sobre a ação em exame? Como afirma Gadamer, "cada palavra exige outra; também a palavra final, que em realidade não existe" (Gadamer, 1998, p. 61). A razão prática é infinita: os argumentos a favor e contra estabelecem somente o que pode ser o conteúdo proposicional de uma decisão, mas não transforma qualquer proposição em "palavra final" ou "juízo último" ou "decisão" sobre o tema. Isso significa que o processo deliberativo não é capaz, por si só, de conferir a uma sentença o caráter de "conclusão". Entregue a

si mesma, a razão prática deliberativa é inconclusiva. Ora, o que permite “sair” do círculo dialético entre asserções e contra-asserções é um ato de vontade:

*La razón deliberante no concluiría por sí misma un juicio práctico último: en efecto, puede multiplicar hasta el infinito la consideración del pro y del contra. Para concluir la deliberación es precisa la intervención de la voluntad racional, con la que el sujeto asume un juicio práctico particular como suyo propio y lo hace ser el último (Lopes apud Bulnes, 1997, p. 114).*

Ora, uma proposição que depende da vontade para ser afirmada contra a sua negação é, por definição, uma opinião. No âmbito da razão prática, ou seja, no âmbito da política, da moral e do direito, estamos às voltas com opiniões. Como vimos anteriormente, isso não significa que não seja possível enunciar a verdade no âmbito da ação, mas que essa verdade só pode ser afirmada de forma condicional precisamente por meio de uma opinião.

### **Verdade prática e opinião**

Na tradição clássica, “o bem da razão é a verdade” (Aristóteles, 1999), tendo a verdade a seguinte formulação: “Falso é dizer que o ser não é ou que o ‘não ser’ é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o ‘não ser’ não é” (Aristóteles, 1991b). Esta definição aplica-se igualmente à verdade almejada por uma opinião prática, isto é, uma opinião enunciada pela razão prática: “O bem da razão prática é a verdade prática” (Aristóteles, 1999).

Deve-se distinguir duas dimensões da verdade. A primeira, chamada de “adequação”, tem a ver com a correspondência entre o pensamento ou o enunciado que o expressa e a realidade. A segunda, que podemos chamar de “dimensão reflexiva ou de reflexão”, diz respeito à consciência do pensamento ou do enunciado que o expressa ser adequada à realidade, ou ao grau de assentimento que a razão pode conferir ao conteúdo da proposição. Assim, “dois atos da razão devem ser considerados: um pelo qual se apreende a verdade sobre algo [...]; e outro é o ato pelo qual a razão assente àquilo que apreendeu” (Aquino, 2003).

Na dimensão de adequação da verdade prática, deve-se ter presente que ela incide “sobre o objeto da ação, sobre o *praktón*, e sobre esse objeto inteiro, fim e meios. A obra do intelecto prático é dizer a verdade sobre o fim e sobre os meios” (Gauthier e Jolif, 1970, p. 449). A opinião prática é verdadeira se enuncia o meio apropriado

para obter um bem real para o sujeito. Ela teria a seguinte fórmula: "A ação x na circunstância y é um bem".

Na dimensão reflexiva, o assentimento ao conteúdo de um juízo prático deve ser movido pela vontade, o que caracteriza precisamente a opinião. O assentimento da razão à verdade de uma proposição não é imposto pela evidência desta, mas é um ato movido pela vontade. Essa é uma diferença da dimensão reflexiva da verdade teórica, em que a proposição científica é afirmada com certeza. A peculiaridade da verdade prática é esta: assim como a verdade teórica, pretende adequação com o mundo, mas, ao contrário dela, está consciente de que não pode afirmar com certeza sua adequação ao mundo.

Isso significa que o juízo prático (salvo em casos excepcionais)<sup>2</sup> contém em si "uma possibilidade constitutiva de erro" por ter o estatuto de opinião. Isso sujeita a reta razão, a razão prática que aspira à verdade prática, a "constante correção" na direção de uma aproximação crescente à verdade, de modo que se pode dizer que a *recta ratio* é, estritamente falando, uma "*correcta ratio*", uma razão constantemente corrigida (Inciarte, 1974, p. 183).

### **Autoridade e opinião**

Como a opinião não deriva sua validade de uma evidência racional intrínseca, isto é, sua verdade não se impõe ao sujeito, seu conceito não pode ser determinado a não ser por um recurso à noção de autoridade, que permite transpor o hiato entre o verossímil e o verdadeiro. A opinião é uma proposição à qual é atribuída *autoridade*, ou seja, a adesão a ela é decorrente de sua confiabilidade, e não de sua demonstrabilidade. A aparência de verdade da proposição a torna digna de confiança como expressão de como as coisas são: ainda que não se possa saber se as coisas são assim, pode-se *confiar* que são assim.

Ao passo que demonstração gera a certeza e o poder exige submissão, a autoridade reclama apenas crença, confiança e fidelidade, conceitos expressos pelo termo latino *fides*. A certeza e o poder possuem um caráter coercitivo, não admitindo contestação ou resistência, mas a autoridade é livremente aceita: não há como compelir à confiança. Tomemos o exemplo banal de uma prescrição médica: "A doença x do senhor y exige o tratamento z". Se, para o médico, essa proposição se reveste de um alto grau de certeza pelo seu conhecimento do nexó entre a doença e o tratamento, para o paciente, em geral se trata de uma opinião na

qual ele deposita sua confiança. Do ponto de vista do paciente, a prescrição é apenas verossímil, isto é, aparece como verdadeira em virtude do seu autor, isto é, ela vale como uma opinião na qual o paciente *quer* acreditar, mas não se impõe a ele nem pela evidência racional (certeza), nem como uma imposição de vontade por parte do médico (poder).

A partir desse exemplo, pode-se explorar a dupla etimologia do termo latino *auctoritas* para determinar de modo mais preciso o conceito de autoridade. *Auctoritas* está ligada etimologicamente aos termos *auctor* (“autor”) e *augere* (“aumentar”) (*Beneviste, 1995, p. 150-152*). A prescrição médica recebeu um acréscimo/aumento de confiança na sua verdade em virtude do seu autor, o médico.

A justificação da fidelidade de uma conduta (“seguir um tratamento”) em relação a um parecer médico não vem da certeza sobre a sua eficácia, nem da submissão a um poder, mas do fato de que a prescrição é verossímil em função do seu autor. Por não ser evidente, o verossímil gera crença, e não certeza. Ora, quem acredita *quer* acreditar: “Crer depende da vontade de quem crê” (*Aquino, 2003*). Um ato de vontade é necessário para preencher o hiato entre a verossimilhança e a verdade. A dúvida é superada por uma decisão que assume o verossímil como verdadeiro. Superação aqui tem algo a ver com a célebre *Aufhebung* hegeliana. Aquilo que é superado dialeticamente não é suprimido, mas conservado. A dúvida não é suprimida pelo ato de vontade: ela é mantida conscientemente pelo sujeito como algo que não pode ser anulada pelo exercício da razão e precisamente por isso exige a intervenção da vontade. Aquilo que apenas aparece como verdadeiro por um ato de vontade é *afirmado* como verdadeiro, é *autorizado* pela vontade.

### **Autoridade e razão prática**

Sabemos que, nos problemas práticos da vida cotidiana: “*La alternativa fundamental [...] no es entre bien y el mal. Esta es más bien la alternativa extrema. La alternativa fundamental es la de lo mejor y lo peor*” (*Inciarte, 1974, p. 213*). Ou seja, a deliberação versa sobre o confronto entre o bem x e o bem y, sendo um deles o melhor para o agente nessa situação concreta, e o outro, o pior. Ambos formam o conteúdo de opiniões contrapostas, nas quais aparecem como bens que suscitam a atenção do agente e o convidam a uma escolha.

Após o exame crítico das opiniões, a escolha incidirá sobre a opinião mais verossímil, ou seja, aquela que mais aparenta ser verdadeira. Deve-se notar, como diz Aristóteles, que “o bem é aquilo que para cada um lhe aparece como tal: para o homem bom (*spoudaios*), o que é verdadeiramente tal; para o mau, qualquer coisa [...]. O que distingue o homem bom é ver a verdade em todas as coisas, sendo ele [...] a regra e a medida delas” (Aristóteles, 1999). O ponto de vista do *spoudaios* ou do homem dotado de razão prática, o prudente, é que constitui o critério que autoriza o juízo: “A virtude é um estado habitual que dirige a decisão, consistindo em um justo meio relativo a nós, cujo critério é a regra moral, isto é, a mesma que seria determinada pelo prudente” (Aristóteles, 1970).

Assim, para Aristóteles, o bem, ou no caso, o melhor, é aquilo que aparece como tal para o *spoudaios* ou o prudente. Isso significa que o agente só pode se inclinar a uma das alternativas na medida em que atribui a si mesmo a visão do *spoudaios*. A sua decisão de tomar uma determinada opinião como guia para a ação depende de investir a si mesmo como instância competente para o juízo prático: o agente afirma a si próprio como regra e medida da ação. Seu juízo é uma proposição autorizada: ele confia que a ação que lhe aparece como boa o é na verdade, porque confia que nesse momento ele é o tipo de agente cujas opiniões devem ser aceitas como verdadeiras. Como prudente, o agente é o autor da regra que deve valer para o caso.

O paradoxo aqui é que somente aquele que mantém a dúvida sobre a sua própria condição de prudente é que pode pretender ser tal: “A prudência é, em primeiro lugar, prudência diante de si mesma” (Inciarte, 1974, p. 205). Para Aristóteles, só aquele que desconfia de si mesmo pode confiar em si mesmo: “Nas questões importantes, nos fazemos aconselhar de outros porque desconfiamos de nós mesmos” (Aristóteles, 1999). O fato de se fazer aconselhar por outros, desconfiando da própria prudência, revela a posse da qualidade da docilidade, a docilidade, que é justamente, como indica São Tomás de Aquino, um dos traços da virtude da prudência (Aquino, 2003). Igualmente, Aristóteles adverte que devemos estar atentos “diante do agradável e do prazer, porque não o julgamos com imparcialidade” (Aristóteles, 1999). Ora, como “*la virtud y el vicio moral se refieren a los dolores y placeres*” (Aristóteles, 1999), essa desconfiança diante de si mesmo é permanente.

Assim, todo juízo prático depende de uma dupla opinião: a primeira, sobre a ação: “A ação x na circunstância y constitui um bem”. A segunda opinião, por sua vez, incide sobre a própria condi-

ção do agente: “Eu sou aquele que tem condições de afirmar que a ação x na circunstância y constitui um bem”. Este último juízo deve ser considerado uma opinião, porque é impossível que o agente tenha certeza de que ele tem o grau de prudência necessário para fazer frente a um caso que exija deliberação. Ou seja, ele possui uma opinião acerca de si mesmo, e somente se faz digno dessa *opinião* ao manter a dúvida que lhe é intrínseca: “Serei eu um prudente?”. O agente coloca-se como autoridade à medida que se desautoriza, isto é, quando assume a possibilidade de não ser um prudente.

O agente sabe que possui somente uma opinião e que o hiato entre o verossímil e o verdadeiro só pode ser superado pela vontade, e não pela razão. Sabe, portanto, que toda pretensão da razão de ser reta é sempre uma pretensão que não pode ser avaliada de um modo cabal: a razão aqui é tão contingente quanto seu objeto. Tem-se a situação descrita por Wittgenstein ao comentar como alguém pode saber que está seguindo uma regra: “*Se isso significa: ‘Tenho razões’, então a resposta é: ‘Logo não terei mais razões’. E agirei então sem razões*” (Wittgenstein, 1991, p. 211).

A citação de Wittgenstein não deve ser entendida como uma apologia do decisionismo. Somente após ter apreciado as razões, ou seja, após submeter a exame a verdade do verossímil, é que o agente pode *confiar* que o que se lhe apresenta como verdadeiro pode ser assumido como tal. A disposição de deixar-se orientar por razões manifesta a inclinação da vontade de deixar-se guiar pela verdade, isto é, serve como índice de proximidade da verdade do que aparece como verossímil.

## **POLÍTICA E OPINIÃO**

---

### **Política e juízo**

Ao definir o homem como animal político, Aristóteles salienta duas características: a comunidade entendida como “obra comum” e a comunidade nos juízos avaliativos sobre a vida comum.

Em primeiro lugar, a diferença específica de “político” aplicada à definição de “homem” identifica o ser humano como uma

espécie que não pode ser classificada entre os animais solitários e os animais gregários. São animais gregários, por exemplo, as pombas, os cisnes, os atuns. E são animais políticos os que realizam uma obra comum (*koinon ergon*) (Höffe, 2008, p. 214), o que não ocorre sempre com os animais gregários. Pertencem a essa categoria o homem, a abelha, a vespa, a formiga, o grou” (Aristóteles, 1992). Assim, a politicidade no homem significa que a própria comunidade não é dada, mas resulta da colaboração de todos os membros: a comunidade não é meramente o dado da coexistência, mas o que é construído como “obra comum”.

O segundo elemento que compõe a politicidade do homem, a posse do *logos*, é apresentado na *Política*, livro I. Ali, Aristóteles afirma que “o homem é um animal político em um grau mais alto do que uma abelha”. Isso porque não somente a própria comunidade é o resultado da ação conjunta, mas porque a comunidade se torna objeto do *logos*:

*El hombre, es entre todos los animales el único que tiene palabra (logos). La voz (phoné) es señal de pena y de placer, y por esto se encuentra en los demás animales [...]. Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto y de otras cualidades semejantes, y la participación común en estas percepciones es lo que constituye la familia y la ciudad (Aristóteles, 2000).*

O homem é mais político que os outros animais políticos porque tem o *logos*, a palavra na qual ele pode expressar o seu juízo sobre a comunidade. Nesse sentido, a pólis é “mais comum” que uma colmeia de abelhas, porque a comunidade se dá em dois níveis: na obra comum e no juízo sobre a obra comum. Com efeito, o objeto visado pelo *logos* é a própria comunidade. Esta é colocada em questão por meio de juízos avaliativos: bem/mal, conveniente/nocivo e justo/injusto. O *logos* manifesta a percepção individual do que é comum, mas, ao ser comunicada, essa percepção é confrontada com outras percepções. A comunidade é constituída por esse confronto de percepções e juízos (Wolff, 1999, p. 86-91).

Ora, ao passo que a voz expressa somente o subjetivo, o que não pode ser partilhado – a dor e o prazer, a palavra tem uma pretensão de verdade, de expressar as próprias coisas: “Verdadeiro é o discurso que revela as coisas como elas são” (Aristóteles, 1988b). Assim, veicular a percepção individual no *logos* é sujeitá-la à fi-

nalidade deste, expressar o mundo, dizer a verdade. Desse modo, a existência política, entendida como constituída pelo discurso, é essencialmente um modo de existência “sob a verdade”. A política se revela como a dimensão da amizade/inimizade mais radical entre as pessoas: em torno da verdade e da pretensão de estar na verdade ocorre a unidade mais profunda entre seres racionais, mas também os conflitos mais intensos.

### **Opinião, maioria e verdade**

A *pólis* é o conjunto dos cidadãos, e o cidadão é aquele que participa nas deliberações comuns que ocorrem na *Ekklesia*, “assembleia do povo” (Aristóteles, 2000), na qual a opinião que é sustentada pela maioria deve ser tomada como expressão da cidade. Como toda opinião, ela vale em virtude do seu conteúdo de verdade. Cabe ao conjunto dos cidadãos *dizer* a cidade, e dizê-la em uma opinião verdadeira.

Para fundar a política, Aristóteles deve então estabelecer a conexão entre maioria e verdade para fundar a autoridade da opinião da maioria. Ou seja, é necessário estabelecer se o que aparece à maioria como verdadeiro pode ser assumido como tal.

Aristóteles estabelece a *autoridade* da verossimilhança da opinião majoritária com considerações sobre a afinidade entre o homem e a verdade e o caráter apropriado do diálogo como modo de alcançar a verdade. De fato, se “todo homem tem qualquer coisa de particular a contribuir com a verdade” (Aristóteles, 1991a), ainda “que essa contribuição pouco ou nada acrescenta ao conhecimento da verdade, todavia, da união de todas as contribuições individuais decorre um resultado considerável” (Aristóteles, 1991b). Assim, o juízo compartilhado pela multidão é um juízo autorizado, porque “os homens são *por natureza* capazes de verdade e, na maior parte dos casos, alcançam a verdade” (Aristóteles, 2006). Se a natureza “nada faz em vão” (Aristóteles, 2000), seria insólito que ela dotasse o homem da faculdade da razão, e a razão fosse incapaz de alcançar seu fim/bem próprio, a verdade.

A partir dessas considerações, um estudioso da obra de Aristóteles pode dizer “que o homem tem uma espécie de disposição natural à verdade; graças a isso, a concórdia é não apenas condição necessária, mas também indício quase suficiente da verdade” (Berti, 1998, p. 138).

No plano da verdade como adequação, o autor da opinião mais correta, ou seja, mais próxima da verdade, é a maioria.

Mas continuamos no contingente: os juízos da maioria são opiniões e, como tais, sempre verossímeis, mas nunca cabalmente verdadeiras. Estão autorizadas por seu autor, mas não podem ultrapassar a contingência da *doxa*. Por isso, são intrinsecamente revisáveis. O povo volta a apreciar as mesmas questões, porque sabe que não possui *episteme* sobre esses assuntos. E mais: sabe que não há *episteme* sobre a ação. A verdade prática nunca está garantida. Mas essa consciência é precisamente o que permite a deliberação constante e a aceitação de novas opiniões. O espaço da pólis se mantém à medida que os debates são sempre inconclusivos no que diz respeito à certeza da verdade do seu resultado.

Do ponto de vista da dimensão reflexiva da verdade, a recusa em pretender estar na posse definitiva da verdade é o que autoriza politicamente a maioria. A opinião da maioria é autorizada pelo fato de a maioria assumi-la como revisável. Ela não pretende ser um órgão da vontade geral que “não pode errar” como em Rousseau. Se a maioria pretende apenas um assentimento condicional às suas decisões, isso aumenta a verossimilhança política de suas opiniões. Na medida em que não aspira uma prudência definitiva é que pode receber a confiança de ter prudência. A maioria torna-se um sujeito da reta razão quando aceita que sua razão seja corrigida.

### **A tentação majoritária**

Para o poder da maioria ser político (*politikos*) e não despótico ou tirânico (*despotikos*), ela deve renunciar à tentação de toda maioria, pensar a vida em comum como resultado de um mero ato de vontade sem pretensão de verdade, de uma mera decisão do mais forte.

De fato, essa tentação está ligada à democracia desde sua gênese. Segundo Gustav Glotz, a tomada de decisões pela contagem de votos surgiu na pólis grega como uma instituição que permitia antecipar o resultado de uma guerra civil sem derramamento de sangue (Glotz, 1979, p. 50). Contar votos significava quantificar a força disponível pelos partidos em disputa, outorgando a vitória ao mais forte, ou seja, ao partido mais numeroso, sem necessidade de um conflito armado. Mas, se esse fosse o único fundamento para o governo da maioria, este não seria senão a tirania da maioria.

Aqui se faz necessária uma instituição para “fazer provável o que é improvável” (Atria, 2008, p. 209). Que o mais forte considere ter

necessidade de razões para exercer o poder, isso é altamente improvável, dada a condição humana. É por isso que a pólis se previne contra si mesma lançando mão de uma instituição que a impeça de decair do político no despótico: o guardião da Constituição.

Ora, a democracia diferencia-se da tirania da maioria por pretender ser o regime em que o povo não tem somente o *poder*, mas também a *autoridade* por sua dupla relação com a verdade.

A opinião da maioria autoriza-se por uma vinculação e uma desvinculação com a verdade. Em primeiro lugar, a opinião da maioria é mais verossímil, dada a inclinação de todo homem à verdade. A opinião da maioria deve ser assumida como a mais próxima da verdade. Em segundo lugar, a maioria é autorizada pela sua desvinculação com a verdade: se a opinião da maioria está, *prima facie*, próxima da verdade, ela não é a verdade, mas apenas uma tentativa de estar na verdade, uma tentativa que está consciente da possibilidade de frustração.

## **O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES DO POLÍTICO**

---

A função do guardião da Constituição é representar a dupla relação da opinião política com a verdade, vinculação e desvinculação.

Em primeiro lugar, a revisão constitucional de uma decisão popular, operada argumentativamente, tem o sentido imediato de que o povo pode errar: a argumentação do guardião da Constituição tem por finalidade tornar patente esse erro. Embora isso possa parecer trivial, ela explicita a ideia de que a atividade política não trata imediatamente de interesses, de “vontade geral”, de acordos entre grupos, mas de inscrever a vida comunitária na dimensão do *logos*. E o *logos*, o discurso, é verdadeiro ou falso: decisões corretas são opiniões verdadeiras, decisões incorretas são opiniões falsas.

A atividade do guardião da Constituição, ao proceder a uma revisão constitucional, mantém o sentido do juízo político: alcançar a verdade sobre o bem da comunidade, a verdade prático-política. Se os juízos políticos não podem ser verdadeiros ou falsos,

qual a justificativa de uma revisão constitucional argumentativa? Os argumentos do guardião possuem que tipo de objeto ou objetivo? O controle argumentativo de constitucionalidade só se justifica na medida em que se assume que podem existir opiniões políticas falsas, e estas não devem vincular a comunidade. A atividade de revisão constitucional sempre foi pensada e experimentada como uma atividade extraordinária: desse modo, ela confirma a maioria como a autora ordinária das opiniões mais verossímeis. A existência de um guardião da Constituição que intervém excepcionalmente vincula a maioria com a verdade na dimensão de adequação. O que aparece como verdadeiro (adequado à realidade) à maioria pode ordinariamente ser assumido como verdadeiro por todos.

Mas a tarefa da revisão constitucional tem também a função de desvincular, na dimensão reflexiva, o juízo político da verdade. Para o cidadão, o juízo político entendido como opinião tem o estatuto apenas de verossímil. Ele almeja ser verdadeiro, mas não é conhecido com certeza como verdadeiro. Isso torna os juízos políticos essencialmente refutáveis e revisáveis. A revisão constitucional operada pelo guardião da Constituição torna isso manifesto: aquilo que aparecia como verdadeiro à maioria pode mostrar-se como falso quando novamente submetido à argumentação. Assim, a revisão constitucional desvincula o verossímil do verdadeiro. Do ponto de vista da dimensão reflexiva, mantém-se a distância do juízo político em relação à verdade.

O guardião da Constituição, pela sua mera existência, conserva a autoridade da maioria ao mantê-la nos limites do político. Sua função é mais representar do que agir: ele representa a vontade do povo de referir suas opiniões à verdade.

Por aceitar ter seus juízos revisados por um órgão não majoritário, a maioria dá o sentido de obrigatoriedade das suas próprias decisões: elas não valem por ser a expressão da vontade do maior forte ou da liberdade do maior número de indivíduos, elas valem por serem *verdadeiras*. Se por um processo argumentativo do órgão que funciona como guardião da Constituição for explicitada a sua falsidade, seus juízos deixam de valer para a totalidade da comunidade. Esse é o elemento *positivo* da opinião: a pretensão de estar na verdade, entendida como adequação à realidade.

Do mesmo modo, ao recusar que o que se apresenta como verdadeiro seja de um modo cabal verdadeiro, a maioria aceita que um órgão não majoritário, o guardião da Constituição, revi-

se seus juízos. Como eles são considerados pela maioria apenas como opiniões, estas podem mostrar-se falsas diante de uma argumentação mais rigorosa. O paradoxo da autoridade na razão prática torna-se aqui manifesto: a maioria é confiável porque desconfia de si mesma. Seus juízos podem ser assumidos como verdadeiros porque são reconhecidos apenas como verossímeis. Porque a maioria renunciou à posse certa da verdade é que se pode confiar nela como estando próxima da verdade. Aqui temos o elemento *negativo* da opinião: na dimensão reflexiva da verdade, manifesta-se a consciência da insegurança da maioria quanto à verdade de sua opinião.

Os elementos positivo e negativo da opinião configuram os limites do político e estabelecem seu domínio como juízo contingente: o limite inferior é dado pela vinculação da opinião com a verdade. Sem respeitar esse limite, o político não seria possível. Fora da verdade não há discurso: o comum passa a ser regido pelo mutismo da violência. O limite superior é dado pela renúncia à certeza. Sem essa renúncia, o político não seria necessário, pois seria substituído pela ciência ou pela técnica. Respeitar o limite superior de uma verdade inabarcável significa aceitar o risco do político, o risco de ter de escolher por não poder saber.

## **CONCLUSÃO**

---

O que torna provável a improbabilidade de uma maioria pensar em suas decisões em termos de opiniões verdadeiras é a existência do guardião da Constituição. A função deste é *representar* a relação entre verdade e opinião ou, mais precisamente, a vontade do povo de sujeitar a vida em comum a opiniões verdadeiras.

Para cumprir essa função de representação, o guardião da Constituição deve ter as seguintes características: caráter contramajoritário; caráter colegiado e deliberativo; caráter político; caráter revisor.

### **Caráter contramajoritário**

Para autorizar a maioria, o guardião deve ser independente dela.

### **Caráter colegiado e deliberativo**

Opiniões e deliberações só podem ser “corrigidas” por outras opiniões e deliberações.

Obviamente, isso é válido para os períodos de normalidade. Nos períodos de exceção, o que está em causa não é a correção da deliberação, mas a manutenção fática da possibilidade de deliberar, o que torna inadequado um órgão colegiado para fazer frente à situação. Por isso, em Roma, a função de guardião durante os períodos de exceção era confiada a um órgão monocrático, o ditador, função que nos períodos de normalidade era exercida pelo Senado. Essa é a razão que leva um pensador da exceção, com Carl Schmitt no horizonte de exceção da República de Weimar, a propor o chefe de Estado como guardião da Constituição (*Schmitt, 1981*).

### **Caráter político**

Ao estabelecer as relações entre verdade constitucional e opinião, o guardião estabelece um limite *político* ao poder político. A ilusão amplamente difundida de que é possível ter um guardião da Constituição como um órgão jurídico deve atribuir-se à “dominação legal” moderna. Como, segundo Weber, a fonte de legitimidade do poder político contemporâneo está no direito positivo, temos a ideia de que um órgão que aplique o direito, um “tribunal”, é capaz, com argumentos jurídicos e exercendo uma racionalidade jurídica, de limitar o poder invocando “normas jurídicas” sobre “*liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana*”, etc. (*Weber, 1992, p. 30*).

Ainda que esse tipo de ingenuidade seja natural no contexto da dominação legal, não se pode esquecer do truismo de que “o direito constitucional possui caráter político” (*Schmitt, 2001, p. 101*). Para traçar um paralelo no contexto do século XIX europeu, no qual a dominação tradicional ainda está amplamente presente, a função de guardião da Constituição é atribuída a um órgão legitimado tradicionalmente, o monarca constitucional, o “poder moderador” de que nos fala Benjamin Constant (*Schmitt, 1981, p. 203-211*).

O caráter político do guardião se manifesta pela ausência da qualidade de “coisa julgada” de suas decisões. Um órgão jurisdicional se define pela coisa julgada. Mas não há coisa julgada em matéria constitucional. Só há decisões “finais” no direito, não na política.

### **Caráter revisor**

Cabe ao povo fazer os juízos verdadeiros sobre a existência coletiva. Ao guardião da Constituição cabe apenas indicar quais os juízos são falsos. Ele não pode dar conteúdo à verdade constitucional, mas apenas indicar, em um caso concreto, que determinado juízo popular é incompatível com a verdade constitucional. Seu papel permanente é similar ao da situação eventual de um médico que, em um caso concreto, pode apenas afirmar a ineficácia de determinado tratamento, sem poder afirmar qual seria o tratamento adequado. A situação imprópria e provisória do médico, a de poder apontar quais os juízos são falsos sem ter condições de afirmar qual juízo seria verdadeiro, é a situação própria e permanente do guardião da Constituição: ele deve apenas revisar os juízos falsos. Preferir juízos verdadeiros cabe ao povo.

Voltamos à relação entre os conceitos expressos pelos termos gregos *krisis* e *koinon*. Longe de suprimir a crise do comum constitutiva do juízo político, o guardião da Constituição mantém essa crise ao manifestar institucionalmente que a verdade orientadora da deliberação coletiva nunca é apreendida de modo definitivo. Assim, o guardião da Constituição tem o papel de afirmar que “o povo está nu”, que ele não pode revestir suas opiniões de uma verdade cabal. Com isso, é preservado o espaço da opinião, daquilo que deve ser escolhido por ser verossímil sem ser conhecido como verdadeiro, mas *acreditado* como tal.

## NOTAS

---

<sup>1</sup> "No aristotelismo, a ação necessariamente está envolvida com opiniões que o agente tem; se suspensõessemos todas as nossas opiniões, não poderíamos agir" (Zingano, 2008, p. 171).

<sup>2</sup> Podemos distinguir entre juízos práticos deliberativos e não deliberativos. Os primeiros demandam uma deliberação e são essencialmente opiniões. Os segundos, por sua evidência, dispensam deliberações por serem certos. Nestes casos, excepcionais na vida moral, política e jurídica, os juízos práticos não são opiniões, revestindo-se de certeza (Michelon, 2006).

<sup>3</sup> Optamos por utilizar a tradução de Gauthier e Jolif (1970, p. 45), porque a utilização da expressão "regra" para traduzir logos deixa mais claro ao leitor contemporâneo a ideia de que o ponto de vista do prudente é o critério da virtude, ainda que outros aspectos do pensamento aristotélico fiquem obscurecidos com essa tradução.

<sup>4</sup> Conforme a célebre definição de Carl Schmitt: "La distinción política específica [...] es la distinción de amigo y enemigo" (Schmitt, 1999, p. 56).

## BIBLIOGRAFIA

---

**AQUINO**, Tomás de. *Suma teológica*. Trad. Gabriel C. Galache e Fidel Garcia Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2003, 2 vols.

**ARENDT**, Hannah. *A dignidade da política*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

**ARISTÓTELES**. *Éthique à Nicomaque*, v. 1. Trad. R. A. Gauthier e Y. Jolif. Louvain: Publications Universitaires, 1970.

\_\_\_\_\_. *Segundos analíticos*. Em ARISTÓTELES. *Tratados de lógica*, v. 2. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988a.

\_\_\_\_\_. *Sobre la interpretación*. Em ARISTÓTELES. *Tratados de lógica*, v. 2. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988b.

\_\_\_\_\_. *Éthique à Eudème*. Trad. Vianney Décarie. Paris: Vrin, 1991a.

\_\_\_\_\_. *Metaphysique*. Trad. Jean Tricot. Paris: Vrin, 1991b.

\_\_\_\_\_. *Investigación sobre los animales*. Trad. Julio Bonet. Madrid: Gredos, 1992.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicómaco*. Trad. Julián Marias. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

\_\_\_\_\_. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior et al. Lisboa: Imprensa Nacional, 2006.

\_\_\_\_\_. *Política*. Trad. Antonio Gómez Robledo. México: Unam, 2000.

**ATRIA**, Fernando. *La forma del derecho*. Santiago, 2008.

**BENVENISTE**, Émile. *O vocabulário das instituições indo-europeias*. Campinas: Unicamp, 1995.

**BERTI**, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 1998.

**BULNES**, María Elton. *Lógica, vida afectiva y verdad práctica*. Santiago: Universidad de Los Andes, 1997.

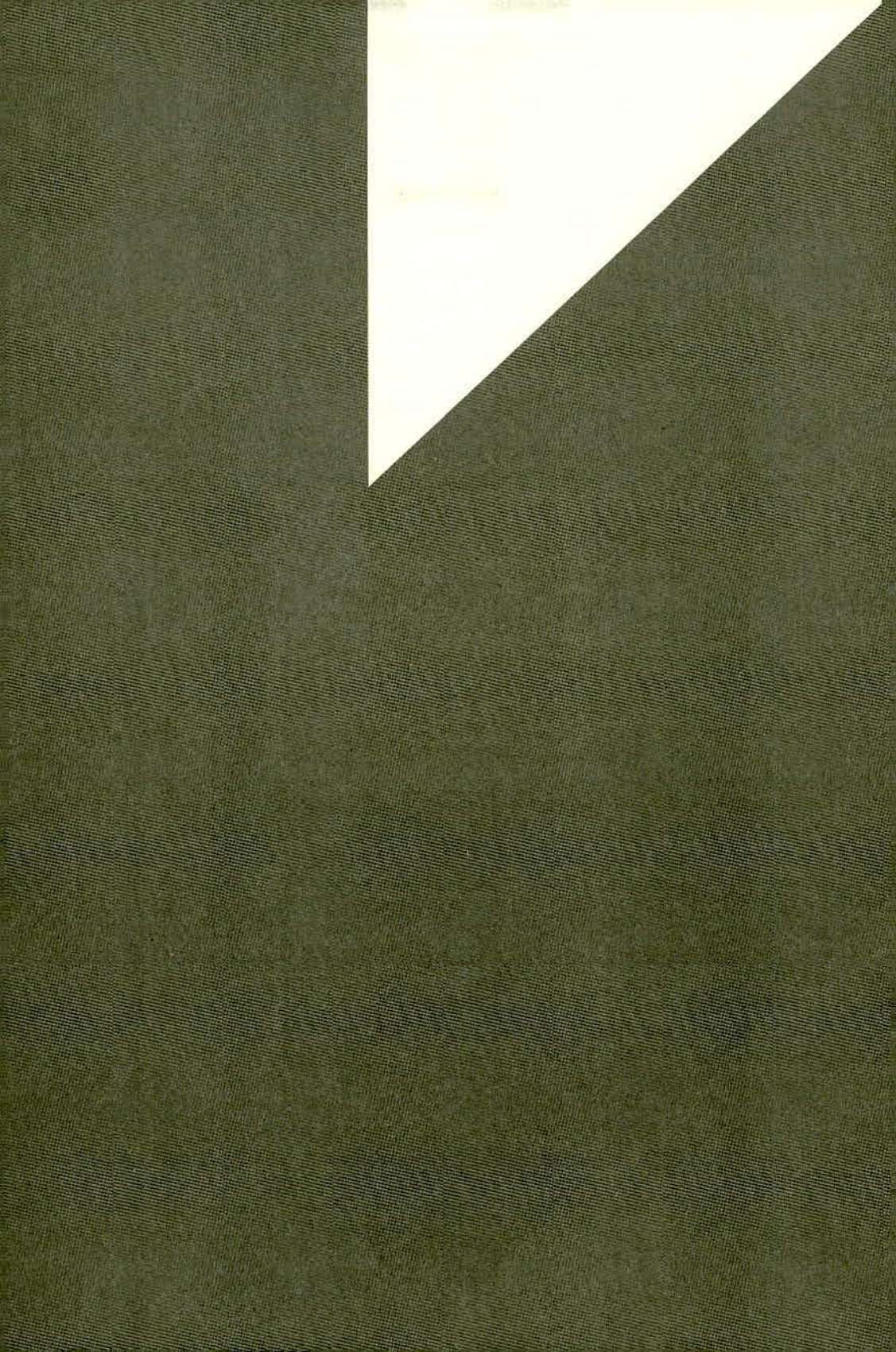
**CASTORIADIS**, Cornelius. *Democracia y relativismo*. Madrid: Trotta, 2007.

**GADAMER**, Hans-Georg. *En conversación con Hans-Georg Gadamer*. Madrid: Tecnos, 1998.

**GAUTHIER, R. A. & JOLIF, Y.** *Commentaire*. Em ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*, v. 2. Louvain: Publications Universitaires, 1970.

**GLOTZ**, Gustav. *A cidade grega*. São Paulo: Difel, 1979.

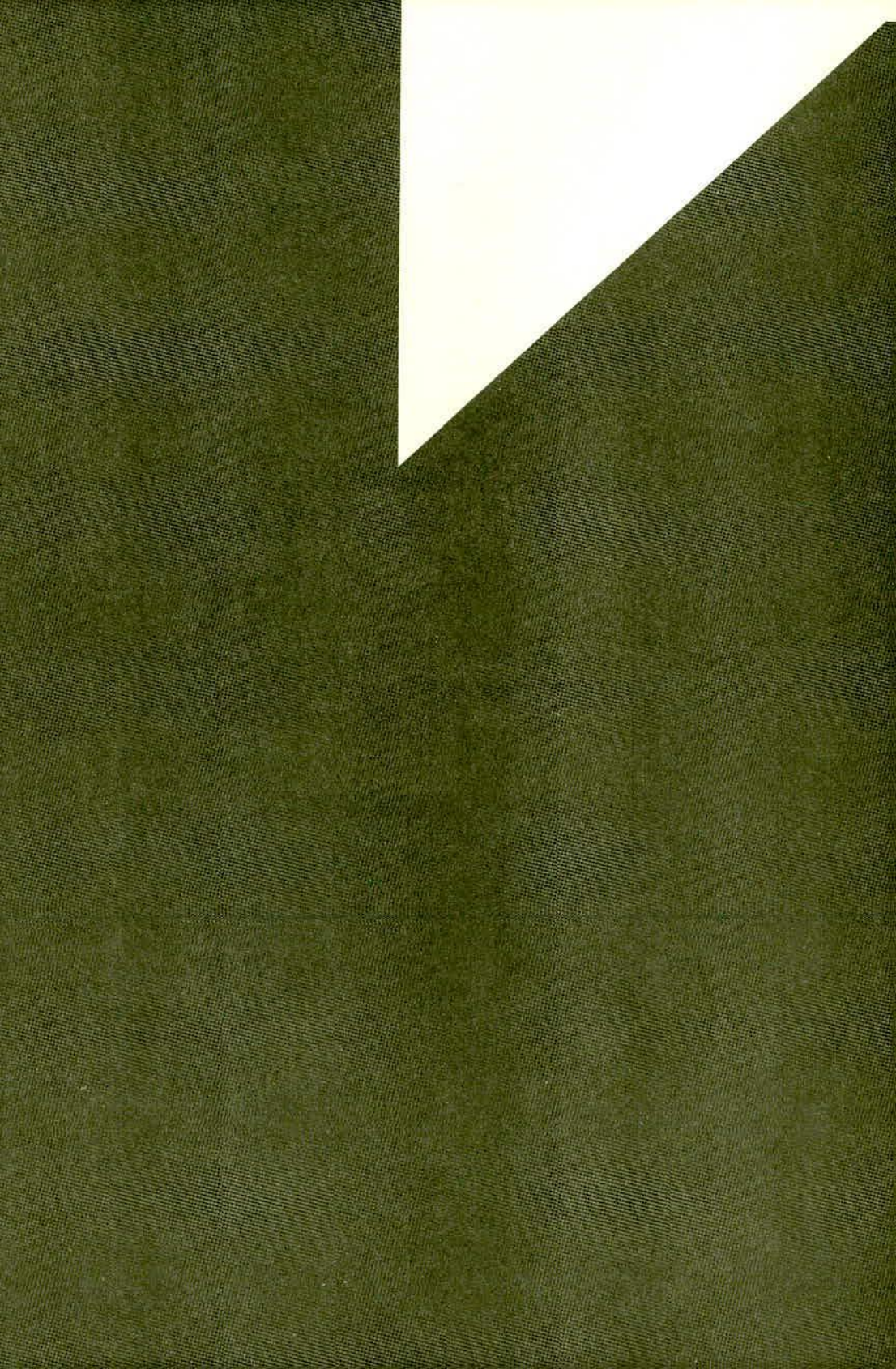
- HÖFFE**, Otfried. *Aristóteles*. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- INCIARTE**, Fernando. *El reto del positivismo lógico*. Madrid: Rialp, 1974.
- LLANO**, Alejandro. *Gnoseología*. Madrid: Eunsa, 1998.
- MICHELON**, Claudio. *Being Apart from Reasons*. Springer: Dordrecht, 2006.
- PEREIRA**, Isidro. *Dicionário grego-português*. Braga: Livraria Apostolado da Imprensa, 1990.
- SCHMITT**, Carl. *Il custode della costituzione*. Milão: Giuffrè, 1981.  
\_\_\_\_\_. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.  
\_\_\_\_\_. *El imperialismo moderno en el derecho internacional público*. Em AGUILAR, Hector Orestes (org.). Carl Schmitt, teólogo de la política. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- VERNANT**, Jean-Pierre. *Mito e pensamento entre os gregos: estudos de psicologia histórica*. Trad. Haiganuch Sarlian. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- WEBER**, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- WITTGENSTEIN**, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1991.
- WOLFF**, Francis. *Aristóteles e a política*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.
- ZINGANO**, Marco. *Comentários*. Em ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea*. São Paulo: Odisseus, 2008.





II

A CONSTITUIÇÃO  
DE 1988:  
*avanços e retrocessos*



II

---

## UMA CONQUISTA DO POVO

**J. BERNARDO CABRAL**

---

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (1981-1983). Relator-Geral da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Ministro de Estado da Justiça (15/3-9/10/1990). Senador. Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (1997-1998 e 2001-2002). Consultor da Presidência da Confederação Nacional do Comércio (desde fevereiro de 2003). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2005). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Amazonas (2009). Membro efetivo da Academia Internacional de Direito e Economia (2010).

---



Devo iniciar ressaltando que não é possível oferecer um testemunho a respeito dos “avanços e retrocessos” da Constituição Federal de 1988 sem a abordagem de algumas análises e reflexões em derredor de como foi elaborado o seu texto.

Como é do conhecimento de todos, um longo e amadurecido processo de meditação sobre os mais lídimos anseios nacionais encontrou há quase 23 anos seu engalanado coroamento. Àquela altura, após mais de ano e meio de estudos e discussões, veio à lume a Constituição democrática, há tanto tempo reclamada e esperada.

Vale lembrar que a sua promulgação só ocorreu depois de muitos sofrimentos e tensões, pondo fim a uma longa noite que se havia abatido, decorridos 20 anos, sobre a história brasileira. A partir daí, passamos a respirar o ar saudável e vivificante das liberdades públicas e civis, enfim restauradas, já que a longa era de autoritarismo e a prolongada fase de transição que lhe sucedeu receberam, então, o selo que as qualifica como etapas históricas superadas para a formação de nossa cidadania.

Em função de especulações desairosas, que ora surgem aqui e acolá, se torna imperioso lembrar o contexto em que foi construída a nossa Lei Maior, nos idos de 1987 e 1988. Assim, o primeiro ponto a destacar diz respeito ao perfil do órgão ao qual foi

atribuída a feitura do pacto fundamental. Diversamente do que antes ocorrera, e até em contrariedade ao que era desejado por alguns, deliberou-se por partir do nada para a elaboração de uma Lei Maior. Preferiu-se, à solida estaca de um anteprojeto – formulado por um jurista ou uma comissão deles –, a abertura da senda constituinte a partir do próprio povo, seus anseios, suas ideias, suas necessidades, suas convicções.

Algumas centenas de brasileiros receberam mandato, neste embutida a representatividade constituinte. E como essa legitimação era haurida e conferida sem limitações, que não as do próprio ato convocatório, decidiu-se pelo mais difícil e mais autêntico: estruturar aos poucos, tijolo sobre tijolo, piso sobre piso, o grande edifício da Constituição. Abriu-se mão da comodidade do pré-moldado e das estruturas pré-fabricadas em nome da realização da edificação mais conforme à realidade do Brasil e dos brasileiros.

Uma vez mais estava o Brasil mobilizado para a tarefa de elaborar uma nova Carta Magna. Tratava-se de reordenar democraticamente o País após a ruptura da ordem constitucional, e a importância, para a sociedade brasileira, de uma Constituição democraticamente votada era evidente para todos. Sem ela, os valores fundamentais em que se deve basear a sociedade estão permanentemente ameaçados. Uma Constituição deve espelhar o estado atual das relações sociais, mas, ao mesmo tempo, deve servir de instrumento para o progresso social.

Para tanto, elegeu-se um método a ser utilizado pelo Congresso constituinte, que privilegiou a espontaneidade das contribuições em vez de adotar um texto inicial, como disse antes, a partir do qual trabalharíamos. Essa metodologia era extremamente controversa em razão de suas características democráticas. Realizou-se amplo levantamento das aspirações nacionais, expressas pelos constituintes e também pelo próprio povo por meio das emendas populares. Nesse estágio, o objetivo era ter um documento que refletisse a consciência da maioria do povo.

Assim, foi montada uma estrutura composta de subcomissões e comissões temáticas, que dariam uma visão da realidade brasileira que se mostrou específica e necessariamente parcial. Como resultado, temos hoje um documento no qual as diversas partes refletem diferentes posicionamentos ideológicos e, portanto, de difícil articulação numa proposta unificada. Tratou-se, porém, apesar das críticas suscitadas, de um trabalho extremamente profícuo, que permitiu que soubéssemos aquilo que setores majoritários da sociedade tinham a propor.

Nesses palcos setoriais, transcorreu a primeira etapa do grande esforço: justapondo ideias, amalgamando propostas, formulando textos, as subcomissões foram construindo a parte que lhes cabia da engenharia constituinte. Seus trabalhos não eram um “*diktat*” setorial: pelo contrário, eles eram submetidos a intensas discussões entre os constituintes, dissecados em assembleias públicas (com enorme participação popular, diga-se), estudados em cuidadosos pareceres e, afinal, votados em sessões de grande atividade e, por vezes, eletrizantes.

Aliás, essa era uma tônica do Congresso naqueles dias, como até a mídia repetidamente assinalou: os corredores estavam repletos de populares, cidadãos, que circulavam de um gabinete ao outro, de uma comissão a outra, abordando constituintes, convocando-os a ouvirem suas ideias e aspirações, numa sadia prática lobista, bem diversa das que por vezes se registram nesta República. Aliás, essa era a marca daqueles dias: vivia-se uma República, um momento em que a atividade política era *res publica*, “coisa de todos”, de todos nós, brasileiros. Nesse sentido, é oportuno evidenciar que a participação da cidadania, aqui relemburada, foi um poderoso vetor de atuação popular, aplacando iras e ressentimentos, transformando-os em energia positiva, construtiva, participativa. E, como tal, a participação em causa foi um valioso instrumento de concretização da transição democrática, delicada etapa de nossa história, ainda inconclusa.

Em 7 de abril, foram constituídas as comissões e subcomissões encarregadas de estudar os assuntos de interesse nacional e das matérias que constariam da futura Constituição. Foram criadas comissões temáticas: da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; da Organização do Estado; da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo; da Organização Eleitoral, Partidária e das Garantias das Instituições; do Sistema Tributário, do Orçamento e das Finanças; da Ordem Econômica; da Ordem Social; da Família, da Educação, da Cultura e dos Esportes, da Ciência e da Tecnologia; da Comunicação. Cada uma delas foi dividida, num total de 24 de subcomissões.

A partir de 12 e 13 de abril, as subcomissões deram início às suas reuniões e começaram a receber sugestões de entidades de classe, de associações comunitárias e sindicatos, além das sugestões dos próprios parlamentares, seus membros ou não.

Cerca de 10 mil sugestões foram apresentadas, sendo 6 mil de parlamentares e mais de 3 mil de entidades. Após essa primeira fase de estudos nas subcomissões, foi elaborado o texto de um

anteprojeto que foi submetido aos membros destas, recebendo cerca de 1.500 novas emendas.

Após o dia 15 de maio, numa segunda fase, foi preparado o texto final de cada subcomissão e encaminhado para a respectiva Comissão Temática.

De 22 a 25 de maio, esses anteprojetos foram remetidos às comissões que então começaram a receber emendas (aproximadamente 5 mil) não só dos parlamentares, como das entidades associativas. O trabalho dos parlamentares, nas duas fases – de Subcomissão e de Comissão – foi incessante. A partir daí, todo esse esforço foi enviado à Comissão de Sistematização, que apresentou, no dia 26 de junho, a primeira versão do texto compatibilizado. Finalmente, em 11 de julho, a Comissão aprovou o Projeto de Constituição.

Nesse instante, surgia a indagação de insuperável relevo, cuja origem é de fácil equacionamento: algumas centenas de constituintes, refletindo não só os vínculos da representação, mas também suas convicções pessoais, não poderiam produzir oito projetos que, pela simples adição de um a outro, formassem uma Constituição.

Era imprescindível, agora, “costurar” os textos setoriais, dar-lhes unidade, coerência e interação.

Ademais, na junção dos projetos parciais, poderiam ser detectadas soluções conflitantes ou até mesmo lacunas. Para o enfrentamento de todos esses problemas, havia a Comissão de Sistematização. E nela me coube, por eleição bastante disputada, a relatoria, ou seja, o encargo de relatar o Projeto da Constituição, executando todas as medidas de técnica legislativa e fundamentação jurídica para a apresentação à Assembleia Constituinte do Projeto acabado, apto a ser votado, emendado e aprovado. Mas isso era apenas o começo.

Ao relator, também caberia, por injunção regimental, dar parecer às emendas formuladas, apresentando um novo texto de projeto, com incorporação das que foram aprovadas. Relembre-se que, nas sucessivas etapas de votação, foram produzidas mais de 40 mil emendas, afora mais de uma centena de emendas populares, todas exigindo e recebendo estudo e parecer. E não é só: com frequência, como fruto das votações, produziu-se o que se decidiu denominar de “buracos negros”, pontos que, da rejeição, seja do Projeto, seja das emendas, restavam não disciplinados.

Sempre que assim se dava, competia ao relator, por meio de delicadas e demoradas negociações e entendimentos políticos, descobrir e viabilizar uma solução.

Enfatiza-se o ponto: todo o labor de relatar uma Constituição é, a um só tempo, técnico e político. E, no ângulo político, o trabalho significa a todos ouvir, contatar autoridades de todos os poderes de Estado, de todos os níveis da Federação, atender ao empresariado e aos operários, às entidades e aos indivíduos e até mesmo aos que, embora não sendo brasileiros, por nosso país têm afeição.

O trabalho do relator se dividiu assim em duas fases distintas. A primeira foi a de organizar as propostas das comissões temáticas, eliminando, na medida do possível, as contradições lógicas, mas não discutindo seu mérito, nem procedendo a mudanças no sentido do documento. Como resultado, elaborei meu parecer propondo um Projeto de Constituição cujas partes foram resultados de visões de mundo distintas, de relatores que esposavam filosofias políticas opostas. Em consequência disso, o documento padeceu de graves inconsistências.

Na segunda fase, a apresentação de um substitutivo pelo relator foi crucial para que tivéssemos uma constituição adequada às necessidades do País e em torno da qual fosse possível formar um apoio que garantisse sua aprovação. Sabíamos que, em alguns pontos, seria inviável a obtenção de um consenso. Tivemos, todavia, a confiança de que seria possível um acordo em torno dos interesses nacionais na maior parte dos artigos. Dispunhamos de lideranças capazes que nos permitiram articular o necessário consenso para que esse trabalho fosse recompensado.

Desejavamos uma Constituição fruto desse consenso, sintética, moderna e adaptada ao nosso país, uma organização do Estado que refletisse o grau de organização atingido pela sociedade brasileira nos últimos anos. Como presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tive o privilégio de participar desse esforço, quando associações, sindicatos e entidades se desenvolveram de forma impar.

Sumariamente, esse foi o trabalho. Cabe, por isso, ressaltar:

**///** A Assembleia Nacional Constituinte teve a sua instalação em 1.º/2/1987.

**///** A elaboração do Regimento interno em 24/3/1987.

**///** O funcionamento das 24 subcomissões de 7/4 a 25/5/1987.

**///** O funcionamento das 8 comissões temáticas de 26/5 a 15/6/1987.

**///** De 17/6 a 18/11/1987, o funcionamento da Comissão de Sistematização e do Plenário para discussão e apresentação de

emendas. Realizadas 123 reuniões da Comissão. Produzidos 5 textos para discussão, emendas e votação na Comissão. Apresentadas 35.111 emendas, das quais 122 populares.

**///** Em 27/1/1988, votação do Projeto em primeiro turno. Apresentadas mais 2.045 emendas (reforma regimental de iniciativa do autodenominado grupo político "Centrão").

**//** Realizadas 119 sessões e 732 votações.

**//** Tempo de trabalho: 476 horas e 32 minutos.

**///** De 1.º/7 a 2/9/1988, votação do Projeto em segundo turno.

**//** Apresentadas 1.834 emendas.

**//** Realizadas 38 sessões.

**//** Tempo de trabalho: 142 horas e 10 minutos

**///** De 13 a 22/9/1988, votação da redação final.

**//** Apresentadas 833 emendas com o objetivo de corrigir o texto, sanar omissões, falhas ou contradições.

**//** Realizadas todas as 8 sessões previstas.

**//** Tempo de trabalho: 27 horas e 41 minutos.

**///** Em 5/10/1988, sessão solene para a promulgação da Nova Constituição.

**///** Resumo final: Ao todo, foram realizadas 330 sessões plenárias em 309 dias. As Comissões Temáticas e Subcomissões trabalharam 1.109 horas. A Comissão de Sistematização, 263 horas. O Plenário, 1.304 horas e 16 minutos.

**//** Total de emendas: 62.160; examinadas nas Comissões e Subcomissões: 21.337.

**//** Por mim, pessoalmente, uma a uma: 40.823 emendas.

Aquele que leia, sem paixão e preconceito, o texto da Constituição de 1988 poderá, descontados os naturais problemas de qualquer obra do homem, asseverar que se trata, sem dúvida, de diploma exemplar, profundamente renovador, à altura dos melhores que o constitucionalismo tem produzido, aí incluídas as justamente decantadas Constituições de Espanha e Portugal. Façamos breve ponderação e esse respeito.

O primeiro dado a destacar é de topografia, mas igualmente de conteúdo: o texto se instaura com a indicação dos princípios fundamentais, direitos individuais, garantias fundamentais e direitos sociais. Em vez da clássica exposição vestibular da estrutura do Estado e de seus poderes, deu-se prevalência ao cidadão e ao trabalho: no dado geográfico, uma eleição ideológica. Esta

verdadeiramente é uma Constituição cidadã. E o exame sumário de seus títulos reforça essa convicção. Vejamos alguns reflexos e consequências do texto constitucional.

## AVANÇOS

---

**1 //** A expressa consagração do respeito aos direitos humanos como princípio fundamental.

**2 //** O alargamento das garantias fundamentais, com ênfase para o "*habeas data*", o mandado de injunção, a garantia do devido processo legal, o mandato de segurança coletivo, a imprescritibilidade de certos delitos gravíssimos, etc.

**3 //** A consagração constitucional dos direitos fundamentais do trabalhador, com particular referência ao fortalecimento do sindicato e à ampliação do direito de greve.

**4 //** A maior dimensão do sufrágio universal e do direito de votar e de ser votado.

**5 //** A redefinição das competências normativas, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal poderes jamais antes concedidos.

**6 //** A atribuição ao Município de efetivos instrumentos de autonomia.

**7 //** O fortalecimento e o aumento de atribuições do Legislativo, que é a casa do povo, deslocando o Executivo da posição majestática, antes detida.

**8 //** Os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais conferidas às Comissões Parlamentares de Inquérito.

**9 //** A reformulação da partilha tributária, de sorte a viabilizar a Federação.

**10 //** O estabelecimento, pioneiro no patamar da Constituição, de uma clara e ordenada política urbana.

**11 //** O regramento, voltado para os interesses da sociedade, do sistema financeiro nacional.

**12 //** A elaboração, por vez primeira, de uma estrutura integral da seguridade social.

**13 //** A total reformulação da disciplina fundamental da educação e da cultura, assentando a amplitude de seus fins e a

generalização de seus beneficiários, priorizando o sistema público como destinatário dos recursos arrecadados da população.

**14 //** Os capítulos absolutamente inovadores e exemplares da comunicação social, ciência e tecnologia, desportos; o do meio ambiente, primeira consagração mundial do tema em sede constitucional, com a dignidade de direito público subjetivo, de natureza difusa.

**15 //** O combate sem trégua à corrupção por meio do fortalecimento do Ministério Público.

**16 //** A preocupação específica com o idoso, a criança, o adolescente e o índio, todos, enfim, justamente considerados como titulares de atenção especial.

**17 //** A revalorização da família, com o reconhecimento de seu novo perfil e a abolição das discriminações entre os filhos.

**18 //** O fim da censura.

## RETROCESSOS

---

Os retrocessos são menores, a meu juízo, do que os avanços, conforme veremos adiante.

**1 //** A derrubada pelo Plenário do sistema parlamentarista de governo, aprovado na Comissão de Sistematização.

**2 //** O texto do instituto da desapropriação para fins de reforma agrária, que ficou aquém do Estatuto da Terra, do governo militar.

**3 //** O sistema financeiro nacional, com a aprovação dos incisos I, II, III e suas alíneas; IV, V, VI, VII, VIII e seus parágrafos, do art. 192.

**4 //** A forma pela qual foi feita a repartição das receitas tributárias.

**5 //** Atribuir competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir impostos sobre as operações relativas à circulação de mercadorias.

**6 //** A dubiedade na participação das entidades federativas no resultado da exploração de petróleo ou gás natural.

**7 //** A aplicação dos impostos de certas operações interestaduais caberem ao Estado de origem.

**8 //** A não instituição de mecanismos de financiamento para Programas de Ciência e Tecnologia e de Fomento à Pesquisa em Saúde.

**9 //** Determinados artigos que não deveriam figurar no texto constitucional, sim, em legislação infraconstitucional.

## **REFLEXOS E CRÍTICAS**

---

Não é de hoje que se atribui à Constituição de 1988 ter tornado o País ingovernável. E, de forma mais ácida, que “o único artigo irrecusável da Constituição era o que previa, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão em cinco anos”.

Por oportuno, merece o problema da revisão alguns comentários. Ele surgiu de uma emenda de autoria do deputado Joaquim Bevilacqua, com a justificativa de que – imitando, em parte, a Constituição portuguesa –, logo após a promulgação da Constituição, no ano seguinte, teríamos a eleição para Presidente da República, o que aconteceu. Restariam, ainda, três anos para concluir a legislação ordinária e complementar, isto é, quando se efetivasse a revisão, as arestas, os senões, as imperfeições, o detalhismo, enfim, qualquer excesso, estariam todos corrigidos e ultrapassados. Infelizmente, as legislações ordinária e complementar não foram realizadas, e a revisão não logrou êxito. Como se vê, os constituintes de 1988 tinham a mais absoluta razão de incluir esses cinco anos de decurso de prazo para a revisão.

Quanto à ingovernabilidade, é um argumento que não se põe de pé por algumas razões inarredáveis. A primeira delas é o fato de que o Presidente da República, na época da promulgação da Constituição era o hoje senador José Sarney, concluiu o seu mandato até 15 de março de 1990, data em que assumiu o novo Presidente eleito, Fernando Collor. Este, afastado pelo impeachment, teve o restante do seu mandato cumprido pelo Vice, Itamar Franco. A seguir, os oito anos de mandato de Fernando Henrique Cardoso e mais oito do Presidente Lula, e, agora, nos primeiros meses da Presidente Dilma Rousseff.

Ora, se o País fosse ingovernável – só para citar o período Collor –, o Vice não teria assumido, como aconteceu com o Vice, Pedro Aleixo. Vale dizer: deve-se à Constituição de 1988 a vivência de um período democrático, sem paralelos, no Brasil.

Destarte, debitar à Constituição todos os equívocos – como se faz na atualidade – é esquecer do instante histórico em que ela foi elaborada, quando participaram da sua feitura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas, etc., que, sem dúvida, contribuíram para o detalhismo condenável, como se vê nas relações de trabalho e no papel do Estado na economia. Sem contar, na época, com a chamada dicotomia entre os regimes capitalista e comunista.

Por outro lado – e essa é a validade que se tenta esconder –, apesar de ser o Brasil uma Federação, as principais decisões sempre foram tomadas pelo governo central. Com a Constituição de 1988, a Federação ficou restabelecida, inclusive com a possibilidade de o Estado membro legislar concorrentemente sobre uma série de matérias e, o que é digno de destaque, dispor de recursos para pôr em prática sua administração.

Foi com a Constituição de 1988 que se deu ênfase à descentralização administrativa, comprovando que o melhor governo é o que governa mais perto do cidadão, o qual poderá reclamar os seus direitos diretamente à prefeitura ou ao governo do Estado com a facilidade de que jamais dispôs em Brasília.

Assim é que houve a elevação do percentual de arrecadação dos dois mais produtivos impostos federais: o Imposto de Renda (IR) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), destinados a integrar o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

Para se ter uma ideia do progresso obtido com o aumento desses fundos, basta lembrar que, até 1975, eram carreados para esses fundos apenas 10% dos referidos impostos. Eis aí o fortalecimento do municipalismo, o da democracia. Ora, até a Constituição de 1988, o fundo especial era de 2% (IR e IPI). Com a nova Constituição, foi aumentado para 3%, com destino específico para os Estados do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste (*art. 159, I, c*).

É imperioso registrar que a perda do poder central foi *política* e não *orçamentária*, uma vez que o texto constitucional determinou que a destinação das verbas orçamentárias a que tinham direito os Estados a eles fosse repassada diretamente, sem intermediário. Antigamente – e esse ambiente está voltando –, os prefeitos e governadores vinham ao poder central, como se costumava dizer, com “o pires na mão”, ou quando convocados pelo Presidente da República, aos quais impunha que orientassem as suas bancadas no sentido de dar apoio ao que desejava o poder central.

Repito: o ambiente está voltando, porque os governos anteriores carregaram nos impostos indiretos e cumulativos como a

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), e não fez o mesmo com os impostos diretos sobre a renda. Isto é, não há repasse para os Estados e os Municípios.

### **MINICONSTITUINTE OU NOVO PACTO CONSTITUINTE**

---

Já há numerosas declarações sobre a convocação de uma Constituinte restrita ou “miniconstituinte”, às quais – com o respeito que os seus defensores merecem – é necessário, senão indispensável, fazer algumas oposições.

Qual a semelhança entre o Brasil de hoje e o de 1964?

Vamos retroagir um pouco no tempo.

No primeiro semestre de 1964, sob os impulsos de um movimento popular, fruto ou não de equívoco, as Forças Armadas, com o apoio, manipulado ou não, de significativa parcela da classe política (parlamentares, governadores e prefeitos), destituíram o Presidente da República e operaram lesões na ordem político-institucional vigente, por meio dos chamados Atos Institucionais.

Após um período de convivência da Constituição de 1946 com os Atos Institucionais, o Congresso Nacional foi chamado a institucionalizar o quadro jurídico resultante por meio da elaboração da nova Constituição, que foi promulgada em 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor em 15/3 do mesmo ano.

Durou pouco e, no curto espaço de tempo de sua vigência, ouviram-se as primeiras vozes em favor da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, ideia que, informalmente, foi defendida, desde abril de 1964, pelo saudoso senador pela Bahia, Aluísio de Carvalho Filho. A ideia não prosperou, uma vez que, em 13 de dezembro de 1968, o estamento militar impôs ao Presidente da República a edição do Ato Institucional n.º 5, que promoveu a completa ruptura político-institucional.

Eis aí o motivo forte de então para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte: a completa ruptura político-institucional. E dela decorreram todas as ações políticas que tiveram curso no País.

Como pois, no momento atual – apesar dos problemas econômicos –, quem pode negar a existência de um tempo excepcional de liberdade e da plenitude do Estado de Direito?

É o que me leva a adotar opinião contrária ao chamado “novo pacto constituinte”.

Ademais, a doutrina consiste em ver a Constituição como *lei fundamental*, na qual se resguardam, acima e à margem das lutas de grupos e tendências, alguns poucos princípios básicos, que, uma vez incorporados ao seu texto, se tornam indiscutíveis e insuscetíveis de novo acordo e nova decisão. Como não é todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional ou assume um novo destino, cumpre extrair da Constituição tudo que permita a sua virtualidade, em vez de, a todo instante, modificar-lhe o texto a reboque de interesses meramente circunstanciais.

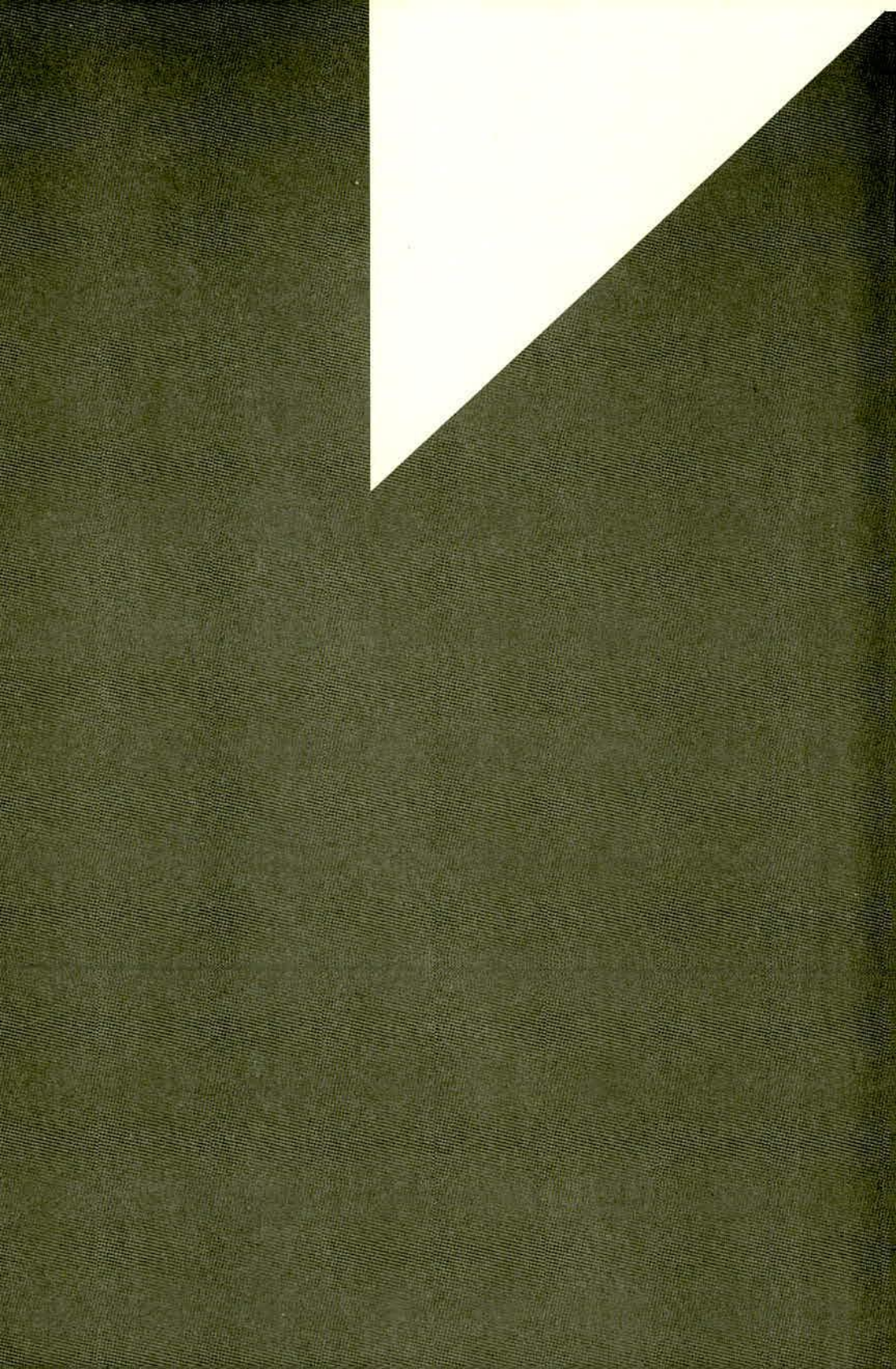
## CONCLUSÃO

---

Tendo procurado traçar – ainda que com cores esmaecidas – o retrato dos trabalhos constituintes e de seus resultados, bons ou ruins, devo, agora, à guisa de consideração final, registrar que a memória da história presente não permite a quem quer que seja – nem ao mais competente, nem ao mais arguto – agredir a verdade, como tentar induzir que esta Constituição de 1988 foi um presente do governo ou dos constituintes.

Não e não! Ela foi conquistada pelo povo que, com bravura, resistindo ou lutando contra o autoritarismo, tornou inevitável o advento da nova e renovadora ordem constitucional.

Termino, por essa razão, com as palavras proféticas do sempre lembrado Ulysses Guimarães, proferidas no discurso intitulado “*A Constituição Cidadã*”, de 27 de julho de 1988: “*Esta Constituição terá cheiro de amanhã e não de mofo*”.





II

---

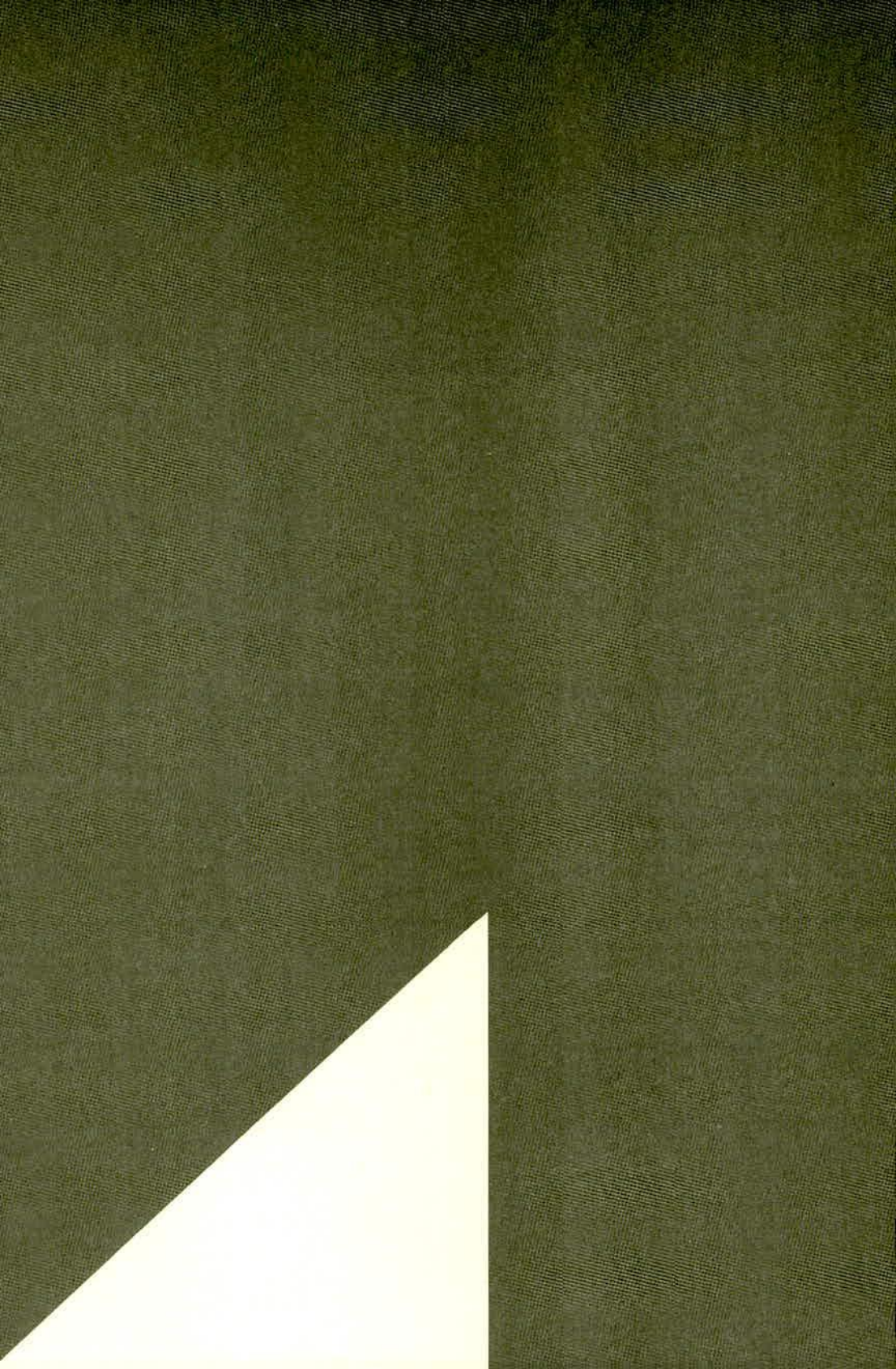
## AGORA, A CAMINHO DA MODERNIDADE

**NEY PRADO**

---

Jurista e professor. Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia. Desembargador Federal do Trabalho aposentado. Membro da Comissão de Defesa do Contribuinte da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Direito. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro da Academia Paulista de Ciências Jurídicas. Professor aposentado de Ciência Política da Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Coordenador do curso de especialização em Direito do Trabalho e professor de Direito Constitucional do Centro de Extensão Universitária (SP).

---



## **INTRODUÇÃO**

---

Antes de adentrar propriamente na análise dos avanços e dos retrocessos da nossa atual Constituição, vale recordar que toda obra humana, individual ou coletiva, é passível de imperfeições e, portanto, de censura. Ainda porque, como lembrou Theodore Roosevelt: "O único homem que jamais cometeu erros é o homem que jamais fez alguma coisa".

De fato, acertar e errar são uma contingência humana. Seria mera idealização imaginar que nossos constituintes pudessem acertar e tornar a Constituição uma obra perfeita e acabada.

Ulisses Guimarães, no discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, teve ocasião de assim se pronunciar: "A Constituição certamente não é perfeita, ela própria se confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca".

A atual Constituição brasileira completa 23 anos de vigência no dia 5 de outubro de 2011. Inquestionavelmente, é a mais polêmica de tantas quantas regeram o País. Tem sido objeto de agudas controvérsias antes, durante e depois de sua elaboração.

A esta altura, o texto constitucional já recebeu abundantes apreciações de vários segmentos da sociedade brasileira e avaliações críticas dos setores político, econômico e jurídico, dando-nos um panorama razoavelmente diversificado de seus aspectos, tanto os positivos quanto os negativos.

Um dado, entretanto, é recorrentemente enfocado. Emerge como uma tônica constante em quase todas as apreciações: a Constituição de 1988 é um documento provocativo, inegavelmente criativo, mas, por suas características, complicador da vida nacional. Não há exageros em afirmar que seu advento provocou enorme insegurança jurídica, dificultou a governabilidade, inibiu negócios e investimentos, sem falar nos conflitos jurídicos e sociais que gerou, em níveis jamais experimentados entre nós.

Com efeito, são muito grandes as perplexidades suscitadas pelas inovações da Carta de 1988. Por vezes, sem precedentes na práxis de outros povos; por vezes, repetitivas de antigos preconceitos; por vezes, sepultadas na experiência dos países mais desenvolvidos; por vezes, imprecisas e duvidosas; por vezes, incompletas e indefinitórias, multiplicam-se elas no texto, positivadas em grande quantidade, de normas problemáticas, controvertidas e inexecutáveis. Essas perplexidades têm se refletido no Parlamento, no Executivo e nos Tribunais, bem como nos inúmeros seminários e congressos em que as novas instituições vêm sendo analisadas e debatidas. Há quase um geral reconhecimento de que o nosso Magno Diploma Jurídico trouxe mais dúvidas do que certezas quanto à interpretação de seu alongado texto.

Nossa Constituição possui reconhecidamente virtudes e equívocos. Mas, necessária ou não, progressista ou retrógrada, boa ou má, bem-vinda ou não, estamos diante de um dado de fato inarredável, qualquer que seja a avaliação de seu conteúdo e a inclinação política do intérprete.

Em *Constituição e revisão*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma:

*Pode-se tudo criticar a respeito dos constituintes de 1988 e da qualidade de seu trabalho. Justa ou injustamente, correta ou erroneamente, pode-se-lhes apontar deficiência na legitimidade, timidez ante o ativismo agressivo das esquerdas, concessão demagógica ao revanchismo, indisfarçável apego ao estatismo ou desconhecimento sobre o que se passava no mundo. Essas e outras críticas não serão mais que o exercício normal das liberdades políticas recobradas pela Nação e que eles próprios afirmaram no frontispício da Constituição (Moreira Neto, 1991, p. 145).*

## **AS DIFICULDADES METODOLÓGICAS**

---

Saliente-se, desde logo, que difícil seria, senão quase impossível, abordar um tema tão vasto, complexo e polêmico sem cair, de alguma forma, no subjetivismo e no campo das preferências valorativas individuais.

Para que o trabalho de classificação das virtudes e dos equívocos da atual Constituição não desnature sua qualidade, o intérprete deve assumir, tanto quanto possível, uma atitude reflexiva, crítica, desapaixonada, despreconceituosa e impessoal.

Para dar mais objetividade à classificação que me proponho a apresentar, levarei em conta não tanto as minhas preferências valorativas, mas os dados objetivos tirados da realidade, à luz das consequências positivas ou negativas que o texto constitucional vem provocando no mundo jurídico, político, econômico e social nestas últimas duas décadas de vigência.

Por outro lado, o seu caráter analítico e até casuístico, envolvendo assuntos centrais, não vinculados especificamente ao Direito, está a exigir, por parte do intérprete, uma visão mais ampla e sistêmica do assunto.

Tratando-se de um texto polifacético, quase sempre de difícil compreensão, os especialistas tendem a simplificá-lo para contê-lo em seus respectivos ramos do conhecimento. Políticos, juristas, filósofos, economistas e sociólogos observam, sob diferentes ângulos, a mesma realidade, sendo normal que não a compreendam em seu todo.

Por isso, é necessário, como premissa inafastável da tarefa de enfrentar e levar a bom termo o estudo do tema, admiti-lo em sua irrecusável multidisciplinaridade. O perigo da abordagem setorial está na ênfase indevida de um aspecto em detrimento do outro, capaz de conduzir a conclusões parciais ou errôneas.

A natureza essencialmente interdisciplinar do tema levou a que se fizesse confluir para o seu exame elementos teóricos básicos, provenientes não só do Direito Constitucional, mas da Ciência Política, da Sociologia Política, da Sociologia Jurídica e da Economia.

Há de se realçar ainda que a diversidade de opiniões sobre a nossa Constituição não decorre apenas da distinta escala de valores ou da extensão, da complexidade e da profundidade do objeto analisado. Mesmo compartilhando, em tese, idênticos

valores, atribuindo-lhes idênticas prioridades, nem todos se atêm a uma metodologia comum. Para a mesma realidade, podem ser apresentados distintos enfoques científicos.

Assim, por exemplo, para os cultores do Direito, a elaboração, a redação e a interpretação da Constituição são tarefa para os juristas, principalmente os constitucionalistas. Para os políticos, no entanto, os problemas constitucionais não são problemas de Direito, mas do poder.

Ambos têm razão e ambos se enganam, porque a Constituição é bidimensional por sua própria natureza: é um documento político, porque trata do poder, e é um documento jurídico, porque positiva opções. É, assim, um documento "juspolítico".

### **MOMENTO HISTÓRICO DA CONSTITUINTE**

---

Qualquer trabalho de interpretação não pode desconsiderar as condições objetivas e subjetivas, internas e externas, existentes no momento histórico em que a Constituição de 1988 foi reivindicada e elaborada.

No *plano interno*, é bom lembrar que a ideia de uma nova Constituição surgiu num momento de transição, coincidentemente com o esgotamento do ciclo autoritário e os movimentos de redemocratização do País, "Diretas Já" e "Constituinte Já".

Nada obstante a inexistência de ruptura institucional, a justificar necessariamente a convocação de uma Constituinte, ganhou corpo um movimento que se apossou do País, rotulado por muitos de "Constitucionalite". Havia chegado o momento de se institucionalizar a democracia, passar o Brasil a limpo, revogar por inteiro a Constituição de 1969.

Segundo Cláudio Abramo, a ideia dominante era de que a nova Constituição:

*[...] não deveria marcar somente a volta ao Estado de Direito, mas a desmontagem das estruturas políticas, econômicas e ideológicas que foram consolidadas durante a ditadura. Ela não exerceria apenas o papel de tradutora dos valores predominantes, mas também o de propulsora de transforma-*

*ções sociais. Não poderia ser igual às outras. Nem na forma, nem no estilo, nem nas afirmações e nas formulações fundamentais. O de que se tratava era fazer uma Constituição realmente libertadora de nosso povo, que pudesse garantir ao mais humilde cidadão ter seus direitos totais assegurados, inclusive o direito de simplesmente não aceitar o fato de não ter nada quando alguns poucos têm tudo (Abramo, 1985, p. 53).*

Em resumo, a expectativa era de que a nova Constituição criaria condições para a institucionalização da democracia, a correção das injustiças sociais e a retomada do desenvolvimento econômico. Tinha-se a impressão de que, pela primeira vez na história política do Brasil, não existia ninguém, a rigor, que pudesse ser rotulado de antidemocrático ou contrário à convocação de uma Assembleia Constituinte.

Todavia, após o generalizado desejo de mudança do regime e a necessidade de um novo ordenamento constitucional, percebeu-se que a unanimidade de pensamento era momentânea e aparente.

O problema e o desafio que se colocavam não eram mais no sentido de desejar a democracia, mas, sim, institucionalizá-la. Em outras palavras: todos eram a favor da democracia. Mas qual democracia?

Na medida em que se tentava buscar o seu verdadeiro significado, os conceitos se multiplicaram, as ideias se contrapuseram, o antagonismo ideológico se manifestou, as pessoas, os grupos e os partidos foram se tornando perfeitamente identificados e, como decorrência, a unanimidade desapareceu.

No *plano externo*, na década de 1980, a divisão bipolar do mundo começou a dar lugar à fase da multipolaridade. O dogmatismo ideológico passou a ser substituído pelo pluralismo das ideias. Renascia em toda parte o anseio de liberdade, principalmente por aqueles que ainda viviam subjugados pelos regimes autoritários de direita ou de esquerda. Como decorrência dessa nova realidade, muitos países deram início ao seu processo de abertura democrática. Na América Latina, o vendaval democrático varreu-nos de repente.

Foi nesse contexto democratizante que a chama da liberdade política voltou a brilhar mais forte em todo o continente e, por via reflexa, também no Brasil.

Mas, quando a Constituição foi promulgada, em outubro de 1988, segundo Roberto Campos: “[...] ainda não havia clara percepção das dramáticas transformações mundiais, caracterizadas pelo colapso do dirigismo socialista. Se a gravidez constitucional

se tivesse prolongado por um período adicional de nove meses, os Constituintes teriam percebido a enorme mudança na ecologia econômica mundial” (Campos, 1990, p. 214).

Ainda de acordo com Campos, era possível prever:

*Uma quádrupla rebelião: a primeira contra o Estado regulador, que destrói a flexibilidade necessária às sociedades industriais modernas; a segunda contra o Estado exator, que aumenta tributos sem cortar gastos e sem melhorar serviços; a terceira contra o Estado empresário, que não pode ser julgado pelos testes de mercado, por operar com monopólios e privilégios; e finalmente contra o Estado previdenciário, que agrava desnecessariamente os custos de mão de obra quando seus serviços poderiam ser executados com menor custo e maior eficiência pelas próprias empresas, mediante acordos fiscalizados pelos trabalhadores (Campos, 1985b, p. 12).*

## O PROCESSO PRÉ-CONSTITUINTE

---

No dia 28 de junho de 1985, José Sarney, que assumiu a Presidência da República em razão da trágica morte de Tancredo Neves, enviou ao Congresso uma proposta de Emenda Constitucional no sentido de ser convocada uma Assembleia Nacional Constituinte nos seguintes termos: “Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sem prejuízo de suas atribuições constitucionais, reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 31 de janeiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

Posteriormente, no dia 18 de julho, o Presidente assinou o Decreto n.º 91.450 instituindo uma “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, composta de 50 membros, com o objetivo de “desenvolver pesquisas e estudos fundamentais no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte”.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 iniciou-se com a criação da Comissão de Estudos Constitucionais, a qual teve a honra de integrar como um de seus membros e simultaneamente na função de secretário-geral. Essa condição não me impediu de exercer contemporaneamente um dever de crítica quanto ao conteúdo do anteprojeto dela resultante.

Preocupado com as influências negativas que o anteprojeito da então chamada “Comissão Afonso Arinos” poderia exercer sobre os trabalhos constituintes, dispus-me a sintetizar várias advertências num livro publicado em 1987, sob o título *Os notáveis erros dos notáveis* (Prado, 1987a).

Sem atingir os seus notáveis autores, a crítica ao anteprojeito pretendia ser, na época, um guia de elaboração constitucional contendo lições, não minhas, mas da história, que não poderiam ser, de nenhum modo, desconsideradas.

Ao se deixar levar pelo preconceito, em vez de praticar a isenção de espírito; ao se perder em casuismo, em vez de valorizar os grandes princípios; ao sucumbir à tentação de elitismo, em vez de se ater à sua missão de estudos, com objetividade e humildade; ao se perder na utopia das postulações irrealizáveis, em vez de distinguir corretamente o possível; ao fraquejar ante a sedução do distributivismo fácil, em vez de abrir os olhos à dura realidade da limitação dos meios; ao descambar para a tendência socializante, universalmente em declínio, em vez de valorizar a livre iniciativa e a economia de mercado em nosso Direito Constitucional; ao se render à falácia do paternalismo burocrático estatizante, em vez de fortalecer o pluralismo social; e, finalmente, ao se deixar levar por um nacionalismo xenófobo e isolacionista, em vez de reconhecer que o mundo marcha para a interdependência econômica, científica e tecnológica, os notáveis “progressistas” renegaram valores sociais fundamentais, como a tolerância, a isenção, a objetividade, a humildade, a autenticidade, o pragmatismo e, sobretudo, a liberdade. Todos, necessariamente, incluídos no conceito de progresso.

Não obstante toda nossa expectativa e esperança de que os Constituintes de 1988 houvessem aprendido com nossos erros, lamentavelmente a Carta Constitucional elaborada por eles acabou por repeti-los, quando não agravá-los.

Com base em experiência análoga, aferida na condição de ex-membro da Comissão de Estudos Constitucionais, considerei prudente evidenciar alguns aspectos negativos que os constituintes deveriam a todo custo evitar na elaboração do texto da nossa próxima Carta Magna (Prado, 1987b).

Alertei que o *preconceito* é um erro que deveria ser evitado, porque é a própria negação da racionalidade na apreciação ou no julgamento de um fato. Por causa de sua origem emocional, ele se ergue como uma barreira intransponível nos diálogos e, por isso, tem sido, ao longo dos séculos, o germe de intolerâncias e o pretexto de desavenças. Elevar-se, no nível constitucional, um

preconceito equivale a entronizá-lo e a promovê-lo na sociedade dos homens.

O *casuismo* precisaria ser eliminado, porque uma Constituição democrática comporta não um elenco de soluções, mas, sim, uma moldura de soluções. A imposição de um modelo, minudências que desdenham da matéria constitucional para esgotar temas reservados à legislação complementar e ordinária e até mesmo às opções administrativas regulamentares, não é apenas um defeito técnico muito grave da elaboração constitucional: é uma forma de totalitarismo normativo, espécie tão ou mais nociva que o totalitarismo tradicional.

O *utopismo* é censurável, porque uma Constituição não pode estar divorciada totalmente da realidade, sem condições práticas de reger a vida política, econômica e social da nação a que se refere. Longe de se apresentar como um ideal, como um princípio a ser perseguido, mesmo sem que seja possível alcançá-los, a utopia constitucional acaba por se transformar, na prática, numa fábrica de expectativas e, portanto, de frustrações, desservindo, assim, a sociedade.

A *demagogia* precisaria ser evitada, porque um verdadeiro projeto constitucional democrático nasce, se apoia e se cultiva na sinceridade de propósitos e não em propostas que se sabe, de antemão, serem enganosas ou impraticáveis. Um texto demagógico apenas concede, sem nada exigir, e distribui, sem tratar de criar condições de produzir.

O *socialismo* é um equívoco que necessitaria ser contido, porque, embora no nível de aspiração seja possível compatibilizar-se com a democracia, há uma visceral contradição do socialismo, como organização social, com o regime democrático. Aliás, esse é o dilema que se nos propõe Norberto Bobbio ao afirmar que essa contradição existe porquanto por meio da democracia o socialismo é inatingível, mas se for atingido pela ditadura será a democracia a inatingível.

O *estatismo* é uma deformação a ser evitada, porque é um risco para o Estado de Direito. Aos poucos, a concentração do poder leva os governantes a perderem de vista as limitações da lei. A Constituição passa a ser “interpretada” à luz das razões de Estado, e “justificativas” são sempre encontradas para atender a novas finalidades definidas e perseguidas pelo “Superestado”. A história tem demonstrado que o intervencionismo, levado a exageros, em vez de corrigir as distorções a que se propõe acaba por inserir novas, gerando uma espiral de intervenções e distorções que só ter-

minará com a estatização absoluta, com o Estado administrando a escassez, e o povo, suportando-a.

Por último, o *xenofobismo* precisaria também ser evitado, porque o tipo de nacionalismo que nos interessa não é o ideologizado, nativista, obscurantista, tribalhista, exclusivista e antipluralista, mas o equilibrado, crítico, pluralista, que produz menos retórica e mais resultados concretos para a Nação.

Elevar a xenofobia ao nível constitucional seria realmente inusitado e espantoso para um país que se construiu, em grande parte, com a imigração e com ponderável aporte de capitais de fora.

Concluí minha advertência na esperança de que os constituintes, no melhor de suas potencialidades, sob a aspiração cívica de seus mandatos, fossem esclarecidamente sábios para aprender pelos erros da Comissão Afonso Arinos, sem necessidade de virem, eles próprios, a repeti-los.

## **O PROCESSO CONSTITUINTE**

---

Esperava-se dos nossos constituintes de 1988 uma atitude racional, impessoal e despreconceituosa. Entretanto, nos trabalhos da Assembleia Constituinte, passou-se o contrário: houve uma nítida preocupação de demonstrar posição antagônica a certos valores, pessoas e instituições, que acabariam por deformar gravemente o texto constitucional.

No entender dos constituintes, se o autoritarismo impedia a Nação de praticar a democracia, evitá-lo e combatê-lo erigiu-se em objetivo constante a orientar a feitura da Constituição.

Para fugir ao arbítrio incontrastável das ditaduras do passado e garantir as conquistas da Nova República, tudo o que uma Constituição teria a fazer seria imobilizar a vida política, reduzir os espaços de ação e as alternativas de escolha. Daí o impressionante rol de restrições com que os constituintes inçaram a Constituição de 1988.

O *revanchismo* no processo constituinte, por receio excessivo ao autoritarismo, se manifestou indistintamente contra as instituições públicas e privadas. As primeiras tidas como insti-

tuições de dominação diretamente responsáveis pelo interregno autocrático, e as segundas tidas como instituições de exploração, porque coniventes com o regime autoritário. A pretexto de punir pessoas, acabaram por sacrificar instituições: confundiram o que é transitório com o que é permanente.

No *campo político*, não perceberam o declínio das ideologias; que o debate não é mais entre esquerda e direita, mas entre o velho e o novo, o ineficiente e o eficiente; que a ética das intenções dos ideólogos racionalistas está sendo substituída celereamente pela ética dos resultados, tanto no âmbito do Estado como no âmbito da sociedade.

No *campo social*, não notaram que as políticas populistas e demagógicas do distributivismo sem riquezas vêm sendo substituídas, já há algum tempo, pelo produtivismo, ou seja, o distributivismo através da riqueza.

Faltou sensibilidade para perceber que, como disciplinador da conduta, o *Direito* é um instrumento formidável, mas a sua valia depende da adequabilidade de suas normas aos fatos da vida humana, sejam eles do passado, sejam aqueles projetados no futuro.

E faltou ainda percepção para compreender que o dogmatismo jurídico está sendo superado pela sua flexibilização, especialmente para aqueles ramos que mais proximamente tocam a economia e a vida social.

A *flexibilização do Direito* tem ocorrido indistintamente em qualquer país em que se tenha afluído uma percepção jurídica mais pragmática do Direito no processo de desenvolvimento: muito mais fruto da experiência que de concepções cerebrinas de teóricos de gabinete. Como instrumento da sociedade, o Direito deixou de ser um fim em si mesmo para se transformar em meio; deixou de ser uma camisa de força para se transformar em ferramenta do progresso.

Outro equívoco do processo constituinte está ligado à *inautenticidade* do modelo constitucional adotado. Não obstante os Constituintes terem se socorrido de mais uma fonte, sua inspiração básica concentrou-se no modelo português.

Ana Lúcia de Lira Tavares, em magistral trabalho comparativo, mostra os campos específicos de influência do modelo português no nosso processo de elaboração constitucional. A cópia se deu no ordenamento da matéria; nos princípios fundamentais; nos direitos e nas garantias fundamentais; no Poder Executivo; no Poder Legislativo; no Poder Judiciário; na ordem econômica; na ordem social e no processo de revisão quinquenal (*Tavares, 1991*).

Na verdade, a tentativa de aperfeiçoamento das Constituições brasileiras tem sido mais através de cópia, a partir de modelos abstratos, do que por evolução, com base em nossa experiência sociocultural concreta. No dizer de Miguel Reale: "Um acúmulo de exotismo, de aberrações teóricas, de fantasias de biblioteca e de cópias servis de modelos estranhos" (Reale, 1993).

Como nos recorda Roberto Campos: "O problema é que, enquanto os portugueses se tornaram 'progressistas', nós ficamos 'regressistas'". A iniciativa de copiar dos portugueses sem atentar para a sua própria evolução levou-nos a um estranho paradoxo: pusemos na nossa Constituição tudo o que os portugueses acabaram por extirpar de sua própria Constituição" (Campos, 1990, p. 211).

Os constituintes tampouco sentiram o declínio do nacionalismo, que, embora não tenha desaparecido, perdeu o seu caráter xenófobo e paroquial. Esqueceram-se de que a própria soberania e a cidadania ganharam novos e mais amplos contornos, tanto assim que já se fala em sua transnacionalização.

Igualmente, não se capacitaram da mudança radical observada no relacionamento entre países. Faltou percepção para ver que os vários sistemas econômicos operam em bases transnacionais e que o capital, a ciência e a tecnologia se internacionalizam, os esforços coletivos alteraram as dimensões dos mercados e a economia enfim se globalizou.

## **O TEXTO CONSTITUCIONAL E SEUS AVANÇOS**

---

A maior virtude da Constituição de 1988 é o seu *sentido simbólico*. Não obstante os defeitos que possa apresentar, ela representa um marco importante na história do País: o fim de um ciclo autoritário e o início de uma nova experiência democrática, que se pretende duradoura.

Retrata, assim, o anseio da sociedade brasileira de viver um regime de liberdade, protegido por um Estado de Direito; assume, merecidamente, o papel simbólico do regime democrático; da desejada estabilidade institucional, sem a qual nenhum valor formal tem sentido.

Segue-se outra virtude da Constituição, cuja envergadura é uma conquista do moderno constitucionalismo: aludimos à *principiologia*, que teve papel destacado desde o título de abertura às inúmeras especificações adotadas no Texto.

Tomem-se, como exemplos, todo o Título I, que trata dos princípios fundamentais, e o Título II, que cuida dos princípios atinentes à sociabilidade do indivíduo e suas manifestações coletivas. Nos demais títulos, encontramos dispositivos específicos sobre vários princípios setoriais: os atinentes à administração pública (art. 37); os relativos à legislação (art. 60, parágr. 4.º); os referentes à fiscalização contábil e financeira e orçamentária (art. 70); os que dizem respeito à magistratura: (art. 93); os tributários (art. 150); os orçamentários (art. 167); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170), etc.

O importante papel dos princípios na construção do direito contemporâneo tem sido constantemente realçado pelos autores que escreveram depois da Segunda Guerra Mundial. Varridos os derradeiros resquícios ideológicos das modernas constituições, a enumeração dos princípios foi a forma encontrada para orientar os criadores e os aplicadores do Direito.

Outro avanço, agora de natureza formal, vem a ser a *maneira sistemática* com que foram dispostos, no texto, os temas constitucionalizados na sequência de seus títulos e capítulos.

De fato, a Constituição de 1969, na linha das anteriores, atribuía ao Estado um papel protagônico. Como decorrência, na ordem sistemática dos assuntos, o título referente à organização do Estado e do poder vinha sempre em primeiro lugar.

Com a Constituição de 1988, houve uma substancial alteração: os títulos e capítulos iniciais da Constituição não se referem mais ao Estado, mas à Nação, à pessoa em seus respectivos direitos e aos grupos sociais, também com seus direitos coletivos. Percebe-se claramente o intuito dos constituintes de subordinar o Estado ao indivíduo e à Nação, pelo menos do ponto de vista formal e topográfico.

Outro aspecto positivo da Constituição de 1988 é a forma inovadora com que tratou os interesses de toda ordem, classificando-os e protegendo-os em inúmeros dispositivos.

Tradicionalmente, desde o Direito Romano, os interesses eram classificados em público e privado. A Constituição atual, sensível à evolução da teoria dos interesses, acolheu novas distinções classificatórias, acrescentando à classificação tradicional as categorias dos interesses coletivos e difusos. Como decorrência, foi pos-

sível discriminar na Constituição vários instrumentos de defesa desses interesses.

Assim, o texto constitucional refere-se a interesses nada menos do que 53 vezes, distribuídos em quatro categorias:

**a //** interesses individuais: 6 espécies;

**b //** interesses coletivos: 17 espécies;

**c //** interesses difusos: 7 espécies;

**d //** interesses públicos: 23 espécies

A preocupação com a *legitimidade do poder* é outro grande avanço da atual Constituição. Para os constituintes, não bastava institucionalizar o Estado de Direito. Impunha-se estabelecer as condições jurídicas para torná-lo legítimo, ou seja, um autêntico Estado Democrático de Direito (*art. 1.º*). Com esse propósito, foram reconhecidos na Constituição, além dos institutos de participação, próprios da democracia representativa, outros inerentes à democracia direta e semidireta.

O campo de atuação participativa previsto na Carta Magna é vasto; conta com mais de 50 dispositivos e abarca as esferas legislativa, administrativa e judicial.

Entre os *institutos de participação legislativa*, estão o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular; entre os *institutos de participação administrativa*, a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública; o colegiado público, assessoria externa, cooperação das associações representativas no planejamento municipal; direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, etc. Entre os *institutos de participação judicial*, o mandato de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, ação de inconstitucionalidade, ação de impugnação de mandato eletivo, mandato de injunção, etc.

É inegável que a Constituição atual representa um avanço, em termos de admissibilidade de formas de participação política. Com isso, a cidadania foi substancialmente fortalecida. Hoje, qualquer indivíduo está intitulado a exercer, de algum modo, o poder político. Além dos instrumentos tradicionais, dispõe ele de novos canais diretos e semidiretos de participação.

Outro aspecto democrático da Constituição de 1988 foi a valorização dos sistemas de *controle da legalidade*, posto que se preocupou em instrumentalizar cada categoria de interesses com instituições capazes de protegê-la perante quaisquer poderes do Estado.

O Capítulo IV do Título IV, que trata da organização dos poderes, acrescentou, além dos poderes tradicionais, as funções encarregadas de provocá-los, bem como de fiscalizá-los.

Foram criados pela Constituição, com esse propósito, quatro blocos definidos de funções essenciais à Justiça. *Advocacia em geral*, para atender a todos os interesses privados (art. 133); *advocacia de Estado*, para atender aos interesses cometidos por lei às pessoas jurídicas de direito público (art. 131); *advocacia da sociedade*, para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (Ministério Público, art. 127); e, finalmente, a *defensoria pública*, incumbida da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos interesses dos necessitados (art. 134).

Como se vê, essas instituições concorrem decisivamente para a própria existência e funcionalidade do Estado Democrático de Direito, na medida em que fortalecem o exercício da cidadania e, assim, a própria prática da democracia. Podemos também identificar na Constituição a saudável preocupação dispensada no tratamento aos vários aspectos que envolvem a *moralidade pública*.

Superando a preocupação meramente legalista, encontramos no texto, além da tradicional vinculação à legalidade, caracterizadora do Estado de Direito, e da vinculação à legitimidade, caracterizadora do Estado Democrático, uma preocupação, inovadora e exuberantemente difundida, com a moralidade pública, caracterizadora do Estado Ético.

São, ao todo, 58 normas constitucionais, entre princípios e preceitos, dirigidas ao Estado, à sociedade ou a ambos, que tratam da licitude, ora enunciando seu referencial de valor (substantivo), ora definindo os instrumentos que devam garanti-la.

Na verdade, a Constituição retratou uma aspiração profunda da sociedade brasileira de ver implementada, na prática política, na administração pública e nas relações e convivências, certos deveres morais.

Associados à ampliação dos canais de participação política, esses inúmeros dispositivos têm provado, e a conjuntura está a demonstrar, que a desejada efetividade dos princípios da ética política e da moralidade administrativa está se tornando realidade. A partir de 1988, tanto quanto o hábito de indagar pela legalidade e pela legitimidade, passamos a ter o hábito de indagar pela licitude.

A tentativa de aperfeiçoar o sistema federativo, no caminho do chamado *federalismo cooperativo*, é outro avanço da Constituição. Ai está, como exemplo, o tratamento que a nossa Carta Magna dispensou à descentralização espacial do poder (Título III, Capítulos I a VI).

Diferentemente da Constituição de 1967, que fortaleceu em demasia o poder da União, a ênfase dada pela Constituição atual foi no sentido de fortalecer os Estados Federados e os Municípios na busca de um maior equilíbrio entre as diversas esferas do poder.

Em sua *Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio*, Ives Gandra da Silva Martins argumenta:

*A teoria do planejamento centralizado, pela qual as unidades federativas submeter-se-iam à superior força da União, foi substituída pela descentralização política, administrativa e financeira real, reduzindo-se os casos de intervenção federal, alargando-se aqueles expressos de competência legislativa, criando-se novos impostos a favor de Estados e Municípios, reduzindo-se a competência impositiva da União, sobre elevar-se o nível de participação, nas receitas federais, das demais pessoas jurídicas federativas. Por outro lado, o Município passou a integrar, exemplo único nos modelos de Estado reconhecidos, a Federação brasileira (Silva Martins, 1992a, p. 3-11).*

Há de se ponderar, no entanto, que, no novo tipo de federalismo, a descentralização ficou, sob alguns aspectos, mais na intenção do Constituinte. Na prática, a competência concorrente dos Estados (art. 24) não tem sido exercida efetivamente, e muito menos a competência suplementar dos Municípios (art. 30, II).

Outro avanço louvável foi a preocupação do legislador constitucional com a sanidade ambiental.

Há duas décadas, já existia um anseio de elevar ao nível constitucional institutos de proteção do meio ambiente, mas somente agora, com a Constituição de 1988, esse desejo se concretizou.

De fato, além de diversos dispositivos esparsos do texto constitucional referindo-se à matéria, há hoje um capítulo específico dedicado ao meio ambiente (Título VIII, Capítulo VI).

O grande mérito dessa inserção foi ter contribuído para a maior conscientização do cidadão nas responsabilidades suas, da coletividade e do poder público na defesa e na preservação do meio ambiente, ecologicamente equilibrado e da sadia qualidade de vida (art. 225).

Vale observar que apontamos a virtude do texto apenas no que se refere a essa preocupação demonstrada pela Constituição em relação ao assunto. Pois, no entender dos especialistas, o tratamento normativo ainda deixa muito a desejar em termos de amplitude de sistematização e de nitidez, notadamente no tocante à partilha de competência entre as unidades federadas e à excessiva burocratização de sua implementação administrativa.

Finalmente, para encerrar essa lista exemplificativa de virtudes, cabe uma menção positiva à qualidade do texto que regula a "Defesa do Estado e das Instituições Democráticas" (Título V).

De fato, a Constituição atual conseguiu, de maneira primorosa, definir as medidas à disposição do Estado para sua defesa e de suas instituições (arts. 136 a 141); que ações serão possíveis, por quanto tempo, e em que locais.

Sobre o papel das Forças Armadas, o texto constitucional acolheu princípios salutares: subordinação ao Presidente da República; atuação limitada pelo Direito (meio e objetivos previstos na ordem jurídica); intervenção, na segurança interna, subordinada à exaustão dos meios repressivos das forças estaduais, nos casos previstos em lei e à aprovação prévia do Congresso Nacional; e, por último, possibilidade de convocação por iniciativa de qualquer dos três Poderes da República.

## **O TEXTO CONSTITUCIONAL E SEUS RETROCESSOS**

---

O *casuismo* é uma constante em todo o texto constitucional. Nele, tudo se prevê, tudo se regula. Antevem-se todas as hipóteses e dispõe-se sobre todas as soluções.

Aliás, esse “inchaço” constitucional tem sido objeto de severas e contundentes críticas por parte dos vários segmentos que compõem a sociedade.

De fato, uma Constituição, como de resto todo o ordenamento jurídico, deve buscar, mas de maneira especial, a conciliação entre “o sistema tendencialmente estático de suas normas originárias” e “a dinâmica das forças sociais”.

Para alcançar esse equilíbrio, duas técnicas têm sido empregadas. Numa primeira, o texto constitucional se restringe ao essencial, aos grandes princípios e à organização superior do Estado, deixando à legislação e à construção jurisprudencial o trabalho de adaptá-lo “à dinâmica das forças sociais”: é a técnica sintética. Noutra, o texto constitucional procura estabelecer um equilíbrio pela imposição de maior número de princípios e de regras à própria evolução das forças sociais: é a técnica analítica.

A Constituição sintética, portanto, não se impõe aos fatos sociais. Há uma adaptação permanente. A analítica, diferentemente, procura condicionar e reger os fatos sociais; a adaptação

deve ser da sociedade ao texto. A sintética é, por isso, mais duradoura, enquanto a analítica é mais vulnerável às crises políticas. Entretanto, escolher entre uma e outra técnica é um problema de doutrina juspolítica. Em última análise, algo deve flexibilizar-se: ou a Constituição ou a sociedade.

À primeira vista, o casuismo configuraria uma modalidade do tipo analítico. O problema, contudo, é outro: não se trata de optar entre uma constituição, *tout court*, e um “programa de governo constitucional”.

Ao refugir da matéria constitucional e descer às explicitações reservadas à legislação ordinária, não estaremos mais diante da opção pela técnica analítica, e, sim, de um texto tecnicamente defeituoso.

Nosso atual modelo constitucional não é, no sentido rigorosamente técnico, como o denomina Burdeau, um “estatuto do poder”, mas um “programa de governo”, a ser imposto, soberanamente, sobre o povo e seus legisladores. O casuismo surge, portanto, no nível constitucional como uma patologia de um texto analítico.

A imposição de um modelo político, com minudências que descem da matéria constitucional para esgotar temas reservados à legislação ordinária e até mesmo às opções administrativas regulamentares, não é apenas um defeito técnico muito grave da elaboração constitucional: é uma forma de totalitarismo – o totalitarismo normativo, espécie tão ou mais nociva que o totalitarismo tradicional.

Nossos constituintes ignoraram todas essas lições, tornando o casuismo uma constante em todo o texto constitucional. Esqueceram que, com uma nova Carta Magna casuística, a Nação paga um alto preço em crises.

Para fugir ao casuismo, a Constituição deveria ser concisa e restrita aos temas constitucionais, isto é, aos fenômenos do universo do poder, que devem ser tratados com intuito de generalidade e de permanência numa nação. “Um corpo forte, esbelto, sintético, essencial, compendiado, estrutural, nunca penosamente adiposo e extensivo” (*Pacheco, 1986*).

Outro equívoco observável na Constituição é a sua *contrariedade intrínseca*. Pode-se identificá-la tanto do ponto de vista dos valores adotados quanto das normas que ela contém. Com relação aos valores, sua expressão predominante se faz através dos princípios explícitos, absurdamente enunciados, por todo o seu texto. Não só a quantidade de princípios, como a ausência de método para deles tratar, produziu uma série de contradições valorativas que acabaram por desfigurar o conjunto da obra.

Desde logo, uma Constituição que se propôs a estabelecer o primado da sociedade, iniciando-se pelo homem, acaba sendo a mais estatizante das que tivemos, talvez com a exceção da de 1937.

Por outro lado, a forte influência do modelo dirigente, adotado na Constituição portuguesa original, refletiu-se na prevalência do dogmatismo ideológico sobre o pragmatismo, ou seja, na “prioridade do utópico sobre o possível”.

Com efeito, de nada adiantam seus princípios do Título I e suas abundantes 72 declarações de liberdades e garantias, esmiuçadas no quilométrico art. 5.º do Título II, se, contraditoriamente, elas acabam sendo anuladas pela complicada máquina do Estado intervencionista e fiscalista que vem minudentemente construída nos sete títulos restantes. Em sua obra *Dádiva do papel*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma:

*O indivíduo, exaltado por aquelas prolixas declarações de direitos e garantias, parece ter recebido tudo e mais alguma coisa. Mas, aos poucos, a Carta decepiona e se contradiz, à medida que o papel do Estado vai sendo detalhadamente definido na mais extensa Carta de nossa história. O indivíduo tem tudo enquanto pessoa idealizada: no momento em que dele se espera o trabalho, a iniciativa, o progresso, enfim, dele se desconfia, começa a ser penalizado, tributado e limitado (Moreira Neto, 1988).*

Ninguém mais apropriadamente destaca as contradições principiológicas que Roberto Campos:

*Querem uma Constituição “intervencionista, quando a nouvelle vague mundial é a rebelião do indivíduo contra o Estado obeso. Querem uma Constituição “nacionalista”, num mundo cada vez mais interdependente, no qual capitais estrangeiros escassos são requisitados até mesmo por países socialistas. Querem uma Constituição que garanta a liberdade política, mas que destrua a liberdade econômica, pois que as “reservas de mercado” são meros eufemismos para a cassação da liberdade individual de produzir. Querem uma Constituição “assistencialista”, como se a opção social pudesse ser divorciada da base econômica da sociedade (Campos, 1988a, p. 203).*

Prossigue o ilustre pensador: “Conseguimos produzir um texto saudavelmente libertário no político, timidamente capitalista na ordem econômica, francamente socialista e utópico na ordem social”. Como decorrência, a Constituição de 1988 “tornou-se doutrinariamente confusa e contraditória, um misto de capitalismo amordaçado e um socialismo encabulado” (Campos, 1993a).

As contradições encontradas no texto são inúmeras, mas provavelmente a maior delas diz respeito à organização funcional do poder. Oportunamente, Roberto Campos lembra que o modelo inglês é o da integração dos poderes; o nosso modelo atual não é um nem outro. Criou-se um terceiro tipo: o sistema da invasão dos poderes.

Essa anomalia tem provocado uma fricção entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, agravando o quadro da ingovernabilidade. Nesse confronto, basta que a tensão política se exacerbe um pouco para que o quadro de ingovernabilidade se torne agudo. Para que o Executivo paralise o Congresso, é suficiente lançar mão um pouco mais intensamente de Medidas Provisórias (*art. 62*), assim como, em represália, bastaria algumas negativas de conversão e a aprovação de uns poucos vetos legislativos (*art. 49, V*) para se tolher o Executivo.

Outra grave contradição foi introduzida na divisão espacial do poder. Adotamos um federalismo de três graus, mas não ficaram distribuídas proporcionalmente as responsabilidades governamentais dos três níveis de Estado. Isso se agrava ainda mais no sistema tributário, porque, no caso da União, ela viu anulados os seus encargos, mas foi duramente prejudicada na sua receita.

Na ordem econômica, desde logo, se encontra uma espantosa contradição entre o disposto no art. 170, inciso IV, que estabelece as pilastras da economia de mercado (livre iniciativa e livre concorrência) e a grande quantidade de dispositivos de natureza intervencionista que se seguem. Realmente, como realizar uma economia de mercado com mais de 40 regras de intervenção econômica?

Na ordem social, podemos identificar outras contradições no texto constitucional entre a “completa” liberdade sindical e o deferimento no imposto sindical; entre o amplo direito de greve e a competência normativa da Justiça do Trabalho.

Ora, todas essas contradições não são apenas exemplos inocentes de descuido técnico ou de curiosos deslizes dos constituintes. Infelizmente não: elas comprometem seriamente a implementação das normas constitucionais e, por consequência, de todas as normas legais ordinárias que àquelas se vinculam.

Com efeito, como se sabe, há princípios de obediência obrigatória na interpretação constitucional. Se a “unidade da Constituição” é um desses princípios, como interpretá-la com segurança se essa unidade não existe? Tanto faz dirigir a interpretação para um sentido quanto para o outro, porque em ambos os casos haverá um respaldo constitucional possível. Esse defeito torna im-

possível uma legislação coerente, uma administração coerente e, sobretudo, uma jurisprudência coerente.

Outro equívoco que se pode imputar à Constituição de 1988 é o seu caráter nitidamente *utópico*. E o é duplamente, porque pretende ser um instrumento de transformação social e porque se divorcia totalmente da realidade.

Convencidos de que viviam numa época de mudanças, os constituintes tomaram a si a tarefa de provocar, da maneira mais radical possível, todas as alterações que desejavam para a sociedade brasileira. Os insatisfeitos com a realidade acreditaram ser possível rejeitá-la radicalmente e modificá-la por ato de vontade. Ai residiu o seu grande engano: o de imaginar que a Constituição, por si, pode tanto definir as condições das mudanças políticas, econômicas e sociais da sociedade como criar ou impor tais condições.

Os constituintes se esqueceram de que o problema da nossa organização política, econômica e social é muito mais complexo do que parece àqueles que pensam em poder resolvê-lo com simples reformas constitucionais. Ignoraram que a norma facilita ou dificulta o progresso, mais não o gera materialmente. “A materialização do progresso pertence à ordem dos fatos, não à dos preceitos” (*Jaguaribe, 1988*). “Na verdade, uma Constituição não resolve problemas, apenas aponta diretrizes” (*Nathanael, 1987*).

“Hoje, nenhum constitucionalista, por mais ardente juspositivista que possa ser, afirmaria que uma Constituição, por si própria, tem condições de conformar a realidade que a ela não se adapte. Uma Constituição, qualquer Constituição, leva a pior: o poder, antes de concentrar-se na lei, está nos fatos sociais; antes de estar no Estado, está na sociedade”.

A Constituição de 1988 também é utópica porque seu conteúdo se divorcia da nossa realidade. Dominados pelo desejo de inovar, acabaram por saltar além da realidade histórica para cair num espaço e num tempo imaginários. Pretenderam produzir a mais perfeita e completa Constituição em seu gênero entre as existentes no Brasil e no mundo; algo pronto, acabado, um produto no qual tudo parece simples e coordenado, uniforme, justo e racional.

Os constituintes de mentalidade utópica, por considerarem a ideia a essência da realidade, subordinaram o seu pensamento e a forma de proceder a um ideal. Por isso, não conseguiram se liberar da noção de democracia senão como um ideal abstrato. Confundiram fins democráticos com a própria democracia, ou seja, a mitologia da democracia com sua existência real.

Esqueceram-se de que a democracia, como ideia, não é um fato, mas apenas, e tão somente, um conceito. Não atentaram ainda para a evidência histórica, que nos ensina que o verdadeiro modelo de democracia é o possível, aquele usado para uma sociedade real, conflituosa, desigual, constituída de homens imperfeitos e não de deuses. Ignoraram o fato de que a implantação e o florescimento da democracia, em qualquer das suas adjetivações, não são apenas uma questão de vontade ou determinação pessoal. Sendo um produto histórico, ela só se torna possível na medida em que existam, principalmente, as condições e os pré-requisitos objetivos para o seu bom funcionamento.

Mas, afinal, que razões poderiam explicar o utopismo dominante na Assembleia Nacional Constituinte?

Em que pese à dificuldade de elaborar uma única classificação para os diversos tipos utópicos, a razão básica para justificar esse fenômeno, no nosso entender, reside no caráter profundamente idealístico da nossa cultura política, do qual a nossa elite, mesmo a mais intelectualizada, ainda não se desvencilhou.

O utopismo na Constituição está em todos os seus capítulos, algumas vezes introduzindo novos tipos de direitos e garantias, e outras vezes adjetivando exorbitantemente aqueles já tradicionais em nosso Direito Constitucional.

Assim é que encontramos no texto esse fabuloso catálogo de utopias: garantias de existência digna a todos (*art. 170*); fixação de requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural (*art. 186*); configuração do crime de usura desde que a cobrança de juros ultrapasse a 12% ao ano (*art. 192, parágr. 3.º*); garantia de saúde a todos (*art. 196*); garantia de atendimento ao ensino fundamental, inclusive transporte e alimentação (*art. 208*); transporte urbano gratuito para os idosos de mais de 65 anos (*art. 230*); garantia de um salário mínimo para cada portador de deficiência e idoso pobre (*art. 230*); direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (*art. 225*); prestação de assistência social a quem dela necessite, independentemente de contribuição social (*art. 203*); garantia à criança e ao adolescente do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, etc. (*art. 227*).

Poder-se-ia argumentar que as medidas propostas são de cunho meramente programático e que muitas delas costumam vir inseridas em algumas Constituições, tanto brasileiras como estrangeiras. Acontece, no entanto, que o utopismo do constituinte foi muito além do esperado. Os constituintes decretaram por

um passe de mágica, pela crença desmedida no poder das fórmulas escritas, que todas as normas programáticas passariam a ser pragmáticas, pois sentenciaram no art. 5.º, LXXVII, parágr. 2.º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Outro equívoco que se pode imputar à nossa Constituição é seu caráter demagógico. De fato, a maioria dos nossos constituintes, para impor sua liderança política ou satisfazer sua vaidade, criou falsas expectativas na sociedade com medidas jurídicas sedutoras, que sabia, de antemão, serem enganosas ou impraticáveis. Nesse particular, há de se estabelecer uma diferença importante entre a atitude demagógica e o produto demagógico.

A atitude demagógica é um dado subjetivo. É o defeito imputável a quem se vale desse artifício para projetar uma imagem simpática para o público. Consequentemente, assoma a figura do demagogo, para quem o resultado só vale se dele obtiver a projeção pessoal desejada, mesmo à custa da exacerbação de expectativas populares.

O produto demagógico é um dado objetivo. O defeito está no resultado, independente da intenção de quem o produziu. Consequentemente, a figura do demagogo, que pode ou não estar por trás do produto, perde a importância para o próprio resultado demagógico, que consiste, efetivamente, no despertar ou no exacerbar de falsas expectativas.

O produto demagógico baseia-se numa simplificação ingênua da realidade, quase sempre mascarando aspectos essenciais; seu irrealismo o aproxima da utopia, naquilo que esta possa ter de sedutor, de desenhar róseas expectativas.

A atitude demagógica pôde ser sentida ao longo dos trabalhos constituintes. Não tendo sido exclusiva, a Assembleia Nacional Constituinte ensinou a prática demagógica por parte de muitos constituintes, preocupados em projetar uma imagem “progressista”, e, por decorrência, colher vantagens políticas. Foi uma forma de se situarem melhor perante o grande público, dando a impressão de serem autênticos democratas, inovadores, criativos, atualizados, patriotas, humanistas, sensíveis aos problemas sociais. Na verdade, trabalharam com um olho nas câmeras de tevê e outro nas urnas, tentando como muitos desejavam fazer campanhas eleitorais desfraldando a bandeira da nova Constituição.

Havia razões conjunturais para assim proceder. A maioria dos Constituintes foi guindada à Assembleia Nacional Constituinte pela explosão eleitoral provocada pelo Plano Cruzado. Fracassa-

do este, sentiram a perda de popularidade, e a maneira de reconquistá-la foi usar a Constituição como instrumento de veiculação de promessas “incumpríveis”.

Mas, muito embora singularmente alguns membros da constituinte pudessem se valer da notoriedade e da publicidade dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte para projetar uma imagem pessoal de fácil simpatia, e outros mais estivessem, até por generosidade, forjando utopias, o fato concreto é que a maioria dos constituintes produziu um texto de características demagógicas. Agora não mais importa se com ou contra a intenção dos constituintes.

De fato, se nos debruçarmos ainda que rapidamente sobre a leitura do texto constitucional, verificaremos um desequilíbrio constante entre os direitos e os correlatos deveres do indivíduo. “Fala-se em ‘garantias’ quarenta e quatro vezes, em ‘direitos’ setenta e seis vezes, enquanto a palavra ‘deveres’ é mencionada apenas quatro vezes” (*Campos, 1990, p. 204*).

A impressão geral é de que os constituintes quiseram apenas conceder, sem nada exigir, e distribuir sem tratar de criar condições de produzir.

Promulgada a Constituição, o importante agora é analisar as consequências das medidas demagógicas, e não tanto quais teriam sido as intenções dos constituintes ao produzir o texto.

O dado observável da nossa realidade é que a proposta constitucional demagógica gerou e exacerbou desejos, desperdiçando normas e crescentes reivindicações por parte da sociedade.

Como, todavia, muitas delas são irrealizáveis e outras só serão possíveis de atendimento a longo prazo, de acordo com as possibilidades futuras da Nação, as reivindicações não atendidas vêm provocando dramáticas frustrações.

A consequência mais funesta é que a Constituição tem perdido o seu caráter simbólico, entrou em processo de descrédito e passou a ser descumprida até pelos seus aplicadores, sem grande remorso ou cerimônia.

O *corporativismo* é mais um equívoco encontrável em nossa Constituição. Lamentavelmente, ela não eliminou as características corporativistas das Constituições anteriores. Na verdade, agravou-as.

Com efeito, em 1988, os diversos grupos de pressão atuaram de forma ainda mais organizada, com maior soma de recursos, para verem garantidos e ampliados seus interesses específicos.

Nelson Jobim, brilhante parlamentar e constituinte, bem retrata o ambiente corporativista nos trabalhos constituintes:

"Em 1988, víamos a galeria como a representação popular, como se estivesse lá o povo pelas suas organizações. Depois, começamos a ver que o que estava na galeria não era o povo: eram as corporações de ofício, aparelhadas algumas por partidos políticos, outras não, mas todas elas visando a interesses próprios das suas corporações".

De fato, nenhum segmento organizado da sociedade resistiu à tentação de patrocinar os seus interesses classistas e corporativos junto ao poder constituinte.

Como resultado dessa abusiva pressão, hoje "o texto constitucional singulariza criaturas especiais, em desafio ao princípio da economia segundo o qual 'todos são iguais perante a lei'. Constatada-se nele, nitidamente, uma série de desigualdades em favor de certos setores da burocracia estatal ou de grupos diferenciados da sociedade civil" (**Campos, 1988b**).

Na realidade, a Constituição, em termos de corporativismo, é rica de exemplos: empresas estatais (*arts. 21, X, XI, XII; 177, I até IV*); magistratura (*art. 93*); representação classista (*art. 111, parágr. 3.º, inciso I e parágr. 2.º*); Ministério Público (*art. 123, parágr. 3.º e 5.º*); Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (*arts. 131, caput e parágr. 3.º*); Polícias Rodoviária e Ferroviária Federal (*art. 144, incisos II e III*); Polícia Civil (*art. 144, parágr. 4.º*); médicos (*art. 199, parágr. 3.º*); universidades estaduais (*art. 218, parágr. 5.º*); notários (*art. 236*); fazendários (*art. 237*); delegados de polícia (*art. 241*); escolas oficiais (*art. 242, caput*); servidores públicos civis (*art. 19*); Ministério Público do Trabalho e Militar (*art. 29, parágr. 4.º*); índios (*art. 231, parágr. 2.º e 3.º*); empresariado nacional (*art. 171, parágr. 1.º*); advocacia (*art. 133*); além de inúmeros outros.

Da leitura dessa imensa lista, constata-se que, a rigor, todos os segmentos da sociedade efetivamente organizados foram aquiridos com favores e benesses legais: desde a "tanga" até a "toga".

Além de casuística, contraditória, utópica, demagógica e corporativista, a nossa Constituição revela aspectos *socializantes*.

A identificação do grau de socialização da nossa Constituição é facilmente comprovável, porque: no tocante ao regime de bens, restringe o direito de propriedade (*arts. 172; 176; 178, parágr. 3.º; 182, parágr. 4.º, incisos I, II e III, e 186*); no que diz respeito ao regime de pessoas, restringe o direito de iniciativa pessoal no campo econômico (*arts. 171; 172; 174; 176; 178; 184; 190; 192; 222; 223; 231; 237 e 238*); no que concerne ao regime de renda, restringe a percepção dos lucros, tornando-os relativos não à produção, mas às necessidades tidas como de justiça social (*arts. 172; 192, inciso VII e parágr. 3.º*); e, por último, no que tange ao regime da produção/distribui-

ção, restringe e limita o controle privado na produção de bens e disciplina, fora das forças de mercado, os mecanismos de circulação e consumo das riquezas.

Na verdade, a Constituição de 1988 não chegou ao ponto de estruturar um Estado Democrático de Direito de conteúdo socialista, mas pretendeu, por certo, compatibilizar a democracia política com muitos aspectos próprios do socialismo econômico.

O conjunto tende ao socializante, muito embora o número de constituintes socialistas fosse reduzido. Para muitos deles, o socialismo foi identificado ao "progresso", ou seja, à aspiração de melhoria da sociedade brasileira, ou, ainda, entendido como uma afirmação do primado do interesse coletivo sobre o individual; ou, por fim, como um princípio de ordem social objetivamente orientado ao distributivismo das riquezas.

É compreensível que, num país como o Brasil, ainda socialmente muito desigual, o igualitarismo distributivista tivesse dominado o espírito generoso de boa parte dos membros da Constituinte.

Esqueceram-se, no entanto, de que a verdadeira solução para o problema da desigualdade social não é o socialismo democrático, mas, sim, o capitalismo democrático.

Muito embora, no "nível" de "aspiração", o socialismo possa compatibilizar-se com a democracia, há uma visceral contradição dele, como "organização social", com o regime democrático.

O *estatismo* é mais um lamentável equívoco presente em nossa atual Constituição. Como se sabe, a estatização se refere a qualquer tipo de acréscimo do poder do Estado em detrimento dos poderes que remanesçam aos indivíduos e aos grupos secundários da sociedade na partilha política.

Uma Constituição é estatizante quando permite a intervenção do Estado na órbita privada das relações econômicas e sociais, atribuindo-lhe poderes que as regulem, limitem ou substituam.

Pois bem; lamentavelmente os Constituintes não conseguiram ou não quiseram superar o nosso condicionamento cultural de tudo esperar do Estado. Deveriam reconhecer e lutar contra essa distorção, mas acabaram por inserir no texto constitucional uma série de dispositivos que aumentaram consideravelmente os encargos e as formas de intervenção do Estado.

Em vez de se limitar, o que já era uma demasia, às áreas de educação, saúde e previdência, o texto atual aumenta o tamanho do Estado, atribuindo-lhe, de forma surpreendente, papel relevante nos campos da ciência, da tecnologia, da cultura, da arte, do esporte e do lazer.

O modelo de Estado desenhado pela Constituição assumiu características nitidamente paternalistas. Ficou mais forte e demandado. Tornou-se administrador, justiceiro, patrão e defensor dos fracos e oprimidos, além de produtor e provedor de recursos. De outro lado, a sociedade ficou mais dependente e mais inerme. Foi limitado o campo de opção do brasileiro em questões importantes de sua vida. Reduziu-se, enfim, a capacidade do indivíduo de encontrar seus próprios caminhos e se desenvolver pelas suas próprias decisões.

Valem, aqui, as sábias palavras de Hernando de Sotro: "Um direito formulado com fins exclusivamente distributivistas não favorece nem aos ricos nem aos pobres, mas, sim, aos que estão mais bem organizados para se aproximar do poder" (*De Sotro, 1986, p.262*).

Não cabia ao legislador constituinte assumir uma atitude paternalista e resolver os problemas do cidadão, mas os da cidadania. Não lhe cabia igualmente resolver os problemas do governo, mas criar condições para a governabilidade.

O *paternalismo* é um dado presente em quase todo o texto constitucional. Ele adquiriu, todavia, maior evidência no Capítulo da Ordem Social, quando trata dos direitos dos trabalhadores.

Lamentavelmente, não souberam os nossos constituintes, ainda desta vez, nos libertar da sensação de dependência do Estado, no pressuposto de que ele é neutro e eticamente confiável, o único capaz de impor regras adequadas e restabelecer eficazmente o equilíbrio nas relações trabalhistas. O preço dessa atitude foi o aumento astronômico do poder relativo do Estado no contexto social, em detrimento do poder negocial das partes envolvidas na relação.

Ademais, segundo Roberto Campos:

*[...] a preocupação dos constituintes não foi facilitar a criação de novos empregos, e, sim, garantir mais direitos para os já empregados. Legislou-se para pouco mais de metade dos trabalhadores, porque o restante está na economia informal, à margem da lei e das garantias. Nossa Constituição, sob aparência benfeitora, é uma conspiração dos já empregados contra os desempregados e os jovens (Campos, 1985a, p. 88).*

Por outro lado, na ânsia de proteger a todos os trabalhadores, indistintamente, acabaram por dar tratamento igual a situações desiguais. Consideraram empregado, com iguais direitos, tanto um próspero executivo como um simples ajudante de pedreiro. Atribuíram a empresas iguais responsabilidades, independentemente da adversidade da conjuntura e de seu porte ou

localização, não importando se simples oficina de quintal interiorana ou poderosa multinacional de São Paulo.

Na verdade, a Constituição estratificou as relações entre empregador e empregadores: furtou e frustrou a ambas as partes o direito de decidir o seu futuro, na medida em que o legislador constitucional se arvora em árbitro e ditador desse destino.

É bom lembrar das palavras de L. G. Nascimento Silva:

*[...] que não é apenas o governo que pode dar a proteção ao trabalhador. Em todos os países, é a própria sociedade que, como um todo, vai impondo reconhecimento legal à progressiva conquista dos direitos trabalhistas e previdenciários, e as autoridades se limitam a homologá-los. Afinal, a força política não advém apenas das leis, mas da realidade social (Nascimento Silva, 1986).*

Mas as perguntas que se impõem são as seguintes: Teriam sido essas normas protecionistas, como imaginaram os constituintes, valioso instrumento para eliminar o nosso subdesenvolvimento, a promoção do bem-estar geral e a criação de uma sociedade mais livre, justa e solidária? Seria válido, em nossos dias, o modelo de Estado paternalista adotado pela nossa Constituição?

Como a norma legal existe para ser aplicada e não para ser admirada por suas qualidades formais, o teste da eficácia é crucial. Se a norma aparentemente é boa, porque eticamente justificável, nem por isso será adequada.

Conforme Roberto Campos: “A comprovação empírica é de que, quanto mais garantias sociais nossa legislação oferece, maior o grau de injustiças sociais” (Campos, 1993b).<sup>1</sup>

Ao equívoco do paternalismo, segue-se outro, que é o caráter marcadamente *assistencialista* da Constituição. De fato, nossos constituintes inseriram no texto constitucional um conjunto de “direitos sociais” em escala nunca vista anteriormente. A lista é exaustiva: abarca os campos do trabalho (art. 7.º), da seguridade social (arts. 194 a 196), da saúde (arts. 201 a 203), da assistência social (arts. 203 a 205), da educação (arts. 205 a 214), da cultura (arts. 215 a 217), do desporto (arts. 217 e 218), da proteção à família, à criança, ao adolescente (arts. 226 a 231) e dos índios (arts. 231 e 232).

Os fatos revelam que os preceitos sociais utópica e generosamente contemplados pela Constituição aos menos favorecidos continuam, em grande maioria, no papel, porque, na prática, o Estado assistencialista não tem capacidade nem recursos para assisti-los.

Nossos constituintes, desejosos de passar o Brasil a limpo e resolver todos os seus problemas de forma demagógica, utópi-

ca e paternalista, acabaram por transformar a Constituição num grande e ambicioso programa assistencial do Estado. Para executar essa hercúlea tarefa, os constituintes ampliaram as atribuições e responsabilidades do Poder Público. Mas, como se sabe, a intervenção social é dispendiosa. Levada ao extremo em que chegou a Constituição, demandaria uma grande soma de recursos.

Pois bem, para satisfazer os “direitos” criados com largueza pela Constituição e atender a todas as demandas sociais, os nossos constituintes viram no próprio Estado a fonte de recursos. Aí reside, todavia, o grande equívoco.

Mas como o Estado? De acordo com Bertrand Russell:

*Certos filósofos e estadistas pensam que o Estado possa ter virtude própria, e não simplesmente ser meio para o bem-estar dos cidadãos. Não vejo razão alguma para concordar com este modo de ver. “O Estado” é uma abstração; ele não sente prazer ou dor, ele não tem esperanças ou receios, e o que julgamos seus propósitos são na verdade os propósitos dos indivíduos que o dirigem. Quando pensamos concreta, e não abstratamente, verificamos, em vez de “O Estado”, certas pessoas que têm mais poder que o que cabe à maioria dos homens. E assim a glorificação de “O Estado” vem a ser, de fato, a glorificação de uma minoria governante. Nenhum democrata pode tolerar uma teoria tão fundamentalmente injusta (Russell, 1977, p. 103-104).*

De fato, esse conceito de Estado produtor de recursos, capaz de prever e prover, é um imperdoável engano. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O Estado provedor não passa, jamais passou, de uma dolorosa balela. Não pode prover quem não produz. A função do Estado não é produzir, mas organizar a vida social; o que ele deve prover são as condições juspolíticas para que a sociedade produza livremente” (Moreira Neto, 1991, p. 378).

Outra lamentável confusão dos nossos constituintes foi a de não distinguir a diferença entre “garantias onerosas” e “não onerosas”; entre “aspirações dignas” e “direitos adquiridos”. Por exemplo, “o capítulo sobre direitos individuais da nossa Constituição é um real avanço, porque explicita liberdades democráticas que têm grande valor e nenhum custo”. Mas os chamados “avanços sociais”, todavia, representam custos para as empresas e para os contribuintes, daí porque os nossos constituintes deveriam, ao elaborar o texto constitucional, avaliar primeiro os ônus que as medidas paternalistas e assistencialistas imporiam à sociedade e depois verificar se havia disponibilidade de meios para concretizá-las na prática. Na verdade, não fizeram nem uma coisa nem outra.

Como decorrência, a partir da promulgação da Constituição, as consequências do custo social do estatismo têm sido funestas para o País, principalmente sob dois aspectos: *o crescimento da burocracia e o estímulo à voracidade fiscal.*

Como não podia deixar de ser, esse Estado paternalista, empreguista, cartorialista e burocratizado é tremendamente desperdiçador. Inexiste qualquer tipo de controle possível sobre essa megamáquina, em que os recursos somem na voragem dos custos dos projetos, dos trâmites e da folha de pessoal. Pouco sobra para suas atividades-fim. O pouco que ainda sobra, a corrupção encarrega de desviar.

Para fazer frente ao crescimento constante dos seus custos, o Estado, a partir da promulgação da Constituição, exacerbou a sua voracidade fiscal a níveis inimagináveis e insuportáveis.

A Constituição sobrecarregou o contribuinte por meio de três sistemas fiscais paralelos:

// o sistema tributário tradicional, com o conhecido elenco de impostos;

// o sistema tributário da seguridade social, que é um sistema paralelo no qual os empresários seriam novamente garfados sobre a forma de salários, o faturamento e o lucro;

// o sistema tributário sindical, que compreende, além do imposto sindical, "uma contribuição da categoria" definida em Assembleia Geral (art. 8.º, IV).

De fato, consoante nos mostra o expoente na matéria, Ives Gandra da Silva Martins, a partir da promulgação da Constituição, os contribuintes passaram:

*[...] a pagar muito mais tributos, já que foram criados novos impostos como o de grandes fortunas, o de heranças, o das doações sobre bens móveis, o imposto de renda estadual, o empréstimo compulsório, sobre investimentos públicos relevantes, o imposto municipal sobre combustíveis, com o que, além do espectro atual, poderão os cidadãos brasileiros contribuir ainda mais com seu trabalho e salários para sustentar a "eficiente" e "austera" máquina administrativa, que continuará sendo administrada pelos mesmos legisladores e burocratas que a administram hoje (Silva Martins, 1992b, p. 44).*

Entre outros desacertos reveladores do fiscalismo, dois dispositivos da Constituição de 1988 bem exemplificam a voracidade fiscal do Estado. São duas "reservas" contra o contribuinte. A primeira autorizando a União a instituir, mediante lei complementar, quase todos os impostos que entender (art. 164, inciso I); a

segunda permite instituir contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesses das categorias profissionais ou econômicas, também quase sem limites, senão aqueles dos princípios gerais de tributação (art. 149).

No campo fiscal, tornou-se inócuo o magno princípio da capacidade contributiva, consagrado no art. 145, parágr. 1.º, que dá ao legislador uma sinalização para que, “sempre que possível”, os impostos sejam “graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Mas, graças a uma exceção desarrazoada, a competência estabelecida no art. 149, em favor da União, permite que ela institua, como realmente faz, contribuições previdenciárias escorchantes sobre empregados e empregadores sem nenhuma consideração com a desigualdade de situação de uns e de outros, sejam econômicas, sejam sociais ou geográficas.

Para concluir, a Constituição de 1988 criou um Estado fiscalista, alimentou a voracidade arrecadatória do governo, aumentou a carga contributiva da sociedade sem resolver e até mesmo agravando a crise fiscal do Estado.

## **ATITUDES DIANTE DA CONSTITUIÇÃO**

---

Diante da nova realidade constitucional, registram-se as mais diversas reações prospectivas; do otimismo ao pessimismo, da prudência ao radicalismo, da expectativa ao ativismo. Dificilmente, essas circunstâncias deixarão impassíveis os que as estão vivendo, seja como políticos, seja como cidadãos.

Numa esquematização simplificadora, poderemos identificar, basicamente, sete tipos de atitudes em relação à nossa Constituição, conforme a linha de solução preconizada: a da solução participativa, a da aceitação passiva, a da desobediência civil, a da solução judiciária, a da solução executiva, a da solução parlamentar e a da rebeldia armada.

A *solução participativa*, aberta pela própria Constituição, nasce da confiança crescente do povo no seu próprio poder de influir. Se a Carta de 1988 padece de defeitos de legitimidade, ninguém mais intitulado que o próprio povo para corrigi-los.

A *aceitação passiva* consiste na opção de cumprir, a todo risco, o texto constitucional. Não importam as consequências, nem mesmo o cumprimento de seus mais controvertidos e até absurdos preceitos. Trata-se de um documento produzido por representantes eleitos pelo povo e, por isso mesmo, só o seu rigoroso cumprimento, com todo radicalismo que isso possa significar, seria uma atitude democraticamente justificável.

A *desobediência civil* seria a solução diametralmente oposta. Confrontados com as consequências inevitáveis e desastrosas, como lhes parecem, esses segmentos radicalizantes pregam o descumprimento aberto, do tipo “não cumpro porque não posso”.

A *solução judiciária* parte da crença nos juizes. Calçados na ciência e na prudência, no dia a dia da interpretação da nova Constituição, caberão a eles as tarefas de contornar os absurdos e de minimizar os conflitos. De sua ação, cautelosa e firme, dependeria a estabilidade constitucional.

A *solução executiva* se estriba na confiança da autoridade do Presidente da República, tradicionalmente exercida em momentos de crise no País. Dele, se espera uma ação catalítica, uma aplicação moderada e uma iniciativa prudente, dando ao texto condições de ser paulatinamente adequado à realidade n um clima de ordem, ainda que não rigorosamente constitucional.

A *solução parlamentar* parte da confiança nos legisladores. Seriam eles capazes de contornar os problemas por meio de emendas, de leis complementares e de leis ordinárias e da revisão, à medida que se torne necessário desbastar as arestas e manter íntegra a ordem constitucional.

Finalmente, *last but not the least*, a *rebeldia armada*. O golpe, de recorrente presença em nossa história política, seria a *ultima ratio*. Rasgar-se-ia a Constituição em favor de um suposto interesse nacional, ainda que isso significasse vulnerar a democracia e regredir politicamente.

## CONCLUSÃO

---

A conclusão deste exercício analítico, embora complexas as premissas, é muito simples: nenhuma das soluções apresentadas, tomada isoladamente, oferece uma solução satisfatória aos problemas suscitados pela nova Carta.

A resposta, desde logo, não pode estar nas posições radicais, ou seja, na aceitação passiva, na desobediência civil, nem, muito menos, na rebeldia armada. Parece-nos que ela deve resultar da conjugação das soluções morigeradas, confiando nos três Poderes do Estado e, sobretudo, na própria sociedade, a responsabilidade de tornar possível o utópico; moderado o extremado; gradual o abrupto; e, sobretudo, legítimo o ilegítimo.

A única atitude sensata só pode ser a que parta da assunção de responsabilidades por aqueles que detêm uma parcela do poder de interpretar, aplicar e mudar. O Legislativo é necessário para rever, emendar e integrar a Carta, adequando-a às reais necessidades e possibilidades do País. Ao Executivo, caberá a importante tarefa de aplicá-las de forma realista, segura e definida, sem sucumbir aos acenos da popularidade fácil. O Judiciário é fundamental para interpretar prudentemente os textos preconceituosos e radicalizantes, dando à letra da lei a vivificação que a torne norma legítima. Mas estará, sobretudo, nas mãos da própria sociedade, pela onímoda participação que a própria Constituição possibilita, a responsabilidade de pugnar pela verdadeira legitimação que lhe falta.

É chegado o momento de aproveitar essa grande oportunidade de haurir ao máximo a experiência vivida dessa Constituição a fim de que possamos democraticamente escoimar os seus erros e preservar os seus acertos, trazendo o País para a modernidade.

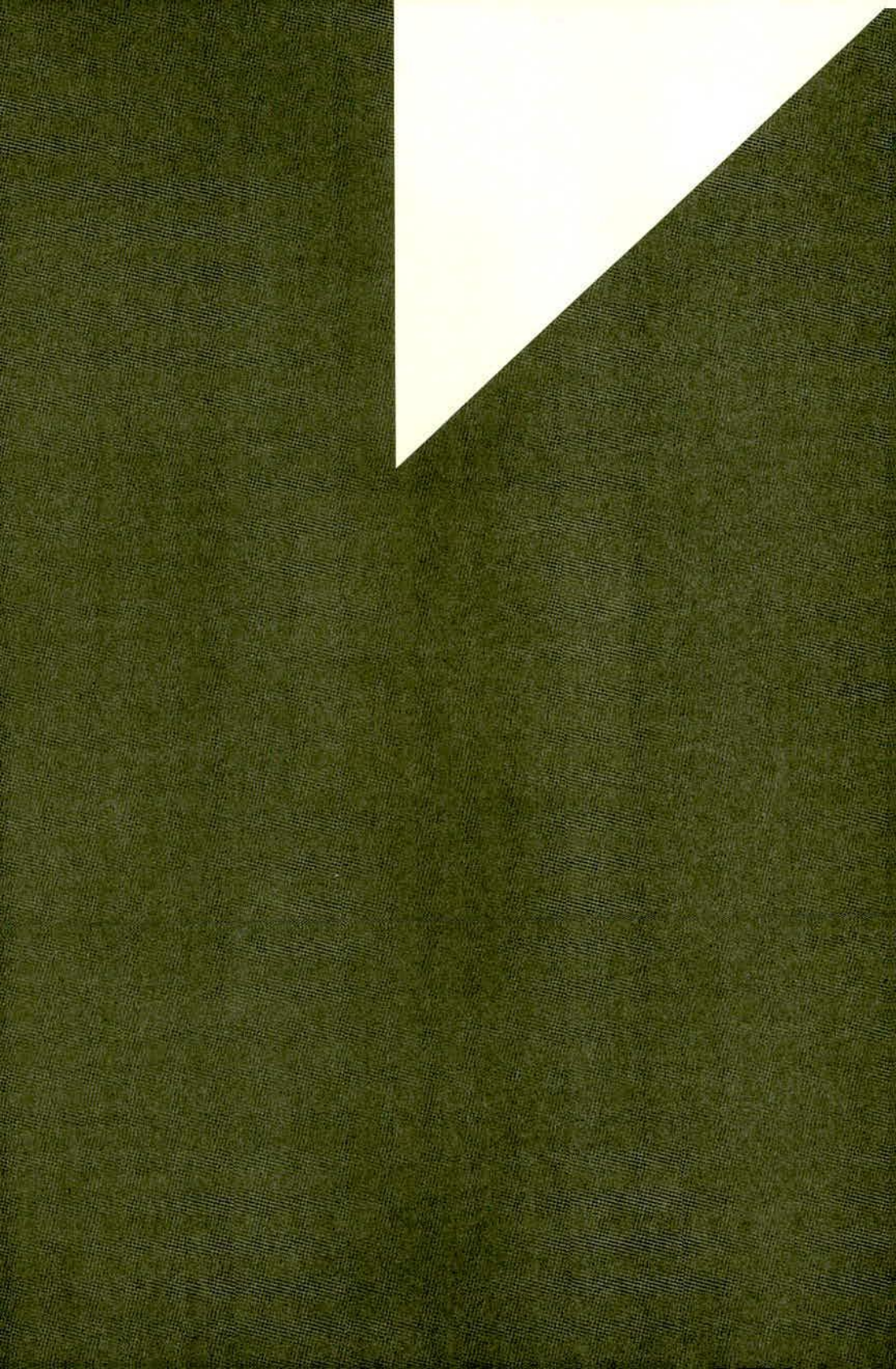
## BIBLIOGRAFIA

---

- ABRAMO**, Cláudio. *Constituinte e democracia no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- CAMPOS**, Roberto. *Além do cotidiano*. Rio de Janeiro: Record, 1985a.
- \_\_\_\_\_. "Sigla e mensagem". Em *O Globo*. Rio de Janeiro, 22/12/1985b, p. 12.
- \_\_\_\_\_. *Guia para os perplexos*. Rio de Janeiro: Nórdica, 1988a.
- \_\_\_\_\_. "A revolução discreta". Em *O Estado de S. Paulo*, 24/4/1988b.
- \_\_\_\_\_. *Século esquisito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 20/8/1993a.
- \_\_\_\_\_. "Da dificuldade de ligar causa e efeito". Em *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 23/5/1993b.
- DE SOTTO**, Hernando. *Economia subterrânea*. Rio de Janeiro: Globo, 1986.
- JAGUARIBE**, Hélio. "Três problemas e seis cenários". Em *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 21/7/1988, p. A-3.
- MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. "Dádiva do papel". Em *Carta Apec*, n. 797, p. 18-19. Rio de Janeiro, 30/6/1988.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e revisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- NASCIMENTO SILVA**, L. G. "A Constituinte e os direitos sociais". Em *O Globo*. Rio de Janeiro, 13/12/1986.
- NATHANAEL**, Paulo. "Constituição: credence e realidade". Em *O Estado de S. Paulo*, 5/3/1987.
- PACHECO**, Cláudio. "Constituição de Miúdos". Em *Carta Apec*, n. 749. Rio de Janeiro, 10/6/1986.
- PRADO**, Ney. *Os notáveis erros dos notáveis: da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987a.
- \_\_\_\_\_. "Erros que os constituintes devem evitar". Em *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 23/4/1987b.
- REALE**, Miguel. "Consciência nacional". Em *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 25/5/1993.
- RUSSELL**, Bertrand. "A autoridade e o indivíduo". Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- SILVA MARTINS**, Ives Gandra da. *Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio*, 37 (443), p. 3-11. Rio de Janeiro, fevereiro de 1992a.
- \_\_\_\_\_. "Sistema tributário na Constituição de 1988". São Paulo: Saraiva, 1992b.
- TAVARES**, Ana Lucia de Lira. "A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas". Em *Revista de Informação Legislativa*, n. 109. Rio de Janeiro, jan./mar. de 1991.

III

O EQUILÍBRIO  
DE PODERES



III

---

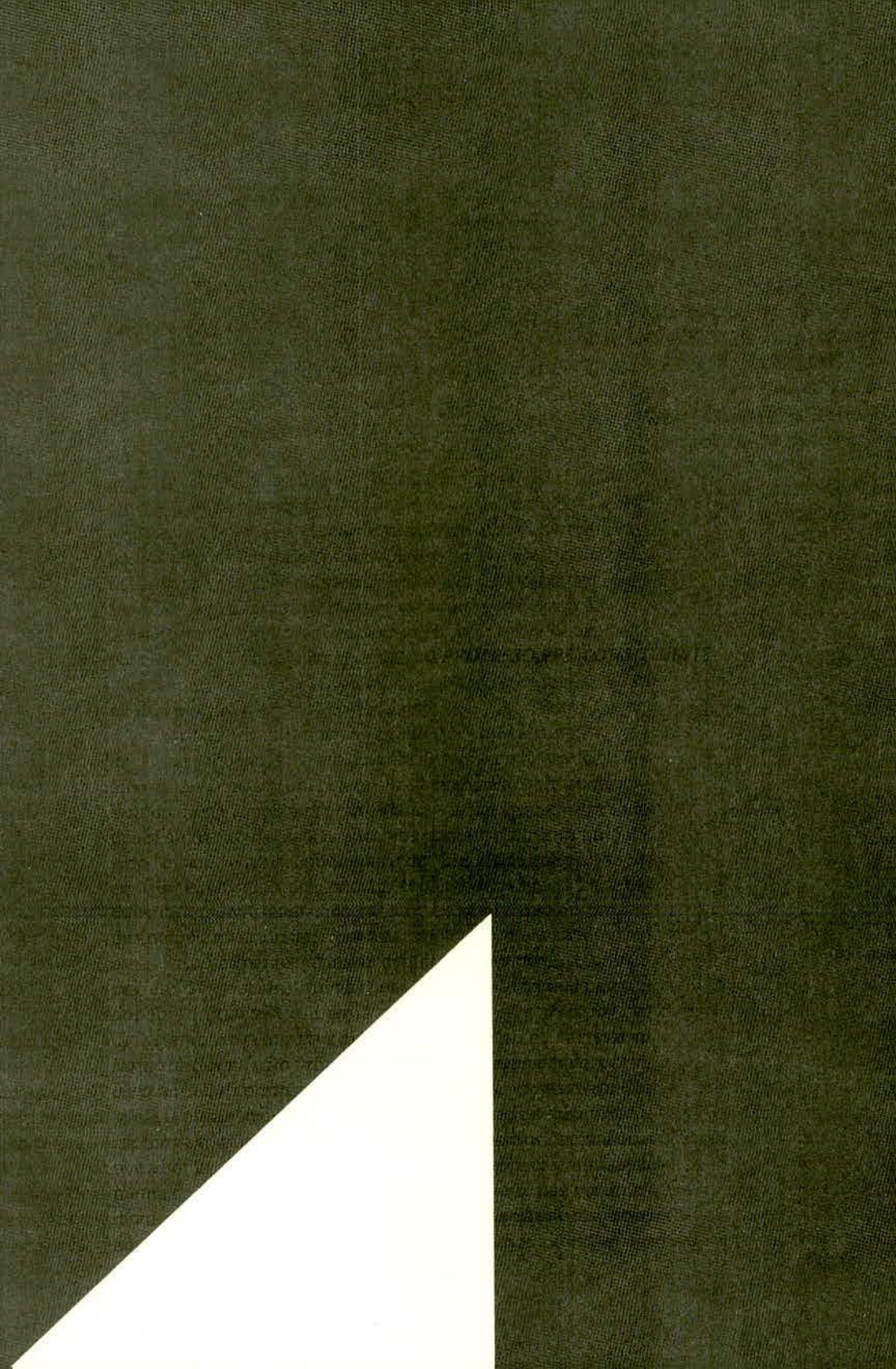
HARMONIA  
E INDEPENDÊNCIA  
DOS PODERES

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

---

Professor emérito da Universidade Mackenzie, da qual foi professor titular de Direito Econômico e Constitucional. Professor emérito das Universidades Unip, Unifrio, UnifMU, do CIEE, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme) e Superior de Guerra (ESG). Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Craiova (Romênia) e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente da Câmara Arbitral da FecomercioSP. Fundador e presidente honorário do Centro de Extensão Universitária do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS).

---



Para este livro sobre a Constituição que o Conselho Superior de Direito publica, decidi retomar o tema “equilíbrio de poderes”, que tem sido objeto de reflexão permanente em nossas reuniões e em palestras e escritos meus.

A Constituição Brasileira, com 250 artigos de disposições permanentes, 95 de disposições transitórias e 70 emendas – das quais 64 originárias de processo ordinário e 6 da revisão de 1993 –, tem sido considerada uma Constituição demasiadamente pormenorizada, com inúmeros artigos que não mereceriam encontrar-se num texto supremo, como, por exemplo, o artigo 242, parágrafo 2.º, que impõe a permanência do Colégio Dom Pedro II, no Rio de Janeiro, na órbita federal.<sup>7</sup>

Apesar de prenhe de defeitos, seu mérito maior, todavia, diante da absoluta liberdade que os constituintes tiveram para a discussão de um modelo de lei fundamental, foi o de ter criado um sistema em que o equilíbrio de poderes é inequívoco. Sem equilíbrio de poderes não há segurança jurídica. Em nenhum texto anterior (1824, 1831, 1934, 1937, 1946 e 1967, com suas emendas), essa realidade revelou-se de maneira tão nítida como no de 1998. Nem mesmo

Estados Unidos, pátria do presidencialismo, segue a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu – que a própria França não hospeda –, com separação tão nitida como no Brasil, nada obstante o instituto das medidas provisórias ofertar impressão diversa.

Deve-se tal equilíbrio ao fato de que toda a formatação da nossa lei maior ter sido para um sistema parlamentar de governo, ideal frustrado nas discussões finais do texto, em plenário da Constituinte, com o que alguns dos mecanismos de controle dos poderes, próprios do parlamentarismo, remanesceram no texto brasileiro. A própria Medida Provisória, cujo teor foi, quase por inteiro, cópia da Constituição de um país parlamentarista (a italiana), demonstra que a mudança do “rumo dos ventos” no plenário da Constituinte não foi capaz de alterar o espírito que norteou as discussões nas Comissões até então.<sup>2</sup>

Creio que a solução não foi ruim.

Criou-se um Poder Judiciário (artigos 92 a 125) como guardião da Constituição (artigo 102),<sup>3</sup> que tem exercido com plenitude tal função, evitando distorções exegéticas que poderiam pôr em risco a democracia no País; um Poder Legislativo, com poderes reais de legislar, não poucas vezes tendo rejeitado medidas provisórias do Executivo (artigos 44 a 69); e um Poder Executivo (artigos 76 a 91), organizado de acordo com parâmetros constitucionais, que lhe permitem adotar as medidas administrativas necessárias para que o País cresça e viva plenamente o regime democrático, sem tentações caudilhescas por parte de seus presidentes.

Por fim, o Tribunal de Contas exerce um poder responsabilizador da administração superior ao das leis maiores anteriores (artigos 70 a 75).

Por essa razão, nesses vinte e três anos, o Brasil conheceu um *impeachment* presidencial, superinflação – não hiperinflação, que sempre desorganiza as economias –, escândalos como dos “anões do Congresso” e do “mensalão”, alternância do poder, e jamais, aqui, se falou em ruptura institucional, numa demonstração de que as instituições funcionam bem. Os três Poderes, nos termos do artigo 2.º da Lei Suprema, são “independentes e harmônicos”<sup>4</sup>.

Esse equilíbrio inexistente em nossos vizinhos. A Constituição venezuelana, com seus 350 artigos e 18 disposições transitórias, além de uma disposição final, de rigor, apesar de mencionar cinco poderes, hospeda um apenas, visto que o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Poder Legislativo são poderes acólitos do Executivo, e o quinto poder, o povo, manipulável pelo Executivo.

Assim é que, no seu artigo 236, o de competências do Presidente da República, admite, pelo inciso 22,<sup>5</sup> que não só pode o presidente convocar referendos, como, pelo inciso 21,<sup>6</sup> dissolver a Assembleia Nacional, sobre ter, pelo inciso 8,<sup>7</sup> o direito de governar, sem a Assembleia Nacional, por meio de leis habilitantes.

No Brasil, o plebiscito e o referendo são convocados pelo Congresso Nacional (*art. 14, inc. I e II*)<sup>8</sup>, e o presidente de República não tem, entre suas competências (*art. 84*),<sup>9</sup> o poder de dissolver o Congresso.

Ao contrário, o Presidente da República pode sofrer o impeachment (*arts. 85 e 86*)<sup>10</sup> do Congresso Nacional, sendo, neste particular, uma Constituição em que o Legislativo tem força para afastar o Presidente da República, mas o Presidente não tem forças para dissolver o Congresso.

Como se percebe, o modelo venezuelano é de um poder só, o presidencial, o que tem levado o caudilho Hugo Chávez a abusos crescentes, mediante cerceamento da liberdade de expressão, com fechamento de emissoras de tevê e redes da oposição, convocações de referendos, que manipula a ponto de não permitir, nos mesmos lugares em que faz comícios para defender seus pontos de vista, que a oposição se utilize daqueles mesmos espaços para expor as suas ideias.

O modelo venezuelano de um só poder, o que vale dizer, de um Executivo forte e Legislativo e Judiciário subordinados, lastreia-se nas lições de um grupo de professores socialistas da Espanha (Cepes), segundo o qual apenas dois poderes são democráticos: o povo e o seu representante no Executivo. Por isso, reduz os outros poderes à função servil e sugere consultas populares permanentes – altamente manipuláveis por quem está no comando – à guisa de dar legitimidade ao único poder efetivo, que é o do Presidente executivo.

O modelo socialista, que Chávez chama de “bolivariano”, foi seguido também pelo Equador, na sua Constituição de 444 artigos, 30 disposições transitórias, 30 de um regime de transição com uma disposição final. Por ela, pode o Presidente da República dissolver a Assembleia Nacional, se ela atrapalhar o Plano Nacional de Desenvolvimento do Presidente ou se houver uma grave crise política ou comoção interna (*art. 148*)<sup>11</sup> passando o Presidente da República a dirigir sozinho o país, convocando novas eleições.

Poderá a Assembleia Nacional (*art. 130*)<sup>12</sup> destituir o Presidente da República, mas, nesse caso, também se dissolverá, convocando-se, no prazo máximo de 7 dias, eleições gerais presidenciais e legislativas.

Em outras palavras, o Presidente da República pode dissolver a Assembleia Nacional sem perder o cargo, mas a Assembleia Nacional, se destituir o Presidente, também estará se destituindo!

Não é diferente a Constituição boliviana, com 411 artigos e 10 disposições transitórias, com uma disposição derogatória e outra final. Aqui, os artigos 182 e 183<sup>9</sup> tornam o regime mais perigoso, pois o Tribunal Superior de Justiça terá seus magistrados eleitos por sufrágio universal por seis anos. Vale dizer: o Poder Judiciário, que é um poder técnico, passa a ter seus integrantes eleitos pelo povo e sem as garantias mínimas necessárias para exercer suas funções com imparcialidade! E o pior, com mandato de seis anos; muito embora não possam ser reeleitos seus juízes.

Normalmente, os poderes políticos, numa real democracia – e não na simulação de democracia dos três países analisados –, são o Poder Executivo e o Legislativo. Suas forças se equivalem, não existindo apenas um poder forte, o Executivo, e um fraco, o Legislativo. O Poder Judiciário é sempre um poder técnico, vale dizer, um poder cuja função é a preservação da lei produzida pelo legislativo. Por essa razão, é que, nas verdadeiras democracias, o povo não participa diretamente na sua escolha e na escolha de seus membros. Transformar o Poder Judiciário em poder *eletivo* é tirar-lhe a individualidade e neutralidade, levar o magistrado a ter de fazer campanha política para ter o seu nome *sufragado universalmente!*

Perde, pois, o país a seriedade que deveria ter a Suprema Corte nas suas decisões para amalgamar os três Poderes num só, em prol de uma força maior outorgada ao Executivo, à semelhança das Constituições venezuelana e equatoriana (*art. 172*),<sup>14</sup> com o direito de ditar decretos supremos e resoluções (*inciso 8*)<sup>15</sup> e convocar sessões extraordinárias da Assembleia Nacional (*inciso 6*)<sup>16</sup>.

Como se percebe, há um profundo abismo entre a Constituição Brasileira, de três Poderes harmônicos e independentes, e as Constituições dos três países mencionados, em que, de rigor, apenas um poder existe (o Executivo), os demais são acólitos. O chamado “poder popular”, permanentemente convocado, é de fácil manipulação pelo Presidente, visto que, nas consultas populares, jamais poderia o povo examinar em profundidade a complexidade legislativa da consulta, como, *por exemplo, discutir uma Constituição de algumas centenas de artigos!*

O modelo espanhol adotado – de nítida conformação socialista – objetiva apenas legitimar, por consultas manipuláveis do povo, o regime ditatorial, que parece começar a se implantar na América Latina, com sucessivas buscas de perpetuação no poder

por parte dos dirigentes desses países, com reeleições ilimitadas. O próprio Presidente Ortega, na Nicarágua, apesar da Constituição proibir a reeleição disputou um segundo mandato.

E a influência dos países que afagam aspirantes à perpetuidade no poder parece ter contaminado a Organização dos Estados Americanos (OEA), pois, no episódio de Honduras, de rigor, a expressão “golpista” só poderia ser aplicada ao Presidente deposto.<sup>17</sup>

Com efeito, o artigo 239 da Constituição hondurenha permite o afastamento do Presidente se descumprir a lei, a ordem e desrespeitar os poderes constituídos. Honduras não tem o instituto do impeachment, que o Brasil consagrou, nos artigos 85 e 86 da Lei Suprema.

Ora, o presidente Zelaya pretendeu desrespeitar a Constituição hondurenha respondendo às advertências do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no sentido de que não respeitaria a “cláusula pétrea” da Lei Suprema do país – que não permite reeleições – e que faria um plebiscito para conseguir a aprovação de seu intento.

No momento em que desobedeceu a decisão do Poder Judiciário, que declarou inconstitucional a consulta popular, à evidência, o desrespeito à lei e à ordem se caracterizaram, e seu afastamento se deu, *nos termos da Constituição*. As eleições livres que levaram à Presidência o candidato Pepe Lobo não só desfiguraram a imagem da OEA, como levaram o Brasil ao melancólico papel de um país cujos aliados ditatoriais (Venezuela, Irã, Líbia) foram prestigiados, na época, e os democráticos, não.

É interessante que, na Constituição brasileira, temos um dispositivo semelhante ao artigo 239 da Constituição hondurenha, estando o artigo 142 assim redigido:

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

Qualquer dos poderes constituídos brasileiros (Executivo, Legislativo e Judiciário) pode chamar as Forças Armadas para o restabelecimento da ordem e da lei.

Apesar da disposição do artigo 142 da Constituição Federal, o equilíbrio de poderes existente na democracia brasileira é de tal ordem que jamais passaria pela ideia de qualquer cidadão ou de

qualquer autoridade não acatar a decisão do Poder Judiciário, ou de qualquer governante não cumprir as leis produzidas pelo Poder Legislativo.

É inconcebível, no Brasil, que a Presidente Dilma, ou qualquer Presidente, possa declarar que *não cumprirá decisões* do Supremo Tribunal Federal por considerar-se acima de qualquer outro poder. No Brasil, só mesmo na Constituição de 1937, escrita pelo gênio de Francisco Campos – de quem se dizia que, “quando as luzes de sua inteligência acendiam, geravam curto-circuito em todos os fusíveis da democracia” –, o Presidente da República tinha o direito de não acatar decisões da Suprema Corte.

Concluindo, estou convencido de que há um processo inverso à democracia que começa a invadir diversas nações da América Latina, nas quais o equilíbrio dos poderes deixa de existir, para a criação de um caudilhismo do século XIX e utilizando a manipulação do povo, no mesmo estilo de Hitler, Mussolini e Stálin.

Felizmente, a espinha dorsal de nosso Texto Supremo é boa e, não obstante imperfeições, mantém o que é essencial numa democracia, ou seja, o Poder controlando o Poder, com o equilíbrio entre os três Poderes.

## NOTAS

<sup>1</sup> O parágrafo 2.º do artigo 242 da Constituição brasileira tem a seguinte redação: "O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal".

<sup>2</sup> O caput do artigo 62 da Constituição brasileira está assim redigido: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001.)

<sup>3</sup> O artigo 102 caput está assim redigido: "102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]".

<sup>4</sup> O artigo 2.º está assim redigido: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

<sup>5</sup> O inciso 22 do artigo 236 da Constituição venezuelana está assim redigido: "Convocar referendos em los casos previstos en esta Constitución".

<sup>6</sup> O inciso 21 do art. 236 da Constituição venezuelana está assim redigido: "Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución".

<sup>7</sup> O inciso 8 tem a seguinte redação: "Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley".

<sup>8</sup> "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; [...]".

<sup>9</sup> "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]". O artigo tem 37 incisos discriminados.

<sup>10</sup> Os caputs dos artigos 85 e 86 estão assim redigidos: "Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais; Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade".

<sup>11</sup> O artigo 148 da Constituição equatoriana está assim redigido: "La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna".

<sup>12</sup> O artigo 130 da Constituição equatoriana está assim redigido: "La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos: [...]. 2. Por grave crisis política y conmoción interna. En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente de la República. Para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. De prosperar la destitución, la Vicepresidenta o Vicepresidente asumirá la Presidencia de la República. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el periodo legislativo, en los tres primeros años del mismo. En un plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos periodos. La instalación de la Asamblea Nacional y la posesión de la Presidenta o Presidente electo tendrá lugar de acuerdo con lo previsto en la Constitución, en la fecha determinada por el Consejo Nacional Electoral".

<sup>13</sup> "Artículo 182 - I. La Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal; III. Los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos; Art. 183 - I. Las Magistradas y los Magistrados, no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Su periodo de mandato será de seis años; II. Las Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y demás causales previstas en la ley."

<sup>14</sup> "Art. 172 - Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley: [...]."

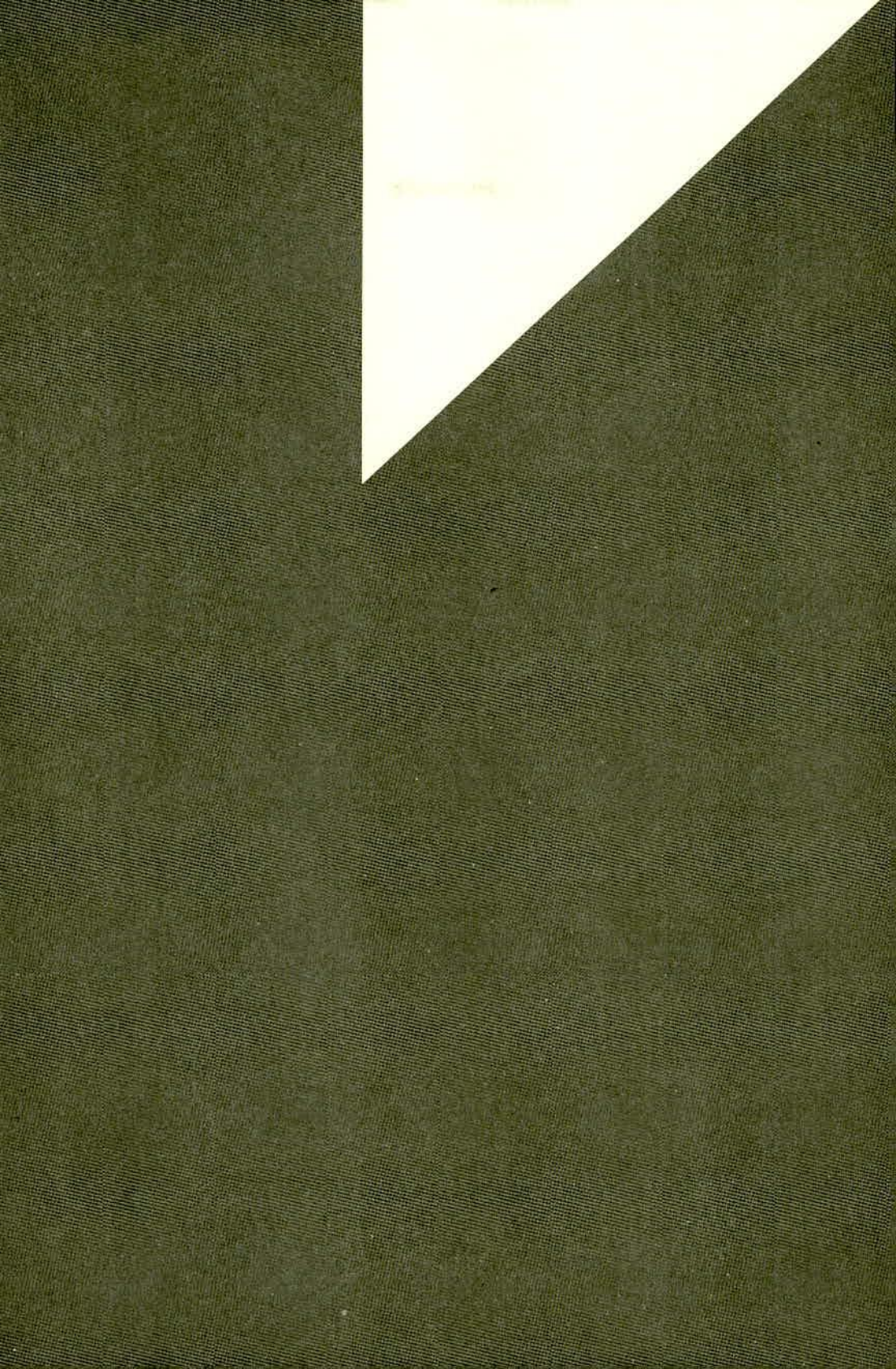
"Dictar decretos supremos y resoluciones."

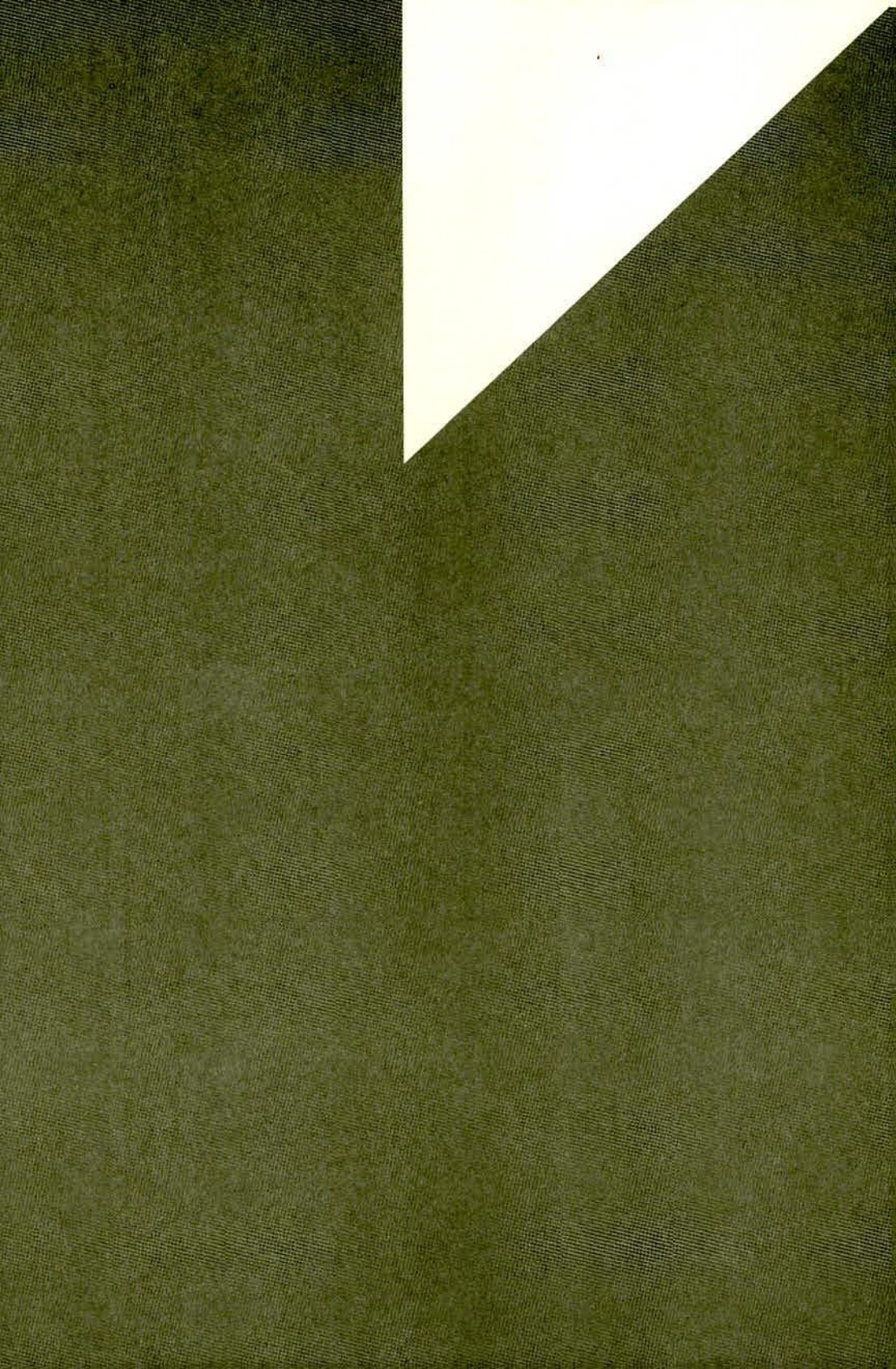
"Solicitar la convocatoria a sesiones extraordinarias al Presidente o Presidenta de la Asamblea Legislativa Pluribnacional."

<sup>15</sup> "Dictar decretos supremos y resoluciones."

<sup>16</sup> "Solicitar la convocatoria a sesiones extraordinarias al Presidente o Presidenta de la Asamblea Legislativa Pluribnacional."

<sup>17</sup> O artigo 239 da Constituição hondurenha: "Artículo 239. El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Vicepresidente de la República. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública".



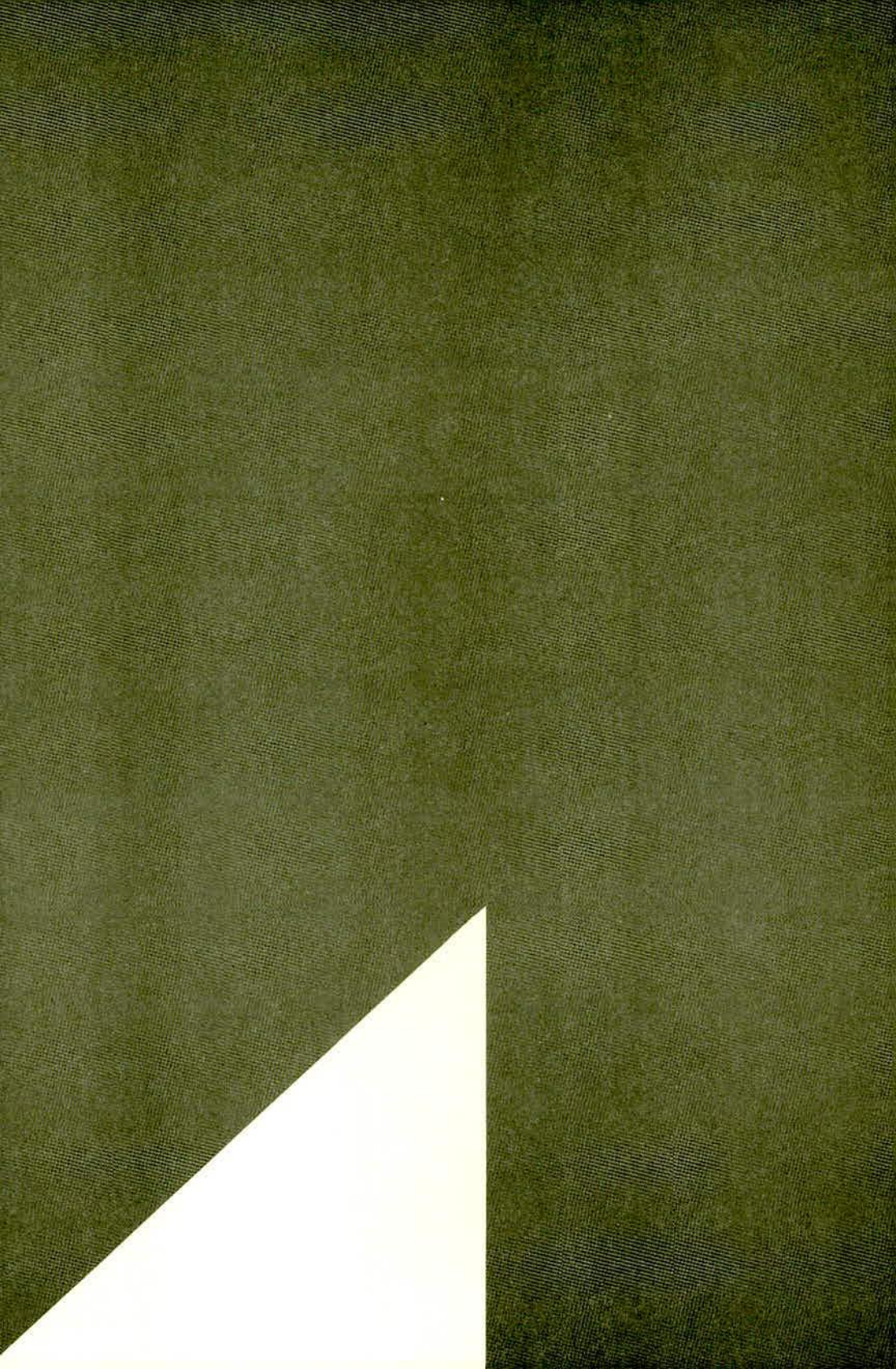


### III

## PRESIDENCIALISMO EXACERBADO, LEGISLATIVO FRAGILIZADO E JUDICIÁRIO POLITIZADO

### **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**

Advogado, jurista, político e professor. Foi professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Ministro da Justiça em caráter interino (1969-1971). Secretário de Administração do Estado de São Paulo (1972). Secretário de Justiça do Estado de São Paulo (1972-1973). Diretor da Faculdade de Direito da USP (1973-1974). Vice-governador do Estado de São Paulo (1975-1979). Assessor do ministro da Justiça Alfredo Buzaid no governo Médici. Autor de *A democracia possível* (1972), *Direitos humanos fundamentais* (11.ª ed., 2009) e *Curso de Direito Constitucional* (36.ª ed., 2010).



1 // O exame da governança tal qual ela de fato se faz na realidade brasileira contemporânea aponta três fenômenos que merecem ser ponderados. São eles: 1) a exacerbação do presidencialismo, com a proeminência acentuada do Presidente da República; 2) o fenecimento do Legislativo, cujo papel empalidece; 3) a assunção pelo Judiciário de um crescente papel político. Tudo isso evidentemente significa uma profunda transformação da separação de poderes, que, paradoxalmente, a Constituição consagra como cláusula pêtrea (*art. 60, § 4.º, III*).

Note-se que esses fenômenos se manifestam na Constituição real, que não coincide exatamente com o texto normativo promulgado em 1988. Na verdade, as Constituições mudam com o passar dos anos em função da jurisprudência, das leis infraconstitucionais (!), da doutrina jurídica, das ideologias políticas, da cultura, do "ar do tempo", etc., como também "crescem", desenvolvendo potencialidades nem sempre suspeitadas por seus autores, os constituintes. Isso certamente ocorreu com a Constituição editada em 5 de outubro de 1988.

## A EXAGERAÇÃO DO PRESIDENCIALISMO

---

**2 //** Na realidade brasileira, a governança concreta é marcada pela preponderância do Executivo. Isto é inerente ao sistema, que é tradicional na República e foi objeto de opção no plebiscito de 1963.

Na verdade, a preeminência desse Poder é um fenômeno generalizado, na atualidade, pelo mundo afora. Entretanto, essa preeminência não chega ao ponto em que está em nosso país.

Essa preponderância é decorrente – já se disse – da proeminência do Presidente da República. É verdade que isso também não é de hoje, pois, nos anos de 1930, um autor estrangeiro já se referia à *Sua Majestade, o Presidente do Brasil*. Ocorre, todavia, nos dias que correm, uma exageração dessa proeminência, já de si exagerada.

**3 //** Esta exageração advém de várias razões. Uma é de ordem política. Consiste na sua legitimidade democrática, encarecida pela eleição direta em dois turnos: ele aparece assim como o escolhido da maioria absoluta do povo brasileiro.

Outra é de ordem jurídica, dada a ampliação das competências e das tarefas do Estado, em geral postas nas mãos do Executivo, isto é, na dependência do Presidente da República.

Uma terceira vem da cultura política nacional, pois, para a maioria do povo, em que preponderam os carentes, ele é o demiurgo, ou o taumaturgo, que poderá trazer para todos o bem-estar. Essa visão cultural foi gerada principalmente pelo Estado Novo, que pôs o Presidente como o “pai dos pobres”.

**4 //** Ora, esse quadro potencializa as funções oficialmente atribuídas ao Presidente: as de chefe de Estado, chefe de governo, suprema autoridade das Forças Armadas, dirigente das relações exteriores e superintendente da administração. Estas, porém, não elucidam total e claramente a força do Presidente no quadro nacional. A elas, devem ser acrescentados os múltiplos papéis que lhe são implicitamente atribuídos.

**5 //** Realmente, a Constituição, no afã de regular não só a ordem política, mas também as esferas social e econômica, propicia ao Presidente da República vários papéis que têm de ser sopesados para aferir a sua força na vida nacional.

Assim, é hoje o Presidente da República o *comandante da economia nacional*. Sim, porque ele o é na medida em que pode

conceder estímulos e desestímulos às atividades produtivas que dependem profundamente do quadro financeiro. Ora, tem nas mãos o Banco Central, que rege toda a *política financeira* e manobra o câmbio. Igualmente, dirige a grande agência de financiamento que é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e também o maior banco, o Banco do Brasil. Controla a grande indústria energética, com a Petrobras à frente. Todos esses órgãos, com feito, têm à frente delegados seus.

É o *provedor dos mais pobres*. Está nas mãos o sistema previdenciário, o Sistema Unificado de Saúde (SUS), programas assistenciais como o Bolsa Família, etc.

Em última análise, também é o “patrão” de todos os que emprega a imensa máquina estatal e paraestatal. Os seus salários dependem dele... Além de ser o “Grande Irmão” que tudo sabe, informado pela Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e pela Polícia Federal...

**6 //** A esse indisfarçável arsenal, soma-se o aporte das medidas provisórias, que tende a operar uma concentração em suas mãos de dois poderes, o Legislativo e o Executivo.

De fato, ao editar a Medida Provisória, o Presidente da República amolda, segundo sua discricção, a ordem jurídica. Com isso, ele a conforma de acordo com o que lhe parece melhor, visando aos objetivos e às políticas que pretende instaurar. Somente depois de produzir efeitos é que o Legislativo a examina para convertê-la ou não em lei. Ora, esse *controle a posteriori* depara com fatos consumados que pesam decisivamente em favor de sua aprovação. Trata assim o Legislativo, não de um projeto – uma lei *in fieri* –, mas de uma lei *facta*. A Emenda n.º 32/2001 certamente aprimorou o controle que caía anteriormente no vazio, dada a possibilidade de reiteração ilimitada da Medida, mas evidentemente não eliminou a concentração de poder.

Em resumo, inverte-se o modelo de processo legislativo desenhado por Montesquieu. Em vez da *faculté de statuer*, ou seja, de ter a faculdade de estatuir, estabelecer o conteúdo normativo da lei, o Legislativo fica com uma *faculté d'empêcher*, mas com um veto bem menos eficaz, do que o que cabia e cabe ao Executivo, pois não previne os efeitos da norma. Ao contrário, o veto do Executivo, embora superável, ao menos afasta a vigência e a eficácia do conteúdo normativo.

Enfim, como a moeda má expulsa a moeda boa, as medidas provisórias quase eliminaram as leis delegadas, que importam num controle prévio da legiferação governamental.

## II. O FENECIMENTO DO LEGISLATIVO

---

**7 //** Pode-se dizer que, como poder de legislar, o Legislativo feneca. No campo que foi sua razão de ser, seu papel se torna apagado, reduzido a um controle às vezes inviável pela consumação dos efeitos da Medida Provisória.

Lembre-se que os seus trabalhos legislativos ficam na dependência das Medidas Provisórias e no ritmo destas. Têm elas, com efeito, prazos obrigatórios de tramitação, sob pena do sobrestamento de outras “deliberações legislativas”. Isso significa uma prioridade para as medidas provisórias em relação aos projetos de lei, que podem ser de iniciativa parlamentar. E como as medidas provisórias são muitas, pouco resta para o exame destes projetos.

**8 //** A perda de importância real do Legislativo não escapa a seus integrantes. Os parlamentares atuais bem o sentem, de modo que procuraram outra atividade que não a de legisladores para ter sobrevida política. Esta é a de inquérito, com a instituição das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Estas não visam mais, como está nos livros, colher subsídios para a atuação do Parlamento em suas tarefas próprias, sendo a essencial evidentemente a de legislar, mas se voltam para a apuração de atos ilícitos, assumindo um papel policialesco. Nisso, não raro invadem o terreno atribuído ao Judiciário. Mas este – papel que idealmente configura controle – dá notícia e é acompanhado pelos meios de comunicação de massa. Por intermédio destes, salienta este ou aquele parlamentar. Frustram, entretanto, a opinião, porque não conduzem, como não o podem, a resultados práticos, por exemplo, a punição dos “corruptos”.

**9 //** Assim, o único setor em que o Legislativo ainda pesa é o do controle administrativo e político. Entretanto, esse controle tem pouca eficácia, porque não dispõe de armas adequadas para fazê-lo. A exceção é o *impeachment*, mas este é de tal gravidade que os parlamentares hesitam em usá-lo, dado o abalo que traz para a sociedade civil.

### III. A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

---

**10 //** Se o Legislativo fenece, o Judiciário floresce. Sem dúvida, em tempo algum de nossa história, se deu tanta atenção a esse poder, que deve ser o mais neutro (imparcial) e apolítico de todos.

No desempenho das suas tarefas tradicionais – dirimir litígios surgidos nas relações sociais, essencialmente entre particulares, punir delitos –, esse poder, todavia, não brilha. É banalidade reconhecer a lentidão dos processos – justiça tardia não é justiça – com a consequência da (relativa) impunidade para os criminosos e com a demorada reparação das eventuais lesões patrimoniais sofridas pelos indivíduos. Disso, aliás, o Estado muito se beneficia pelo verdadeiro “calote” no não pagamento dos precatórios, inclusive de alimentos, ou, de modo mais leniente, pela demora interminável no seu pagamento.

**11 //** O destaque atual do Judiciário advém das funções políticas que vem assumindo. Isso certamente é ensejado por instrumentos previstos na Constituição e pelas particularidades desta. Entretanto, já foi muito além do que os constituintes ou os exegetas do texto de 1988 imaginaram. Ocorre uma “judicialização da política” que leva a uma “politização”, em mais de um sentido, do próprio Poder Judiciário.

Analise-se a questão.

**12 //** O Judiciário, em todas as suas instâncias, tem-se substituído ao Executivo na determinação de políticas públicas ou na orientação destas. Sob o acicate principalmente do Ministério Público, tornado plenamente autônomo pela Constituição em vigor, em resposta a ações civis públicas, às vezes em mandados de segurança coletivos, etc., vem ele obrigando o Executivo a desencadear políticas públicas. Isso é globalmente falando positivo, mas é preciso observar que o magistrado, habituado ao julgamento singelo – *tem direito, não tem direito* –, defere pedidos sem considerar o possível, sem avaliar oportunidade e conveniência, que levam à definição de prioridades, sem estar preso a limitações orçamentárias ou sujeito à lei de responsabilidade fiscal...

**13 //** Igualmente, pode-se dizer, sem qualquer hesitação, que o Judiciário também está substituindo o Legislativo na formulação de normas que deveriam ser objeto de lei. A Constituição vigente, preocupada sem dúvida com a omissão legislativa no

tocante à regulamentação de preceitos constitucionais, previu a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta, porém, revelou-se inócua, pois apenas permite que seja dada ciência ao Legislativo da omissão em qualquer consequência efetiva. Entretanto, por meio do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal tem corrigido em muitos casos a inércia do Legislativo, como ainda fez em 2007 a propósito da regulamentação do direito de greve do servidor público. Suprir omissões é ponto positivo. Contudo, significa para o Judiciário assumir a legiferação, ainda que dada a inação do poder para isso estabelecido.

Acrescente-se que, na mesma linha, passou a atuar o Tribunal Superior Eleitoral. Este, em 2007, ao responder a consultas, fixou, numa interpretação constitucional ousada, o relacionamento entre o eleito e o partido que o elegeu. Entendeu o eleito preso a esse partido por uma sorte de fidelidade partidária. Corroborada essa interpretação, que como tal não saía do âmbito natural de um tribunal no sistema difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, deu um passo adiante. Editou uma resolução disciplinando a matéria, resolução que tudo tem de lei, salvo o nome.

**14 //** Também no que toca ao desdobramento de normas constitucionais, num terreno de transição entre o infraconstitucional e o propriamente constitucional, o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 103-A da Constituição, inscrito nesta pela Emenda n.º 45/2004, passou a legiferar por meio das súmulas vinculantes. Estas são enunciados normativos – leis, pois – com força superior à das leis comuns, visto que não podem ser revogados ou alterados por estas. São, no mínimo, normas paraconstitucionais.

Essas súmulas têm força vinculante para o Estado brasileiro em todas as esferas federativas, fixando interpretação cogente para os preceitos formalmente constitucionais. O instituto é apresentado como consolidação de jurisprudência. Entretanto, a prática recente mostra que o Supremo Tribunal Federal vem usando do instituto para desdobrar ou complementar a Constituição, sem aguardar a reiteração de decisões, certamente indo além do que indica a mera exegese do texto do artigo citado. Ao fazê-lo, toma decisões de apreciação política, de aferição de conveniência. Com efeito, por exemplo, onde na Constituição está a limitação do nepotismo ao terceiro grau de parentesco? Por que não ao quarto?

Entretanto, cumpre reconhecer que a edição de súmulas é um ato político ofertado pela Emenda n.º 45/2004 ao Supremo

Tribunal Federal. Basta ver que se trata de uma decisão sujeita à maioria de dois terços, o que mostra bem não ser uma decorrência de declaração de inconstitucionalidade, pois, para esta, basta a maioria absoluta. E, mais, de uma deliberação que pode ser justificada pela “grave insegurança jurídica” ou “relevante multiplicação de processos”. Ora, gravidade e relevância são de apreciação subjetiva e concernem ao que o jurista chama de mérito – apreciação de oportunidade e conveniência.

**15 //** Indo além. O Supremo Tribunal Federal recebeu da Lei n.º 9.868/1999 poder de constituinte de segundo grau, ou de revisão. O art. 27 dessa lei – repetido pelo art. 11 da Lei n.º 9.882 do mesmo ano – confere a esse egrégio Tribunal a atribuição de “modular” os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Para a doutrina tradicional, com Rui Barbosa à frente, e para a própria jurisprudência desse Tribunal, o ato inconstitucional sempre foi um ato nulo e irritado, cujos efeitos deveriam ser desfeitos retroativamente, *ex tunc*. Hoje, porém, embora, em princípio, isso não mude, o Supremo Tribunal Federal pode, ao declarar a inconstitucionalidade, “restringir os efeitos” da declaração “ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Ora, restringir os efeitos da declaração só tem sentido quando se entender que se mantém em vigor o que contraria a Constituição.

Essa decisão muda a Constituição no ponto específico. E o mesmo se dá, conquanto numa transitoriamente, se a desconstituição do ato for fixada para qualquer outro momento que não o de sua entrada para o mundo do direito positivo. Consiste numa apreciação política, pois depende da concordância de dois terços do Tribunal, quando basta a maioria absoluta para a decretação da inconstitucionalidade. E, mais, é fundada ou “em razões de segurança jurídica”, que, como tais, estão no plano do direito, ou por “excepcional interesse social”. Este último conceito abrange, na verdade, tudo aquilo sobre o qual se debruça o Estado. Assim, é excepcional o que a maioria de dois terços do STF entender sê-lo.

A realidade é que, no direito brasileiro atual, o ato inconstitucional é, como decorre das lições de Kelsen, um ato anulável conforme o grau de intensidade da infração da Constituição, conforme a ponderação da maioria qualificada dos membros do Supremo Tribunal Federal. E tome-se o depoimento. Ao apreciar o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Tocantins, não houve qualquer debate sobre a te-

mática jurídica – que era pacífica –, mas se discutiu se a inconstitucionalidade – que afetava o status de numerosos servidores do Estado – deveria ter efeito *ex tunc* ou não. Decidiu então o Tribunal que deveria ter efeito *ex tunc* para fim pedagógico, servindo de exemplo. Não há nisso crítica. É um exemplo de “excepcional interesse social”.

Ora, é fácil intuir que a judicialização da política importa um risco de politização do Judiciário.

#### IV. A NECESSIDADE DE REFORMAS

---

**16 //** O regime político brasileiro é o presidencialismo, pelo qual o povo, num plebiscito obscuro, optou em 1993. Não exclui isso, porém, que sejam discutidas as suas características, bem como os males e os riscos que traz. Igualmente, não obsta de que se assinalem reformas, que haveriam de melhorar a governabilidade do País. E aí incluída a possibilidade de uma mudança de regime, pois a decisão referida anteriormente não impede, para todo o sempre, novos rumos. Lembre-se a declaração francesa de 1793, cujo art. 28 adverte: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”.

**17 //** O presidencialismo – já o nome o diz – é sempre marcado pela preeminência do Presidente da República, chefe do Poder Executivo. Pode-se dizer, todavia, que há presidencialismos e presidencialismo. Ora, no caso brasileiro, o estudo citado aponta para um superpresidencialismo – um “presidentismo” (usando o termo do professor Sérgio Resende de Barros) – que exagera essa prevalência e vai muito além do modelo, o presidencialismo norte-americano. Como se disse, na ordem constitucional brasileira, é um demiurgo, se não o taumaturgo, que concentra o poder nas esferas política, econômica e social. E ele só o deixará de ser à medida que se reduzir o papel do Estado.

Não é difícil aperceber o risco que essa concentração de poderes acarreta para a democracia. Abre, quando menos, a porta para a prepotência, senão para o cesarismo.

Remédio possível para isso seria, não a mudança radical para um sistema parlamentar de governo (para o que nos faltam partidos verdadeiros), mas uma fórmula mista, de presidencialismo de gabinete, de que é exemplo a França atual.

**18 //** Sem ir tão longe, certamente seria conveniente reduzir a concentração do poder em mãos do Presidente da República. Caberia autonomizar determinados setores, como o econômico-financeiro, especialmente reforçando o controle, seja prévio, seja *a posteriori*, por parte do Legislativo sobre as ações presidenciais.

**19 //** Para tanto, contudo, impõe-se restaurar a autoridade do Congresso Nacional. Não bastará que se reforce o seu poder, dando-lhe meios efetivos de desconstituição de atos impróprios e de responsabilização dos que fugirem dos que os praticaram. Igualmente, não bastará que retome o comando do processo legislativo, suprimindo-se as medidas provisórias, ainda que se conservem as leis delegadas. Há outros passos necessários a serem dados.

Um é a recuperação de seu prestígio por meio de medidas que impeçam a elegibilidade de despreparados, ou indelicados. É uma condição moral.

Outra é uma condição estritamente política. Não é possível uma democracia, nem um Legislativo à altura das necessidades do País, sem partidos dignos do nome, o que reduz as eleições a uma escolha de nomes. Isso impõe uma reforma do sistema eleitoral e do sistema partidário, não em prol do interesse dos políticos, mas, sim, das exigências de uma democracia verdadeira.

**20 //** No que tange ao Judiciário, justa preocupação deriva de sua politização, efeito perverso do fenômeno da "judicialização" da política, descrito anteriormente.

O risco existe, porque, acostumando-se a decidir questões políticas, o Judiciário pode ceder à tentação de suprir com suas limitares ou julgamentos os demais poderes, vistos como omissos ou corruptos. Ou seja, substituir-se aos outros poderes, quebrando a especialização das funções.

Ademais, chamado frequentemente a decidir questões políticas, o Judiciário tende a se politizar. De fato, o magistrado tende a deixar se manifestarem as suas convicções e seu senso moral. Aquelas podem se desviar para o desiderato de favorecer uma ideologia, ou até um partido, o que pode levá-lo a um papel de vingador do bem contra o mal. Perdoem-me a comparação, a fazê-lo sentir-se um super-herói. Disto, o passo é curto para a perda da imparcialidade e a assunção de papel partidário, no sentido lato e no sentido estrito do qualificativo.

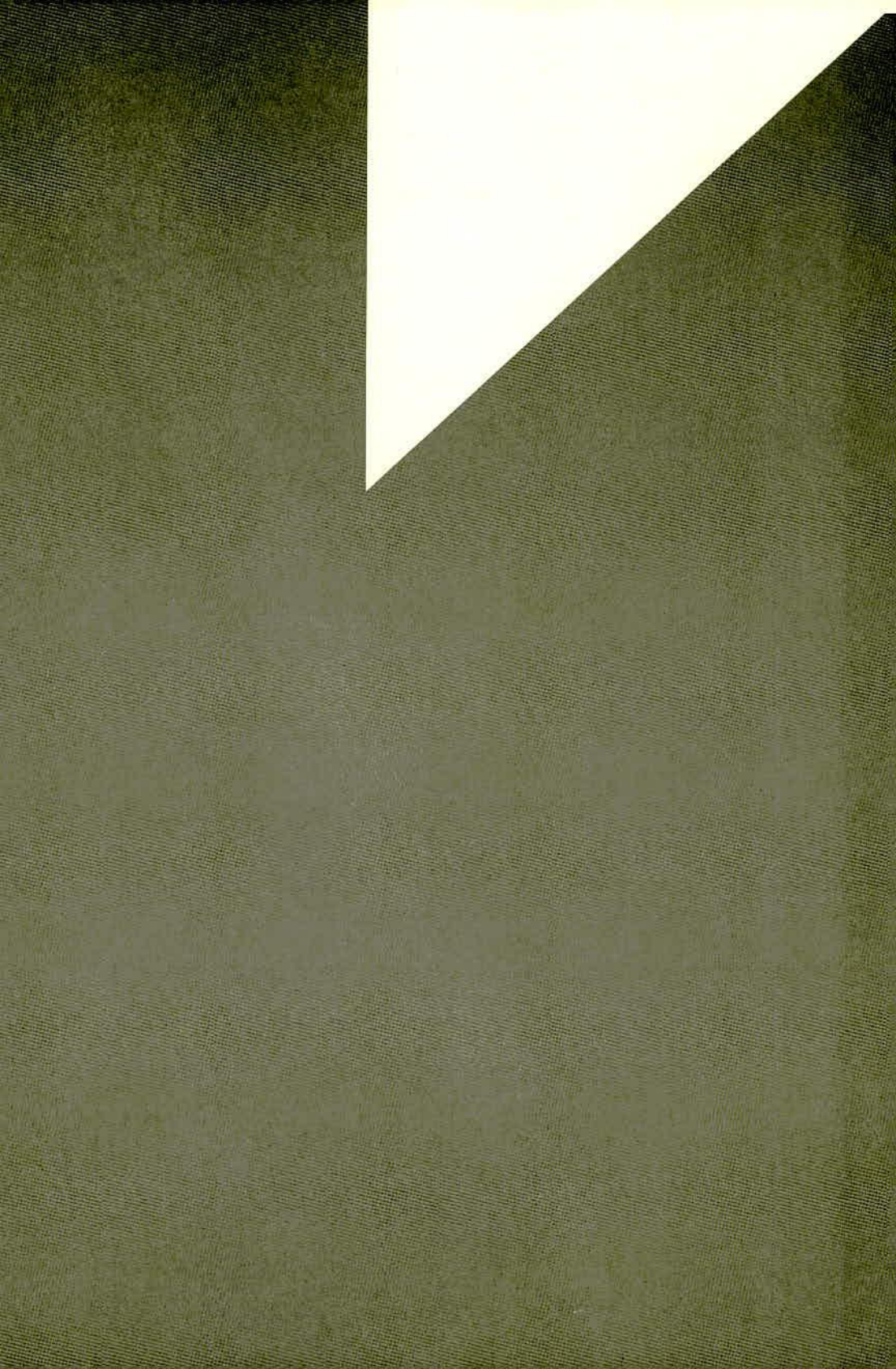
Por outro lado, a percepção de que o Judiciário tem um papel político pode criar a tentação de afeiçoar, ao menos, o seu órgão supremo ao partido, ou a partidos que estejam no poder, em determinado momento. À perda da imparcialidade, aí, se somaria a perda da independência.

Quem sabe valeria a pena, para prevenir esse mal, instituir uma Corte Constitucional nos moldes seguidos em geral na Europa, com a especialização da função, a estipulação de mandato de tempo certo, a participação nas indicações dos três Poderes e não só do Executivo, bem como da sociedade civil?

**21 //** Mas a realização dessas reformas, ou de outras que aprimorem o regime brasileiro, encontra uma grave dificuldade. Esta decorre do fato de que, pela via constitucional, depender dos que estão no poder e estes sendo levados a esse poder pelo sistema vigente humanamente pouco interesse têm na mudança. De outro lado, a via revolucionária não é desejável, pois a experiência mostra que, ou ela serve apenas para substituir os donos do poder por outros donos do poder, faltando a estes a imprescindível legitimidade para impor as mudanças necessárias.

Na verdade, a reforma, que há de ser feita pelo primeiro caminho, somente advirá se a pressão para tanto galvanizar a opinião pública e despertar o senso do bem público na classe política. Essa pressão é que poderá quebrar a resistência dos atuais donos do poder.

Todavia, essa pressão pressupõe um consenso que não se poderá alcançar senão por meio de um trabalho de conscientização de povo e elite. Este presume e reclama um debate aprofundado acerca de pontos cruciais da estrutura política brasileira. Neste é que serão identificados cabalmente os pontos a reformar e o sentido que esta há de ter.



**IV**

DIREITOS  
INDIVIDUAIS,  
SOCIAIS  
E POLÍTICOS



IV

---

AVANÇOS  
E CUIDADOS  
NA PROTEÇÃO  
DOS DIREITOS

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG**

---

Advogada, Professora universitária, Doutora e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Pós-doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (Portugal).

---



## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

---

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, denominada de “Constituição cidadã”, instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil. Entre as várias inovações trazidas pela nova Constituição, destaca-se o amplo tratamento conferido aos direitos fundamentais. A atual Constituição dispõe, em seu título II, sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Vale dizer que esses direitos constam logo do artigo 5.º do texto constitucional, impondo assim de certa maneira que todo o sistema constitucional seja interpretado à luz desses direitos.

Note-se que, na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/1969, a Declaração de Direitos também constava do título II. Na Constituição atual, o referido título é dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo é destinado ao tratamento dos direitos e deveres individuais e coletivos. Trata-se dos direitos de primeira dimensão, que são aqueles que se caracterizam por serem direitos do indivíduo oponíveis ao Estado e que prestigiam o homem como indivíduo. Segundo Paulo Bonavides:

*Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.*

*[...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (Bonavides, 2004, p. 564).*

O capítulo segundo cuida dos direitos sociais, também denominados de “direitos de segunda dimensão ou direitos positivos”, pois, para sua concretização, demandam do ente estatal posturas positivas, ou seja, investimentos na criação e na implantação de políticas públicas (Afonso da Silva, 2005, p. 284). No entanto, o artigo 6.º se limita a elencar quais são os direitos sociais, que apenas são aprofundados na “Ordem Social” constante do título VIII do texto constitucional, e, nos artigos 7.º ao 11, tão somente se dedica aos direitos dos trabalhadores.

O terceiro capítulo, por sua vez, dispõe sobre os direitos referentes à nacionalidade, a sua aquisição e perda. E o quarto capítulo se refere aos direitos políticos ativos e passivos. Por fim, o quinto capítulo trata dos partidos políticos.

## **DIREITOS INDIVIDUAIS**

---

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 5.º, dividido em 78 incisos e com quatro parágrafos, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Esse rol é meramente exemplificativo (Mello Filho, 1986, p. 425), e os referidos direitos foram erigidos à condição de cláusula pétrea, ou seja, não podem ser abolidos por emenda constitucional (art. 60, § 4.º, inc. IV). Limitam o poder estatal, na medida em que proíbem ingerências “indevidas na esfera jurídica individual” (Canotilho, 2002, p. 407). Trata-se de um exaustivo rol de direitos que se constituem numa verdadeira carta de direitos do cidadão. Houve um significativo aumento da previsão de

direitos individuais em relação ao disposto na Constituição de 1967, bem como dos meios para garanti-los.

Ao se examinar o *caput* do artigo 5.º, verifica-se de pronto uma incongruência. Ele é expresso ao declarar que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes [...]”. Ao mencionar que garante aos “brasileiros e estrangeiros residentes no País”, o supracitado dispositivo exclui, num primeiro momento, os estrangeiros que se encontram de passagem pelo Brasil, ou seja, os turistas. No entanto, essa omissão é facilmente superada pela interpretação sistemática do texto constitucional e visa às características dos direitos fundamentais (Mello Filho, 1986, p. 425). É interessante notar que essa incongruência já constava da Constituição anterior, que estabelecia serem os direitos e as garantias individuais aplicados apenas “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País” (*caput do art. 153*).

É garantido o direito à vida, no entanto, a Constituição de 1988 não especifica a partir de que momento será conferida essa proteção jurídica. Tal circunstância, no entanto, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, que versava sobre a constitucionalidade do artigo 5.º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), que trata da possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias.<sup>1</sup> O Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da referida lei e pela possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias desde que atendidas determinadas condições. Declara a Constituição a inviolabilidade da vida. No entanto, no próprio inc. XLVII alínea “a”, permite a pena de morte no caso de guerra declarada e nos termos do artigo 84, inciso XIX. É uma exceção a proteção à vida (Meyer-Pflug e Silveira, 2011).

E como toda exceção impõe uma interpretação restritiva, ou seja, não se admite sua aplicação em hipóteses diversas daquelas contempladas pela Constituição. Cristina Queiroz nos ensina que:

*Quando se fala em “restrição diretamente autorizadas pela Constituição”, a limitação do direito é imediatamente estabelecida pela Constituição. É o que se designa por restrição constitucional expressa. O exemplo clássico desse tipo de restrição é o do direito de reunião e manifestação consagrada no art. 45. Aqui é a Constituição que autoriza diretamente a restrição. A norma constitucional indica claramente o “âmbito de proteção do direito” [...]. (Queiroz, 2002, p. 203)*

Destaca-se ainda que, no plano internacional, há diversos tratados internacionais que proíbem a aplicação da pena de morte, com exceção dos casos de guerra.

A dignidade da pessoa humana, a despeito de não figurar expressamente no rol de direitos garantidos no artigo 5.º da Constituição, constando apenas do artigo 1.º, inciso III, na condição de fundamento da República, é erigida à condição de núcleo essencial dos direitos fundamentais, permeando todo o texto constitucional, bem como a sua interpretação e aplicação (Martinez, 2002). Nesse sentido, protege-se a dignidade humana em toda a sua extensão, bem como se veda expressamente a tortura e o tratamento degradante.

Prestigia-se, como fazia a Constituição de 1967 e como não poderia deixar de ser em um Estado de Direito, o princípio da legalidade na exata medida em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Em outras palavras, ao particular é assegurado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Esclarece José Celso de Mello Filho que o princípio da legalidade é uma limitação constitucional à atuação do Estado e pressupõe “duas noções fundamentais e indispensáveis à garantia das liberdades públicas:

**a //** a supremacia da lei;

**b //** a reserva da lei” (Mello Filho, 1986, p. 429). O princípio da legalidade está em impor uma atuação subordinada à lei formal; já o princípio da reserva legal “decorre de clausula constitucional que discrimina matérias cuja normação só pode ser disciplinada, válida e eficazmente, mediante lei formal” (Mello Filho, 1986, p. 430).

Já a administração pública é regida pelo princípio da estrita legalidade, conforme dispõe o *caput* do artigo 37 da Constituição, ou seja, só lhe é permitido realizar o que a lei garante. Na seara penal, fica igualmente garantido o princípio da estrita legalidade, pois dispõe o artigo 5.º, inciso XXXIV, que “não há crime sem lei anterior que o defina”.

O princípio da isonomia é garantido em toda a sua extensão, assegurado tanto no *caput* do artigo 5º (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”) como no inciso I, que assegura a igualdade entre homens e mulheres nos termos da Constituição, ou seja, desde que respeitadas às distinções levadas a efeito pelo próprio texto constitucional, como, por exemplo, a garantia de aposentadoria com cinco anos a menos que os homens. A expressa proteção à igualdade entre homens e mulheres é uma inovação da atual Constituição, pois não constava expressamente do texto anterior. Resta vedada qualquer forma de

discriminação em razão de sexo, cor, religião, cabendo à lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais, conforme disposto no inciso XLI do artigo 5.º.

Inicialmente, buscou-se assegurar a igualdade formal, ou seja, a igualdade na lei consistente na vedação de tratamento discriminatório (Mendes, 1999, p. 48). Atualmente, visa-se assegurar a igualdade material, ou seja, “o tratamento uniforme de todos os homens” (Bastos, 2010, p. 284), igualdade de oportunidade diante dos bens da vida. Nesse cenário é que se desenvolveu as denominadas “ações afirmativas”, que são as ações que visam assegurar e afirmar o princípio da isonomia, cuja modalidade mais conhecida é o regime de cotas (Dworkin, 2000). No Brasil, já é aplicado o regime de cotas para o acesso às universidades de afrodescendentes, descendentes de índios e alunos oriundos de escola pública. É uma forma de inclusão das minorias na sociedade (Canotilho, 2002, p. 387).

Destarte, cumpre assinalar que, com base no princípio da isonomia e na proibição de qualquer espécie de discriminação, ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132,<sup>2</sup> o Supremo Tribunal Federal concluiu que as relações homoafetivas são admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Entendeu o Tribunal que o parágrafo 3.º do artigo 226 da Constituição Federal não exclui em seu texto a possibilidade de inclusão de outras modalidades de entidade familiar, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade, da não discriminação, entre outros. Todavia, é de suma importância a reflexão sobre as consequências jurídicas dessa decisão não só para toda a sociedade, mas também para o sistema constitucional, precipuamente para a separação dos poderes. Nesse particular, adverte Ives Gandra da Silva Martins para a necessidade de preservação do equilíbrio entre os poderes num regime democrático e para o perigo do ativismo judicial, levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal (Martins, 2011).

Ainda tendo em vista o princípio da isonomia, veda-se a prática de racismo, que constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. O texto constitucional anterior limitava-se apenas a estabelecer que seria punido pela lei o preconceito de raça (art. 153, § 1.º). Portanto, verifica-se um avanço no combate ao racismo e na garantia da isonomia entre as pessoas. Ademais, ao apreciar no Habeas Corpus n.º 82.424/RS<sup>3</sup> o Supremo Tribunal Federal estendeu o combate ao racismo também à vedação do “discurso do ódio”. Ele é um dos aspectos polêmicos da liberdade de expressão e consiste em “apologia abstrata

ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas que possuem certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social, econômica, como, por exemplo, ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros” (Meyer-Pflug, 2009, p. 97). Trata-se da manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, ou melhor, as minorias. Para Wienfried Brugger: “O discurso do ódio é uma das formas de discurso repugnante” (Brugger, 2007, p. 117) (Ver também Manetti, 2008) Ele visa desqualificar esse grupo como detentor de direitos, mas não é direcionado apenas à discriminação racial (Boyle, 2001, p. 490) (Ver também Rosenfeld, 2011, p. 3).

A liberdade é assegurada em toda a sua abrangência (Martins Filho, 2004, p. 32-47). É garantida a liberdade de locomoção em todo o território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Esse direito é reforçado com a previsão expressa do habeas corpus, que pode ser impetrado sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de uma ação constitucional de natureza penal que tem preferência sobre todas as demais ações, sendo gratuita e dispensando para sua propositura a figura do advogado, tendo em vista a relevância do direito tutelado.

A liberdade de expressão é garantida em seus mais diversos aspectos. No entanto, seus limites constam do próprio texto constitucional. Garante-se a liberdade de pensamento, mas veda-se expressamente o anonimato, na medida em que se constitui na forma mais covarde de expressão do pensamento. Permite-se a liberdade de pensamento, mas desde que essa seja exercida com responsabilidade. De igual modo, prevê-se a liberdade de expressão, de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença. O texto constitucional de 1988 rompe com o regime constitucional anterior, que admitia a censura e a licença, institutos característicos de regimes centralizadores. O parágrafo 8.º do artigo 153 da Constituição anterior estabelecia que:

*Art. 153. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licen-*

*ça da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.*

Outro limite imposto à liberdade de expressão no atual sistema constitucional é o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização, por dano material, moral ou à imagem. Protege-se a integridade física, patrimonial e moral do indivíduo **(Araujo, 2009, p. 111)**. Nesse particular, cumpre registrar que, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130,<sup>4</sup> o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção da Lei de Imprensa (*Lei n.º 5.250/1967*) pelo atual sistema constitucional em virtude de ela ter sido editada durante o regime militar e se caracterizar pela limitação à liberdade de expressão e de imprensa, bem como admitir expressamente o instituto da censura e a licença. Ao assim fazê-lo, restou sem normatização por via de consequência o direito de resposta, que era regulamentado pela referida lei. Cumpre assinalar que, diante da ausência de regulamentação do direito constitucional de resposta, o próprio Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido dele ser perfeitamente aplicável com base tão somente nos parâmetros impostos pelo texto da Constituição.<sup>5</sup>

Também se constitui como limite ao exercício da liberdade de expressão a garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, assegurada a indenização por danos materiais e morais. Garante-se também a inviolabilidade da casa, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. A inviolabilidade de domicílio tem fundamento na própria proteção à privacidade **(Araujo, 2009, p. 113)**.

É assegurada a liberdade de crença e de culto, que já constava do texto constitucional anterior. Permite-se que o nacional possa optar livremente por qualquer crença ou por não ter crença alguma, bem como por exteriorizar, ou melhor, praticar a sua religião. Vale dizer que a Constituição de 1824 assegurava a liberdade religiosa, mas só permitia o culto católico. No entanto, o texto atual é enfático ao dispor que: “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias”. Contudo, a Constituição vai além e garante que ninguém será privado de direitos por motivo de crença

religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei.

É previsto o direito à informação, entendido como o direito de obter uma informação neutra dos meios de comunicação, bem como o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, o que se constitui em um dos pilares de uma imprensa livre, tão necessária para a manutenção e o desenvolvimento do regime democrático (Aragon, 1990). Assegura-se igualmente o sigilo profissional (Campoamor, 1990). É permitida a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva nos termos da lei. Essa assistência é de suma importância na medida em que possibilita uma maior reintegração desses indivíduos à sociedade.

Há liberdade de trabalho, de ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Esse direito também constava da Constituição anterior. Cumpre dizer que, na inexistência de lei, o exercício da profissão é livre, eis que se trata de uma norma constitucional de eficácia contida ou de “normas restringíveis” (Bastos, 1999, p. 97). De igual modo, resta amplamente assegurada a liberdade de reunião. Em outras palavras, todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

A Constituição de 1967 já assegurava a liberdade de associação para fins lícitos, mas o texto constitucional atual ampliou esse direito, estabelecendo que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar e garantida a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentes de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (incs. XVII e XVIII) (Silva, 2009, p. 141). Resta estabelecido também que as associações só podem ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. Ninguém poderá ser compelido a associar ou permanecer associado.

A inviolabilidade do domicílio, do mesmo modo que ocorria na Constituição anterior, é assegurada, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. É resguardado o direito de propriedade, no entanto ela deve atender à sua função social, ou seja, supera-se aquela visão privatística da propriedade (Ferreira Filho,

2008, p. 361). Tendo em vista o conteúdo da Constituição anterior, verifica-se que a atual conferiu papel de destaque à função social em seu texto, de maneira que ele permeia todo o sistema normativo. A função social não deve ser compreendida “como *limitadora* ao exercício da propriedade, senão que *conformadora* deste exercício, na medida em que estejam presentes, em uma dada situação, valores tidos por mais relevantes” (Meyer-Pflug e Couto, 2011, p. 4510).

No concernente à desapropriação, caberá a lei estabelecer o seu procedimento por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. A Constituição de 1967 também dispunha sobre as hipóteses de desapropriação e a necessidade de que esta ocorresse mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Contudo, facultava “ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária” (art. 153, § 22). No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior se houver dano (art. 5.º, inc. XXV).

Já a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (art. 5.º, inc. XXVI). Trata-se de um bem de família agrário. Contudo, a norma só se refere aos débitos oriundos da atividade agrícola (Lopes, 2009, p. 151). Também são garantidos, como ocorria nos textos constitucionais anteriores, os direitos de propriedade intelectual (art. 5.º, inc. XXIX) e os direitos autorais (art. 5.º, inc. XXVII). Ives Gandra Martins assevera que: “Todo aquele que tem uma produção intelectual tem o direito de se beneficiar dela e também de transmitir esses benefícios aos seus herdeiros, por um tempo determinado” (Martins, 2005, p. 72).

Pela primeira vez, uma Constituição garante o direito de herança, e a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de *cujus* (art. 5.º, incs. XXX e XXXI) (Lopes, 2009, p. 161). Cabe ao Estado promover na forma da lei a defesa do consumidor. Com base nesse dispositivo constitucional, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). Do mesmo modo que fazia a Constituição de 1967, a atual prestigia o princípio da segurança jurídica, deixando certo que a lei não prejudicará o

direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º, inc. XXXVI). De igual modo, a lei penal não retroagirá, salvo para favorecer o réu.

No tocante aos direitos individuais de caráter penal, tem-se que é expressamente vedado o juízo ou tribunal de exceção e reconhecida a instituição do júri. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Cabe à lei regular a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a //** privação ou restrição da liberdade;
- b //** perda de bens;
- c //** multa;
- d //** prestação social alternativa;
- e //** suspensão ou interdição de direitos.

Com fulcro no princípio da individualização da pena, ao apreciar um pedido de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos no que se referia à impossibilidade de progressão de regime. Nesse sentido, foi editada a Súmula Vinculante n.º 26, que dispõe:

*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n.º 8.072/1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

O sistema constitucional pátrio não admite penas:

- a //** de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b //** de caráter perpétuo;
- c //** de trabalhos forçados;
- d //** de banimento;
- e //** cruéis (art. 5.º, inc. XLVII). O sistema constitucional anterior também vedava a pena de morte, de prisão perpétua e de banimento. Todavia, quanto à pena de morte, na sua redação original, estabelecia que:

*Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou*

*subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública, direta ou indireta.*

No entanto, esse dispositivo posteriormente recebeu nova redação pela Emenda Constitucional n.º 11/1978 para limitar a aplicação da pena de morte apenas nos casos de guerra. Cabia à lei dispor sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública (art. 153, § 11).

Consoante o disposto na Constituição de 1988, a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, como na Constituição de 1967. A inovação do sistema atual reside na garantia às presidiárias de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Cabe à lei considerar os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia: a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5.º, inc. XLIII). Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, inc. XLIV).

Sobre a extradição, tem-se que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” (art. 5.º, inc. II). Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. O texto constitucional anterior igualmente vedava a extradição, mas nos seguintes termos: “[...] não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro” (§ 19).

Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, nem será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Canotilho, 2002, p. 488). 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. Pela primeira vez na nossa história, a Constituição expressamente não admite, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Trata-se de uma proteção aos direitos

fundamentais. Há menção expressa ao princípio da presunção de inocência, na medida em que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. É admitida ação privada nos crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal e a lei. Prestigia-se o princípio da publicidade dos atos processuais. Nesse sentido, a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. A Constituição de 1967 também proibia a prisão arbitrária nos seguintes termos: “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que relaxará, se não for legal” (§ 12). O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, tendo direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (*art. 5.º, incs. LXIII e LXIV*). A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, e ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (*art. 5.º, incs. LXV e LXVI*).

Não se admite a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, como fazia a Constituição de 1967. Destarte, o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o caráter supralegal conferido aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004, editou, em 16 de dezembro de 2009, a Súmula Vinculante n.º 25, que estabelece: “[...] é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

A Constituição de 1967 estabelecia, em seu artigo 153, parágrafo 3.º, que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias

administrativas, desde que não exigida a garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido. Consoante o disposto no referido dispositivo constitucional, o acesso ao Judiciário estava condicionado ao exaurimento prévio das instâncias administrativas. A Constituição de 1988 retirou esse requisito, deixando certo no artigo 5.º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É também assegurado a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. De igual modo, são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

**a //** o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

**b //** a obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa de direitos e o esclarecimento de situações de interesse pessoal. Cabe ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Nesse particular, a Constituição de 1988 criou a Defensoria Pública, instituição destinada à defesa em juízo dos necessitados (Veronese, 2009, p. 368). Desse modo, possibilita-se o acesso à justiça daqueles que se encontram carenciados.

Reconhece-se a gratuidade para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

**a //** o registro civil de nascimento;

**b //** a certidão de óbito (art. 5.º, inc. LXXVI). São também gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5.º, inc. LXXVII). Uma inovação da Constituição foi o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. Nesse sentido, cabe ao Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5.º, inc. LXXV).

No concernente às garantias individuais, do mesmo modo que fazia o sistema constitucional anterior, é assegurado o mandado de segurança, o *habeas corpus* e a ação popular. As inovações trazidas pela Constituição de 1988 são a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo por:

**a //** partido político com representação no Congresso Nacional;

**b //** organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou asso-

ciados. Trata-se de um instrumento importante na defesa dos interesses coletivos.

A Constituição de 1988 criou o instituto do mandado de injunção, que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5.º, inc. LXXI). Trata-se de um valioso instrumento na defesa da eficácia das normas constitucionais e no combate à omissão inconstitucional, que também é admissível na modalidade coletiva, sendo legitimados os mesmos do mandado de segurança coletivo (Ferreira Filho, 2008, p. 322). Ressalte-se que, consoante o disposto no § 1.º do art. 5.º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao mandado de injunção, sofreu ao longo do tempo importantes modificações. No entanto, estas não se mostraram suficientemente eficazes para garantir o exercício do direito assegurado no texto constitucional de maneira plena. Reconhece-se que algumas decisões, tal como a proferida no Mandado de Injunção n.º 232/RJ<sup>6</sup>, representaram um marco na consagração do mandado de injunção como instrumento eficaz para suprir a omissão inconstitucional. Todavia, no julgamento dos Mandados de Injunção n.º 670<sup>7</sup> e n.º 712<sup>8</sup>, constata-se que houve uma mudança significativa na concepção desse instituto, pois neles fixou o Supremo Tribunal Federal a:

*[...] definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação do tema no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, inc. VII, da CF. Fixação do prazo de 60 dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis n.º 7.701/1988 e n.º 7.783/1989.*

Ao fixar os pressupostos para o exercício do direito carente de regulamentação em mandado de injunção, não está o Poder Judiciário violando a separação dos poderes, mas, sim, exercendo suas atribuições previstas na Constituição. Ademais, é próprio do Poder Judiciário, ao proferir uma decisão, que esta se constitua em lei entre as partes. Trata-se do exercício de uma competência normativa do Poder Judiciário e não do exercício de uma competência legislativa, essa, sim, reservada ao Poder Legislativo.

Foi criado também o *habeas data*, que é cabível:

**a //** para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

**b //** para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. A Lei n.º 9.507/1997, que regulamenta o referido instituto, criou mais uma hipótese de cabimento do *habeas data*, em seu art. 7.º, inc. III, qual seja: “[...] cabe *habeas data* para anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou de explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”. Trata-se uma ação constitucional relevante e que guarda relação com o período do regime militar pelo qual passou o Brasil, na medida em que se revela como instrumento útil para se ter acesso às informações pessoais dos presos políticos e possibilitar, consoante as regras do sistema atual, a possibilidade de se pleitear as indenizações devidas pelo Estado aos perseguidos pelo regime militar. Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que o *habeas data* “visa prevenir que atos dos órgãos públicos sejam baseados em informações sigilosas, ignoradas pelo interessado, o que lhe subtrai qualquer possibilidade de contraste ou defesa [...]” (Ferreira Filho, 2008, p. 332).

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, responsável pela reforma do Poder Judiciário, que teve por escopo conferir maior celeridade aos processos judiciais e assim maior eficiência a atividade judicial, incluiu no rol dos direitos e das garantias individuais o inciso LXXVIII, que dispõe: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se do direito à razoável duração do processo que já constava de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil.

Uma questão relevante disciplinada pela atual Constituição diz respeito ao tratamento conferido aos tratados internacionais de direitos humanos. O artigo 5.º, parágrafo 2.º, estabelece que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O texto constitucional anterior limitava-se apenas a fazer referência aos “princípios por ela adotados”. O atual foi além ao acrescentar os “tratados internacionais”. Trata-se de uma cláusula aberta à ordem internacional no tocante à proteção dos direitos humanos (Canotilho, 2002, p. 370).

No entanto, verificou-se que a resistência do constituinte de 1988 em conferir expressamente status constitucional aos tratados de direitos humanos não residiu nos tratados que versam sobre os direitos individuais, mas nos que asseguram direitos sociais, especialmente as convenções relativas à Organização Internacional do Trabalho (OIT). Na época, havia forte resistência de grupos empresariais e corporações em adotar as convenções da OIT e, por via de consequência, garantir uma ampla gama de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais. Soma-se a esse fato a circunstância de os sindicatos não desfrutarem de autonomia, além de não serem bem estruturados para exercer uma forte influência sobre os componentes dos trabalhos. Em virtude disso, optou o constituinte por conferir uma formulação dúbia e imprecisa ao parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição, que não prevê expressamente um status constitucional aos tratados de direitos humanos.

Verifica-se que, da leitura do teor do parágrafo 2.º do artigo 5.º, poder-se-ia depreender que, a princípio, os tratados de direitos humanos no Brasil usufruem de um status constitucional. Entretanto, não foi essa a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que conferiu aos tratados de direitos humanos status de lei ordinária, a despeito de grande parte da doutrina defender o contrário, como ressalta Flávia Piovesan (2007). Todavia, em 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 45, que, sensível à realidade da internacionalização do Direito e tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acrescentou dois novos parágrafos ao referido artigo 5.º. Nesse sentido, Sylvie Torcol (2002) acentua que:

*[...] a internacionalização das constituições afeta o equilíbrio institucional estatal: o Poder Executivo em sua qualidade de principal ator em matéria de relações internacionais; o Poder Legislativo na qualidade de poder normativo e de controle dos órgãos de governo; e o Poder Judiciário em sua função de aplicação das fontes de direito às situações concretas (apud Coni, 2006, p. 85).*

O parágrafo 3º estabelece que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Nesse cenário, surgem algumas questões suscetíveis de discussão, como quem tem legitimidade para propor a aprovação do tratado na forma do parágrafo 3º, se serão os mesmos legitimados para a propositura das emendas consti-

tucionais ou qualquer parlamentar. Tendo em vista o processo de internalização dos tratados no Brasil na hipótese de o tratado ser apresentado na forma do parágrafo 3.º do artigo 5.º, ou seja, para ser aprovado com o quórum de três quintos em dois turnos nas duas Casas, mas não conseguir obter esse quórum de votação alcançando apenas o quórum de maioria simples (que é o quórum necessário para se aprovar um decreto legislativo), está o tratado aprovado com status de lei ordinária, ou será rejeitado?

Há também de se atentar para o fato de que, na medida em que os tratados podem ser equivalentes às emendas constitucionais, há uma alteração do próprio parâmetro de controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse particular, resta saber se o tratado aprovado na forma do parágrafo 3.º do artigo 5.º passa a integrar a Constituição e como tal será incorporado ao seu texto, ou figurar como um apêndice, formando assim um “bloco de constitucionalidade”. O que importa ressaltar é que, em ambos os casos, poderá se arguir a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo interno que venha a contrariar o conteúdo do tratado de direitos humanos equivalente à emenda constitucional. Outro ponto ainda a ser analisado é no caso de o tratado de direitos humanos vir a ser denunciado pelo Brasil. Nessa hipótese, poderia ele deixar de ser matéria constitucional. Cabe ainda verificar se os tratados de direitos humanos aprovados na forma do parágrafo 3.º do artigo 5.º são cláusulas pétreas ou não. Se forem considerados cláusulas pétreas, não poderão sofrer qualquer modificação por emenda constitucional, de modo que, mesmo sendo denunciado o tratado, o texto aprovado permanecerá como parte integrante da Constituição. Essas questões implicam a necessidade de uma regulamentação da matéria por lei ordinária.

Destarte, a despeito de todas essas indagações, o Congresso Nacional aprovou, em 9 de julho de 2008, e, sem que houvesse qualquer regulamentação, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2000, na forma do parágrafo 3.º do artigo 5.º, ou seja, o Decreto Legislativo n.º 186 (*Ato Infraconstitucional*), com força de norma constitucional. Trata-se de um “decreto legislativo com força de norma constitucional”.

Diante dessa alteração constitucional, o Supremo Tribunal Federal mudou sua jurisprudência no sentido de reconhecer que os tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 são uma espécie normativa diferente das leis ordinárias, constituindo-se em uma categoria normativa

intermediária entre a Constituição e as leis infraconstitucionais. É a tese da supralegalidade defendida pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP<sup>10</sup>, que versava sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e que prevalece hoje na jurisprudência da corte. Adotou-se uma posição intermediária entre a teoria monista e dualista. A supralegalidade desses tratados possibilita que paralise a eficácia jurídica de qualquer ato normativo infraconstitucional com eles conflitante. Isso significa que nenhum ato normativo infraconstitucional pode contrariar o disposto no tratado de direitos humanos, que lhe é superior em razão de sua supralegalidade.

O parágrafo 4º acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 estabelece a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. O poder constituinte derivado, ao incluir esse dispositivo, nada mais fez do que dar efetividade ao disposto no artigo 7.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição, original de 1988 que estabelecia, in verbis: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Verifica-se, pois, que o Congresso Nacional reconheceu a necessidade de adaptar o texto constitucional ao processo de internacionalização e levou a cabo importantes alterações nesse sentido.

O texto constitucional atual não reproduziu o conteúdo do artigo 154 da Constituição de 1967, que estabelecia que:

*[...] o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do procurador-geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa. Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.*

## **DIREITOS SOCIAIS**

---

A sua não reprodução se justifica na medida em que o teor do dispositivo não se coaduna com um regime democrático e que assegura os direitos fundamentais.

A Constituição de 1967 não possui um artigo próprio para tratar dos direitos sociais. No seu título III, estabelecia apenas sobre a “Ordem Econômica e Social”, que tinha por finalidade, consoante o disposto no artigo 160, realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios:

*I - liberdade de iniciativa;*

*II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;*

*III - função social da propriedade;*

*IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;*

*V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;*

*VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.*

O artigo 165 disciplinava os direitos dos trabalhadores, e o artigo 166, a liberdade de associação profissional ou sindical, desde a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público que seriam regulados em lei. Tratava ainda o artigo 176 da educação que era direito de todos, que, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado e será dada no lar e na escola.

A Constituição Federal de 1988, em seu título II, dedica seu segundo capítulo para tratar dos “direitos sociais”, que possui seis artigos. Contudo, no artigo 6.º, se limita apenas a enumerar quais são os direitos sociais, sem especificar de que maneira eles serão prestados. Na verdade, a regulamentação desses direitos só é verificável no título VIII da Constituição, que cuida da “Ordem Social”. Os demais artigos do capítulo tratam tão somente dos direitos dos trabalhadores, ou seja, aqueles que possuem vínculo empregatício (*Bastos e Martins, 2004, p. 428*).

O artigo 6º do texto constitucional, em sua redação original, estabelecia que são direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma prevista na Constituição. A Emenda Constitucional n.º 26/2000 inseriu no referido rol o direito à moradia, e, posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 64/2010 introduziu o direito à alimentação. As primeiras Constituições no mundo a contemplar os direitos sociais foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. A partir delas, a maioria das constituições posteriores passaram a contemplar os direitos sociais em seus textos (*Ferreira Filho, 2008, p. 351*).

A Constituição de 1988 demonstrou uma grande preocupação com a garantia dos direitos sociais e, ao enumerá-los expressamente em seu texto, acabou por impor aos Poderes Legislativo e Executivo a necessidade de formulação de políticas públicas para assegurá-los na prática. Joaquim José Gomes Canotilho nos explica que “são autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas” (*Canotilho, 2002, p. 474*). Em virtude desse caráter social do texto constitucional é que se vislumbra o caráter dirigente de suas normas, como denominado por Joaquim José Gomes Canotilho (2002). No entanto, em virtude de os direitos sociais vincularem os demais poderes e necessitarem de verbas para serem implementados, tendo em vista a necessidade de se assegurar a força normativa da Constituição (*Guerrero, 1996*), a Lei Fundamental alemã de 1949 optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para as leis infraconstitucionais. Todavia, nos países da América Latina, a maioria das Constituições assegura um amplo rol de direitos sociais e assim deve ser, pois é necessário conferir maior eficácia a esses direitos e evitar que a legislação infraconstitucional possa retirar a fruição desses direitos pelos cidadãos.

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, conferem ao indivíduo o direito a prestações estatais, ou seja, prestações positivas, como saúde, educação, trabalho. Contudo, na realidade, observa-se que os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem implementar as políticas públicas necessárias para a efetivação desses direitos de maneira satisfatória. As razões que levam a esse insucesso são inúmeras, entre as quais destacam-se os objetivos eleitorais, a própria incapacidade técnica dos agentes e a escassez de recursos.

Não há de se negar que uma sociedade que não pode contar com serviços públicos de qualidade e em que os indivíduos não possam fruir dos seus direitos sociais não logrará exercer sua

cidadania de forma plena. Há de se reconhecer igualmente que a limitação de recursos se constitui em impedimento para a efetivação plena dos direitos sociais (Veronese, 2009, p. 367). Ganha relevo, nesse contexto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que em 1972 proferiu pela primeira vez uma decisão (Schwabe, 2005, p. 656-667) aplicando a “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) (Coni, 2006, p.119), que pode ser definido como um parâmetro, ou melhor, um limite entre o dever de prestação do Estado e as suas possibilidades econômicas (Canotilho, 2002, p. 479). Nesse sentido, a aplicação dos direitos sociais estava vinculada à “reserva do financeiramente possível” (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*) (Mendes, 1999, p. 47).

Os direitos sociais são direitos de implementação progressiva, pois dependem de orçamento para tanto, e isso não está a significar que sejam desprovidas de efeitos jurídicos (Mendes, 1999, p. 47). Pelo contrário, todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima (Bastos, 1999, p. 97). E os direitos sociais conformam todo o sistema normativo, impedindo que normas em sentido contrário sejam editadas. Em outras palavras, na medida em que proclama o texto constitucional ser a saúde e a educação um direito de todos e dever do Estado, resta impedida a privatização do sistema por leis ordinárias e assegurada a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado para assegurar esses direitos (Sarmiento, 2009, p. 373).

A aplicação dos direitos sociais está diretamente relacionada à reserva do possível (Sarlet, 2005, p. 378), ou seja, à existência de recursos orçamentários para tanto e também a capacidade estatal para alocá-los. Não se apresenta possível realizar todos os direitos sociais na sua amplitude máxima (Sarmiento, 2009, p. 287). Adverte-se que o poder público deve ter prudência na efetivação dos direitos sociais, pois, tendo em vista a escassez de recursos, não pode implantar políticas públicas que extrapolem os limites orçamentários existentes. Contudo, não se pode reduzir a aplicação dos direitos sociais em toda a sua extensão à reserva do economicamente possível, pois esses limites não são intransponíveis (Sarmiento, 2009, p. 374). É necessário cuidado na escolha de prioridades para a aplicação de recursos, de modo a atender aos fins essenciais colimados pela Constituição de 1988 (Sarmiento, 2009, p. 381).

A partir dessa necessidade de proteção dos fins essenciais do texto constitucional, que são aqueles que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana, é que ganha destaque a proteção nas decisões judiciais do “mínimo existencial”. O di-

reito ao mínimo e existencial também surge na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo alemão em 1954. O mínimo existencial pode ser entendido como um complexo de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna em toda a sua amplitude, ou seja, nos aspectos físico e intelectual, necessários para o desenvolvimento do indivíduo. Nesse particular, busca-se harmonizar a proteção do mínimo existencial com as prioridades orçamentárias e a reserva do possível (Sarmiento, 2009, p. 383). A dignidade humana aparece aqui como um limite à atuação dos poderes públicos. Gomes Canotilho utiliza a expressão "garantia do mínimo social" que "resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos sociais" (Canotilho, 2002, p. 479). Assim, inspirado na jurisprudência da Corte alemã, o Supremo Tribunal Federal passa a aplicar a teoria do mínimo existencial a partir de 2005<sup>11</sup>.

Na proteção dos direitos sociais, tendo em vista a ausência de políticas públicas eficazes e considerando a positivação desses direitos, firmou o Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de que o Tribunal pode adentrar no mérito das políticas em casos de abusividade governamental e em observância ao mínimo existencial. Essa posição foi firmada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45. A decisão foi proferida nos seguintes termos:

*[...] não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência. [...] a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>12</sup>*

O papel desempenhado pelo Poder Judiciário reside em observar se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais são efetivadas e, quando necessário, conclamar o Poder Executivo para que concretize as políticas públicas constitucionalmente previstas (Sarmiento, 2009, p. 387). A atuação dos magistrados

assume papel de especial relevância. Isso porque, na condição de intérpretes e aplicadores do Direito, incumbe a eles assegurar o máximo de efetividade às normas constitucionais (**Bastos e Martins, 2004**). Não se pode perder de vista que a realização do Estado Social e Democrático de Direito é uma tarefa constante e comum de todos os Poderes do Estado.

No tocante aos direitos do trabalhador, vislumbram-se inúmeras inovações em relação ao texto constitucional anterior, entre os quais destacam-se: a referência expressa ao trabalhador rural, à liberdade de escolha de emprego; a estabilidade empregatícia; a liberdade sindical e o direito de greve. A atual Constituição ampliou significativamente os direitos trabalhistas, no que Ives Gandra Martins Filho denomina de “celetização da Constituição” (**Martins Filho, 2008, p. 83**). O caput do artigo 7.º refere-se expressamente ao trabalhador rural. No texto constitucional anterior, o trabalhador rural não figurava como beneficiário necessário das garantias constitucionais. Trata-se de uma inovação do atual texto constitucional a equiparação do trabalhador urbano ao rural (**Bastos e Martins, 2004, p. 437**).

Alteração relevante em comparação ao regime constitucional anterior reside na supressão da referência à estabilidade na despedida arbitrária (**Bastos e Martins, 2004, p. 440**). Reza o artigo 7.º, inciso I: “[...] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos”. Protege-se a despedida arbitrária, prevê-se a indenização compensatória e outros direitos, mas não se menciona a estabilidade. Nesse particular, assevera Celso Ribeiro Bastos: “Em consequência, esse direito de não ser despedido deixa de existir” (**Bastos e Martins, 2004, p. 440**). Contudo, ao proteger o trabalhador da despedida arbitrária, confere a Constituição de 1988 ao trabalhador o direito à proteção ao emprego (**Belmonte, 2009, p. 392**).

Criou-se o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho consoante o disposto no artigo 7.º, inciso V (**Afonso da Silva, 2005, p. 294**). Entende-se por piso salarial “o menor patamar de salário de determinada categoria profissional ou de determinadas ocupações numa categoria profissional, fixado de forma proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (**Belmonte, 2009, p. 402**). Assegura-se: a) a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (*art. 7.º, inc. VI*); b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (*art. 7.º, inc. VII*); c) décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria (também chamada de “gratificação natalina”)

(Belmonte, 2009, p. 405) (art. 7.º, inc. VIII); d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno. Houve inovação ao se garantir a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (art. 7.º, inc. X) e ao se assegurar a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, da participação na gestão de empresa, conforme definido em lei (art. 7.º, inc. XI). Garantiu-se também a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7.º, inc. XIV).

Outra inovação é a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal (art. 7.º, inc. XVI). Trata-se do pagamento das horas extras que está atrelado ao valor de 50% à do normal no mínimo. Estabeleceu-se o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (art. 7.º, inc. XVII). A licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, terá duração de 120 dias (art. 7.º, inc. XVIII). Houve um aumento da licença-gestante em relação ao sistema constitucional anterior que era de quatro semanas antes do parto e oito semanas após o parto. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o salário-maternidade deve ser recebido pela mulher no seu valor integral.<sup>13</sup> Tendo em vista a isonomia entre homens e mulheres, foi criada pela primeira vez a licença-paternidade, que se constitui em nova modalidade de direito social (Bastos e Martins, 2004, p. 498), cujo pagamento é de responsabilidade do empregador (art. 7.º, inc. XIX) (Belmonte, 2009, p. 419). No entanto, adverte Ives Gandra Martins Filho que, da mesma maneira que ocorreu com o salário-maternidade, com a regulamentação da matéria, deve ela ser paga pela Previdência Social (Martins Filho, 2008, p. 100). Prevê a Constituição a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7.º, inc. XX).

Tem-se a garantia do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias nos termos da lei. Trata-se da constitucionalização (Canotilho, 2002) de um "princípio do direito de trabalho que já existia na legislação ordinária" (Bastos e Martins, 2004, p. 504) (art. 7.º, inc. XXI). Tem-se adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (art. 7.º, inc. XXIII). Canotilho define "constitucionalização" como:

*[...] a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Storch). A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos (Canotilho, 2002, p. 378).*

Inovou a Constituição de 1988 ao dispor sobre a garantia de assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7.º, inc. XXV) e o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7.º, inc. XXVIII) (Afonso da Silva, 2005, 297). Há referência expressa no texto constitucional à proteção do trabalhador diante da automação (art. 7.º, inc. XXVII), tendo em vista que o avanço tecnológico foi um dos fatores que contribuiu para o aumento do desemprego no País (Martins Filho, 2008, p. 90). Constitucionalizou-se a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Houve uma alteração pela Constituição da tradicional prescrição bienal que constava das leis ordinárias (art. 7.º, inc. XXI).

Inova-se ao proibir qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7.º, inc. XXXI) e ao assegurar a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7.º, inc. XXIIV). Ao garantir a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, estabeleceu o texto constitucional a plena aplicação da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) (Bastos e Martins, 2004, p. 540). Vale dizer que o trabalhador avulso “não é empregado” (Belmonte, 2009, p. 444).

No tocante à liberdade profissional ou sindical, inovou a Constituição de 1988 ao assegurar essa liberdade. Amauri Mascaro Nascimento afirma que os sindicatos “são associações permanentes que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns” (Nascimento, 2000, p. 242). Objetivando tratar de problemas coletivos dos representados, defendendo assim os interesses trabalhistas e também os conexos para obter melhores condições de trabalho. Estabelece o texto constitucional que:

**a //** a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

**b //** é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município;

**c //** ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

**d //** a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei<sup>14</sup>;

**e //** ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

**f //** é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

**g //** o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

**h //** é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o fim do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Todas essas se aplicam à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer (*Afonso da Silva, 2005, p. 301*) (art. 8.º).

Verifica-se que a Constituição de 1988, a despeito de detalhar a liberdade sindical, manteve os ranços do sindicalismo do Estado Novo (*Bastos e Martins, 2004, p. 550*). O direito de greve também é tratado pormenorizadamente (art. 10). Vale dizer que o direito de greve é reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho (*Siqueira, 2000, p. 126*). Resta assegurada a participação dos trabalhadores e dos empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

## DOS DIREITOS POLÍTICOS

---

Aos direitos políticos são dedicados dois artigos, os de número 14 e 15. Deixa-se claro que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (Canotilho, 2002, p. 304). Trata-se de uma cláusula pétreia, constante do artigo 60, parágrafo 4.º, inciso II. Portanto, insuscetível de alteração por meio de uma emenda constitucional. A necessidade de sigilo do voto é uma exigência constitucional, tanto é que o Supremo Tribunal Federal já entendeu ser legítima a decisão judicial que “entende nula a cédula assinalada de modo a identificar o eleitor”.<sup>15</sup>

O sufrágio universal implica o direito de todos os cidadãos maiores de idade poderem votar, independentemente de sua origem, classe social, cor, sexo, religião ou ideologia. O Brasil adota o sistema da democracia representativa e assegura um conjunto de medidas que facultam a participação popular no processo político. Para Simone Goyard-Fabre: “Ora, à medida que a democracia progride, uma regulamentação cada vez mais severa pesa sobre a vida própria dos indivíduos” (Goyard-Fabre, 2003, p. 293).

O plebiscito, o referendo e a iniciativa popular são instrumentos de exercício da democracia direta. O primeiro consiste numa consulta popular prévia ao povo sobre a adoção de determinada medida, política pública ou lei. A Lei n.º 9.709/1997 regulamenta o plebiscito. Já o referendo é uma consulta a posteriori, ou seja, depois de promulgada uma lei, por exemplo, consulta-se o povo para que a aprove ou não e para lhe conceder eficácia (Canotilho, 2002, p. 294). Para se propor um projeto por iniciativa popular, é necessário que o projeto seja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. A iniciativa popular é regulada pela Lei n.º 9.709/1998.

Todavia, uma crítica deve ser feita ao texto constitucional, que excluiu a possibilidade de iniciativa popular para a apresentação de propostas de emendas constitucionais, que são, na verdade, a manifestação do poder constituinte derivado. Trata-se de uma incongruência quando se considera o teor do parágrafo único do artigo 1.º da Constituição, que deixa claro que todo o poder

emana do povo e, por conseguinte, nada mais legítimo que se autorizasse a iniciativa popular para se alterar a Constituição. Paulo Bonavides explica que:

*Considera-se o livre acesso à iniciativa expediente mais democrático que a iniciativa reservada, cuja resistência à reforma traz óbices aos sistemas constitucionais, quando estes, pela renovação das normas ou dos preceitos, buscam averiguar os graus ou índices de legitimidade das instituições vigentes. A iniciativa desembaraçada apresente assim como corolário a mutabilidade relativa, ou seja, uma certa flexibilidade da Constituição em presença dos imperativos de mudança e acomodação ao meio. A iniciativa constitucional se faz aí tão franca e possível quanto a iniciativa legislativa, não se levantando distinção entre ambas. Em alguns sistemas, quais os da chamada democracia semidireta, se torna ela mais ampla, reconhecendo-se ao elemento popular o direito de propor a reforma (Bonavides, 2004, p. 204).*

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos, os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade.<sup>16</sup> Podem votar todos aqueles que até a data da eleição completarem a idade mínima de 16 anos.<sup>17</sup> Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que os presos que não têm sentença condenatória, ou seja, que estão cumprindo prisão preventiva, aguardando julgamento e ainda não estão condenados, têm o direito de votar. Nesse sentido, foi editada a Resolução n.º 23.219, que dispõe sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes.

É vedado o alistamento como eleitor dos estrangeiros e dos conscritos durante o período do serviço militar obrigatório, consoante o disposto no artigo 14, parágrafo 2.º da Constituição Federal de 1988. Em relação à Constituição de 1967, que mantinha a condição de eleitor dos oficiais, mas com exceções, a atual inovou no aspecto formal ao circunscrever a vedação de alistamento aos conscritos, ou seja, àqueles que estão prestando serviço militar.

São condições de elegibilidade, na forma da lei, a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima para alguns cargos. A elegibilidade é a capacidade de ser eleito, também denominada de “capacidade eleitoral passiva”. Nesse sentido, para que um

cidadão possa ser eleito, deve necessariamente preencher os requisitos constitucionais da elegibilidade, bem como não violar nenhuma das hipóteses de inelegibilidade expressamente descritas na Constituição.

Exige-se a idade mínima de 35 anos para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e senador; 30 anos para governador e vice do Estado e Distrito Federal; 21 anos para deputado federal, estadual ou distrital, prefeito, vice-prefeito e juiz de paz; e 18 anos para vereador. São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. Tanto as condições de elegibilidade e as hipóteses de inelegibilidade, mesmo aquelas que decorrem de legislação complementar, segundo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, são aplicadas de pleno direito, ou seja, independem de previsão expressa em lei local.<sup>18</sup>

No que diz respeito aos mandatos eleitorais, a tradição do direito constitucional brasileiro sempre foi a de vedar a reeleição, e tal regra constava da redação original da Constituição de 1988. Todavia, a Emenda Constitucional n.º 16/1997 alterou o parágrafo 5.º do artigo 14 para introduzir a reeleição por um único período subsequente.<sup>19</sup>

O Presidente da República, os governadores do Estado e do Distrito Federal, os prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos por um único período subsequente. A diferença entre substituição e sucessão é que a primeira é temporária, já a sucessão é definitiva, ou seja, o sucessor completa o mandato do titular do cargo. Diante do conteúdo do aludido dispositivo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no caso submetido à sua apreciação, que dizia respeito ao vice-governador do Estado de São Paulo, que havia ocupado o cargo por duas vezes, sendo que no último mandato sucedeu o governador, que ele poderia se reeleger ao cargo de governador por um único período subsequente.

Prevê a Constituição de 1988 expressamente a regra da descompatibilização, que consiste na necessidade do Presidente da República, dos governadores de Estado e do Distrito Federal e dos prefeitos, para concorrerem a outros cargos, renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. Evita-se, assim, o uso da máquina pública para facilitar a nova candidatura, bem como comprometer a igualdade de condições entre os candidatos. Não é necessário aquele que concorre à reeleição renunciar ou se afastar do cargo que ocupa. Essa vedação só é aplicável para os titulares de cargo que desejam concorrer a outro cargo

eletivo. Tem-se, conforme disposto na regra constitucional, que o presidente da Câmara Municipal que substitui ou sucede o prefeito nos seis meses anteriores ao pleito, se torna inelegível para o cargo de vereador.<sup>20</sup>

No tocante às inelegibilidades, o parágrafo 7.º do artigo 14 do texto constitucional é enfático ao dispor que são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, do governador do Estado ou território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído nos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu, no Recurso Especial Eleitoral n.º 24.564, que essa regra também é aplicável às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo por entender que o objetivo dessa proibição não é outro senão o de impedir que o ocupante do cargo venha de alguma forma favorecer o candidato em razão do vínculo existente. A referida decisão dispõe que: "Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7.º da Constituição Federal".<sup>21</sup>

Confere-se tratamento específico ao militar no parágrafo 8.º do artigo 14 para deixar certo que é alistável e elegível, desde que atendidas às seguintes condições: a) se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; b) se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para inatividade (Martins, 2009, p. 107). Em relação ao texto constitucional anterior, verifica-se que, na hipótese do item, aumentou-se o prazo para dez anos, pois antes era de cinco. Contudo, não há qualquer referência à filiação partidária dos militares, como fazia a Constituição de 1967 no seu artigo 150, parágrafo 2.º. Fixou entendimento o Supremo Tribunal Federal no sentido que não viola o referido dispositivo o provimento que "implique reconhecer ao militar candidato o direito a licença remunerada, quando conte mais de dez anos de serviço".<sup>22</sup>

O parágrafo 9º do citado artigo, com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 4/1994, abre a possibilidade à lei complementar para estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legiti-

midade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Deixa-se a criação de novas hipóteses de inelegibilidade à lei complementar, que é uma espécie normativa que exige um quórum mais dificultoso para a sua aprovação, qual seja, maioria absoluta nas duas Casas do Congresso Nacional. A Lei Complementar que o regulamenta é a de n.º 64/1990.

Traz a Constituição a possibilidade de impugnação do mandato eletivo ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Essa ação tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

É expressamente vedada, no artigo 15 da Constituição, a cassação de direitos políticos cuja perda ou suspensão se dará nos casos de: a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; b) incapacidade civil absoluta; c) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos; d) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VII. Trata-se, nessa última hipótese, dos casos de recusa no cumprimento de prestação alternativa em razão do descumprimento de obrigação a todos imposta em virtude da escusa de consciência, que impede a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. Em relação ao sistema constitucional anterior, constata-se que houve alteração significativa, na medida em que é dispensada a lei complementar, antes prevista, tornando o dispositivo constitucional atual autoaplicável.

A escusa de consciência, ou imperativo de consciência, por sua vez, consiste no direito do indivíduo negar-se a prestar uma obrigação legal, desde que essa possa ferir sua convicção política ou sua crença religiosa, ou seja, suas crenças pessoais. No caso de condenação criminal transitada em julgado, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, aos condenados, na sua vigência, não cabe opor a circunstância de ser o fato criminoso anterior à promulgação da Constituição, com a finalidade de invocar a garantia da irretroatividade da lei penal mais severa.<sup>23</sup> De igual modo, fixou-se que se trata de norma autoaplicável, ou seja, que independe de qualquer ato legislativo para incidir no caso concreto.<sup>24</sup>

O artigo 16, que trata do princípio da anterioridade, constitui-se em outra inovação da Constituição de 1988. O referido artigo, com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º

4/1993, é enfático ao estabelecer que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Em sua redação original, estabelecia tão somente que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”. É uma inovação da atual Constituição, pois a anterior não contemplava o princípio da anterioridade em matéria eleitoral.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou discussão interessante a respeito do teor desse preceito constitucional quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.685-8, que versava sobre a possibilidade de aplicação imediata das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 52/2006, que acaba com a regra da “verticalização”. Analisou-se se a expressão “lei” constante do artigo 16 para deixar claro que ela abarca também as emendas constitucionais.<sup>25</sup>

O Supremo Tribunal Federal também fixou entendimento, por ocasião do julgamento, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.741, que tal vedação não se aplica a toda e qualquer lei eleitoral, mas tão somente àquelas que impliquem uma efetiva alteração do processo eleitoral.<sup>26</sup> No caso sub examine, tratava-se da análise da constitucionalidade da Lei n.º 11.300/2006, denominada de “Minirreforma Eleitoral”, que versava sobre regras de propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais. Entendeu-se que o seu conteúdo não alterava o processo eleitoral e, portanto, não representava uma violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral previsto no artigo 16 da Constituição.

## CONCLUSÃO

---

No que se refere à proteção dos direitos individuais, sociais e políticos, a Constituição de 1988 representou um avanço em relação às Constituições anteriores. Além de dispor pormenorizadamente sobre a matéria, se preocupou em assegurar instrumentos para viabilizar a fruição desses direitos. A sistematização adotada pela atual Constituição propicia a manutenção e o desenvolvi-

mento do regime democrático e, via de consequência, a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Além do tratamento detalhado conferido pelo texto constitucional, ganha relevo a atuação do legislador infraconstitucional no sentido de regulamentar esses direitos e essas garantias fundamentais e torná-los exercitáveis na prática.

De igual modo, o papel do Poder Judiciário é de extrema relevância para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, destaca-se o seu desempenho precipuamente no concernente aos direitos sociais a partir da adoção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria do "mínimo existencial". Contudo, a atuação do Poder Judiciário não pode se configurar como ativismo judicial sob pena de subverter todo o sistema constitucional, o regime democrático e a própria proteção dos direitos e das garantias fundamentais conquistados arduamente pelo povo brasileiro.

## NOTAS

---

- <sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 29/5/2008. Plenário. DJE, 28/5/2010.
- <sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgamento em 5/5/2011.
- <sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para Acórdão: Ministro Mauricio Corrêa. Julgamento em 17/9/2003. Tribunal Pleno. Publicação. DJ, 19/3/2004 (PP-00017 EMENT VOL-02144-03).
- <sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 30/4/2009. Tribunal Pleno. DJE, 2008 (DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009).
- <sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na AC 2.695/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de 25/11/2010. DJE, 1/12/2010 (disponível no Informativo 614, de 4/1/2011).
- <sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgamento em 2/8/1991. DJ, 27/3/1992 (PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965).
- <sup>7</sup> Não obstante, é preciso reconhecer que a EAD deita raízes em longa data. Há, assim, notícias de cursos profissionalizantes por correspondência no Rio de Janeiro pouco antes de 1900. Fundada em 1923, a Rádio Sociedade do Rio de

- Janeiro também transmitia programas educativos. A respeito, ver João Roberto Moreira Alves, "A história da EAD no Brasil", em Litto e Formiga, 2009, p. 9-13.
- 7** Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25/10/2007. Tribunal Pleno. DJE 206, 31/10/2008 (EMENT VOL-02339-01 PP-00001.RTJ VOL-00207-01 PP-00011).
- 8** Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 25/10/2007. Tribunal Pleno. DJE 206, 31/10/2008 (EMENT VOL-02339-03 PP-00384).
- 9** Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25/10/2007. Tribunal Pleno. DJE 206, 31/10/2008 (EMENT VOL-02339-01 PP-00001.RTJ VOL-00207-01 PP-00011).
- 10** Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Decisão proferida em 3/12/2009. DJ 23/12/2009.
- 11** Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n.º 410.715-5/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 22/11/2005.
- 12** Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n.º 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29/4/2004. DJ, 4/5/2004 (PP-00012.RTJ VOL-00200-01 PP-00191).
- 13** Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1946. Relator: Ministro Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgamento em 3/4/2003.
- 14** Sobre a contribuição sindical ver Afonso da Silva, 2005, p. 303.
- 15** Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15/2/1990. DJ, 9/3/1990.
- 16** O Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n.º 21.920 com base no Processo Administrativo n.º 18.483/ES; relatoria do ministro Gilmar Mendes, que dispõe sobre a não aplicação aos deficientes físicos das sanções em caso de não votarem, com fundamento na dificuldade que enfrentam para locomoção, bem como na inadequação dos edifícios e prédios que servem de zona eleitoral para possibilitar o seu acesso.
- 17** Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 14.371, 26/5/1994.
- 18** Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.057-MC. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 20/4/94. DJ, 6/4/2001.
- 19** Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 366.488. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 4/10/2005. DJ, 28/10/2005.
- 20** Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 345.822. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 18/11/2003. DJ, 12/12/2003.
- 21** Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n.º 24.564. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Decisão de 1/10/2004. Acórdão n.º 24.564.
- 22** Supremo Tribunal Federal. AI 189.907-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-9-97, DJ de 21-11-97.
- 23** Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 418.876. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 30/3/2004. DJ, 4/6/2004.
- 24** Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n.º 22.470-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 11/6/1996. DJ, 27/9/1996.
- 25** Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.685. Relator: Ministro Ellen Gracie. Julgamento em 22/3/2006. DJ, 10/8/2006.
- 26** Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.741. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-9-06, DJ de 23-2-07.

## BIBLIOGRAFIA

---

**AFONSO DA SILVA**, José. *Curso de Direito constitucional positivo*. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

**ARAGON**, Manuel. *Constitucion y democracia*. Madri: Tecnos, 1990.

**ARAUJO**, Luiz Alberto David. "Art. 5.º, incisos X ao XII". Em BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**BASTOS**, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito constitucional*. 22.<sup>a</sup> ed. rev. e atualiz. por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

**BELMONTE**, Alexandre. "Arts. 7.º ao 11". Em BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**BOBBIO**, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

**BONAVIDES**, Paulo. 14.<sup>a</sup> ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

**BOYLE**, Kevin. "Hate Speech: the United States versus the rest of the world?". Em *Maine Law Review*, v. 53, n. 2, 2001.

**BRUGGER**, Winfried. "*Proibição ou proteção do discurso do ódio?* Algumas observações sobre o Direito alemão e o americano". Em *Direito público*. Porto Alegre/Brasília: Síntese/Instituto Brasiliense de Direito Público, vol. IV, n. 15, 2007.

**CAMPOAMOR**, Alfonso Fernández-Miranda y. *El secreto profesional de los informadores: temas clave de La Constitución Española*. Madrid: Tecnos, 1990.

**CANOTILHO**, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

**CONI**, Luis Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

**COWAN**, Glória; RESENDEZ, Mirian; MARSHALL, Elizabeth; QUIST, Ryan, "Hate Speech and Constitutional Protection: Priming values of equality and freedom". Em *Journal of Social Issues*, v. 58, n. 2, 2002.

**DWORKIN**, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*, 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**GOYARD-FABRE**, Simone. *O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**GUERRERO**, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Estudios de Ciencias Jurídicas, 1996.

**LIERN**, Göran Rollnert. "La Libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)". Em *Cuadernos y Debates*, n. 129. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

**LOPES**, Teresa Ancona. "Art. 5.º, incisos XXII ao XXVI". Em BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**MANETTI**, Michela. *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'egualianza e difesa dello Stato*, 2008 (disponível em [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/odio\\_razziale/index.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/index.html)).

**MARTINS**, Ives Gandra da Silva. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Manole, 2005, v. 1.

\_\_\_\_\_. "Família é aquela que perpetua a sociedade". Em *ConJur*, 12/5/2011 (disponível em

<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituinte-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>).

**MARTINS FILHO**, Ives Gandra da Silva. *Reflexões sobre a liberdade*. Em Direito público. Porto Alegre/Brasília: Síntese/Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, n. 4, 2004, p. 32-47.

\_\_\_\_\_. "Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988". Em MARTINS, Ives Gandra & REZEK, Francisco (orgs.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

**MARTÍNEZ**, Gregorio Peces-Barba. "La dignidade de la persona desde la Filosofía del Derecho". Em Cuadernos Bartolomé de Las Casas, n. 26. Madrid: Dykinson, 2002.

**MELLO FILHO**, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

**MENDES**, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2.ª ed. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

**MEYER-PFLUG**, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_ & **SILVEIRA**, Vladimir Oliveira da. "A pena de morte no Brasil, a legislação militar e a Justiça militar". Em RAMOS, Dirceu Torrecilas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia (orgs.). *Direito militar: doutrina e aplicações*. São Paulo: Campus Jurídico, 2011.

\_\_\_\_\_ & **COUTO**, Monica Bonetti. "Função social da empresa". Em Anais do XIX Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011 (disponível em <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>).

**NASCIMENTO**, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

**PIOVESAN**, Flávia. *Direitos humanos e Direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

**QUEIROZ**, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

**ROSENFELD**, Michel. "Hate Speech in Constitutional Law jurisprudence: a comparative analysis". Em Working Papers Series, n. 41, 2001 (disponível em [http://papers.ssrn.com/paper.cfm?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.cfm?abstract_id=265939)).

**SARLET**, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

**SARMENTO**, Daniel. "Reserva do possível e mínimo existencial". Em **BONAVIDES**, Paulo; **MIRANDA**, Jorge; **AGRA**, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

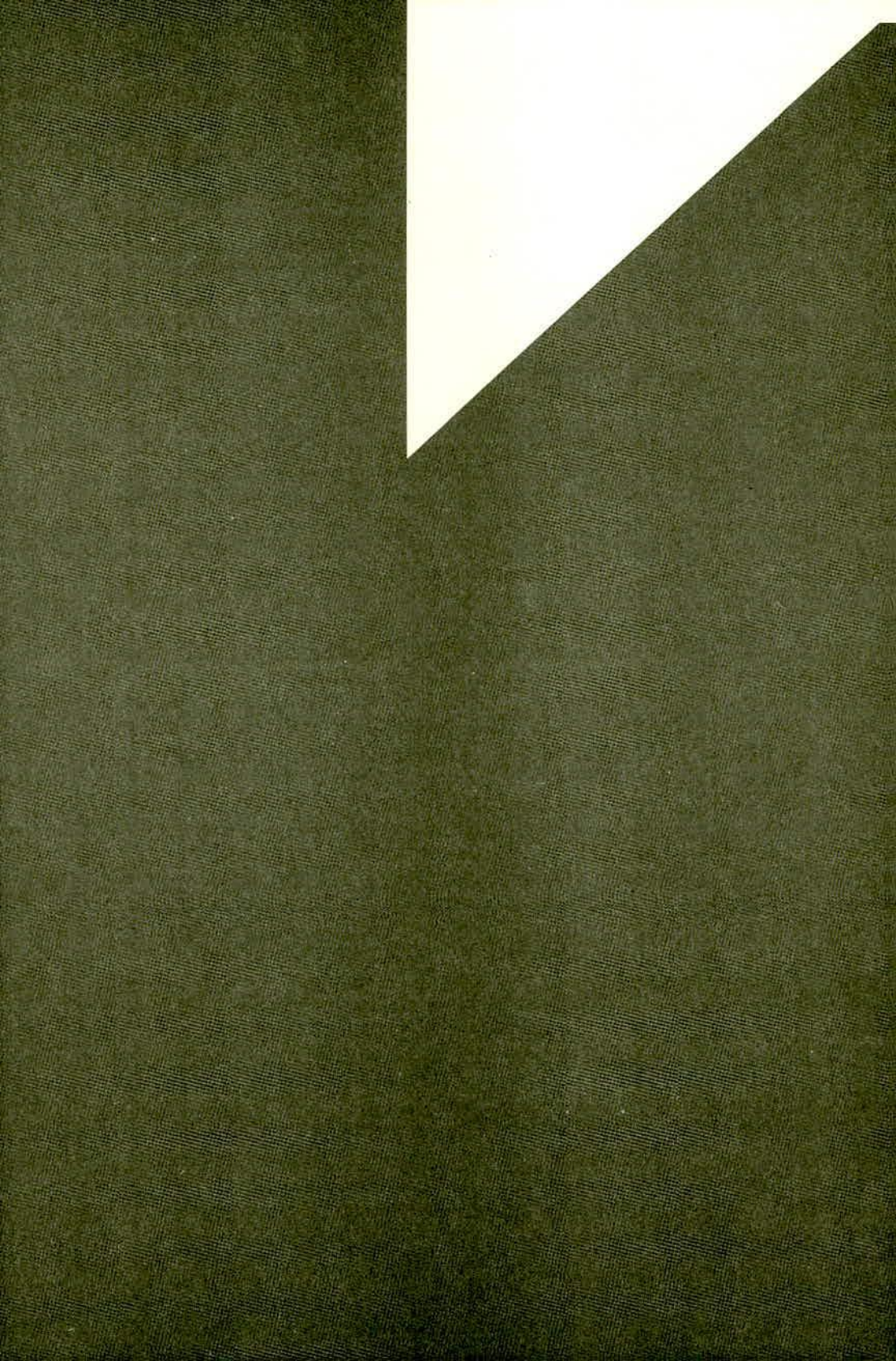
**SCHWABE**, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henning et al. Berlim: Konrad Adenauere Stiftung, 2005.

**SILVA**, Paulo Napoleão Nogueira. "Art. 5.<sup>o</sup>, incisos XVII ao XXI". Em **BONAVIDES**, Paulo; **MIRANDA**, Jorge; **AGRA**, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**SIQUEIRA**, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2000.

**TORCOL**, Silvie. *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne*. (Tese de doutorado.) Faculdade de Direito, Universidade de Toulon et du Var, 2002.

**VERONESE**, Alexandre. "Art. 6.<sup>o</sup>". Em **BONAVIDES**, Paulo; **MIRANDA**, Jorge; **AGRA**, Walber de Moura (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



IV

---

OS  
DIREITOS  
SOCIAIS

**CÁSSIO MESQUITA BARROS**

---

Advogado, professor titular aposentado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Presidente da Fundação Arcadas.

---



## **APRESENTAÇÃO**

---

Mais que qualquer outra área jurídica, o Direito do Trabalho depende de um processo contínuo de mudanças, de fatos políticos e econômicos que vão ocorrendo. Por isso, costuma-se dizer que a história do Direito do Trabalho acompanha *pari passu* a história geral da civilização e é profundamente influenciada por ela.

Quando o Direito do Trabalho começou a se consolidar como matéria de Direito no século XX, o mundo já era outro e não se parecia mais com o mundo que o inspirou, pois as transformações nunca param, mas, ao contrário, se aceleram.

O mundo do trabalho já não é mais o mesmo. Nos dias atuais, a globalização, a tecnologia, a economia de mercado, a crise econômica, as empresas multinacionais, a reestruturação produtiva, as modificações geopolíticas e ideológicas trouxeram grandes e profundas transformações ao Direito do Trabalho.

No Brasil, o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho não atendem mais às necessidades atuais.

Ora, se a realidade que serviu de base ao Direito do Trabalho mudou fundamentalmente, não pode mais esse mesmo Direito ter influência sobre um mundo diferente, pois terá ocorrido o que na teoria das ciências se chama, comparativamente, de “mudança de paradigma”.

Poder-se-ia mesmo dizer, como Rolf Birk, diretor do Instituto de Direito do Trabalho e de Relações do Trabalho da União Europeia, que, no século XXI, essa defasagem entre o Direito e a realidade é a questão central de nossos dias.

### **O CARÁTER DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

---

A Constituição de 1988 é diferente das constituições escritas no século XVIII, restritas a traçar a organização política e administrativa do Estado. Isso permitia que se alternassem no poder governos de ideologias diferentes. Hoje, as constituições não se limitam à organização estatal. Estendem-se além desses limites e aos mais variados temas, estabelecendo planos, emitindo normas programáticas, etc.

A Constituição brasileira de 1988 possui mais de 240 artigos de texto e mais de 90 de disposições transitórias. É uma constituição programática, das mais extensas do mundo, só perdendo para a Constituição da Índia, de 1947, que tem 395 artigos. Em contrapartida, a Constituição norte-americana, de 1787, tem 33 artigos, e a francesa, de 1958, 92 artigos.

Críticas reiteradas têm sido feitas por abrigar matérias que não são constitucionais, mas típicas da legislação ordinária.

O artigo 174 da Constituição brasileira identifica a sua natureza programática. Ao estabelecer, nesse artigo, a fiscalização, o estímulo e o planejamento *determinante* para o setor público e *indicativo* para o setor privado, certamente não optou por um Estado liberal. Por outro lado, é certo que não se pode afirmar que o Estado tenha o comando da atividade econômica.

A verdade é que, diante do texto constitucional, não há de se falar em intervenção no domínio econômico, já que a função do Estado está limitada à fiscalização, ao incentivo e ao planejamento. O Estado cuida do abuso do poder econômico e do aumento arbitrário dos lucros, desenvolvendo, segundo o texto constitucional, ação repressiva.

Conhecidas essa ambiguidade e a natureza programática da Constituição brasileira, vamos compreender melhor os comentários que seguem.

## **CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO**

---

Um fenômeno fundamental no desenvolvimento do Direito do Trabalho, que, parece, prosseguirá ao largo do século XXI, é a sua constitucionalização.

A ordem social, assim como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica quando as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana, de 1917.

A Constituição brasileira de 1988 foi, por assim dizer, “celetizada”, eis que as principais regras do Direito do Trabalho, reunidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foram copiadas no artigo 7.º da Lei Magna.

A questão que se coloca é a seguinte: Em que medida a Constituição há de ser um degrau para a organização das relações de trabalho?

A resposta não é evidente, porque os direitos fundamentais e as suas garantias se dirigem ao Estado e não aos particulares. Nesse contexto, uma pesquisa sobre os fundamentos teóricos da constitucionalização em outros domínios mostra que facilmente se tornam meramente didáticos, pois se sobrepõem aos seus efeitos práticos. Realmente, não é difícil encontrar múltiplos exemplos dessa tendência na legislação e na jurisdição brasileiras.

## **OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

---

A expressão “direitos sociais” na Constituição traduz “direitos trabalhistas”, que são o conjunto de princípios, normas e instituições que têm por objetivo a melhoria da condição social do trabalhador. Assim concebido, o Direito do Trabalho divide-se em direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito tutelar do trabalho, previdência e assistência social. Normalmente, as regras que se acumulam não são elevadas à condição de preceito constitucional.

A Constituição norte-americana não contém normas trabalhistas, porque lá o trabalhador não é tido como pessoa inferior. Tanto o trabalhador como o empregador são os protagonistas do mundo do trabalho, sem hierarquia.

No Brasil, a primeira Constituição a dispor sobre direito do trabalho ou sobre “direitos sociais” foi a Constituição de 1934, certamente por influência da Constituição alemã de Weimar. A partir de então, as constituições brasileiras passaram a incluir os direitos trabalhistas no título “Da Ordem Econômica e Social”, provavelmente pela razão de nem sempre ser possível dissociar com nitidez os direitos trabalhistas dos direitos econômicos.

No propósito de distinguir os direitos econômicos dos direitos sociais, a Constituição de 1988 deslocou os preceitos de direito individual, coletivo e tutelar do trabalho para o capítulo “Direitos Sociais”, que, por sua vez, estão incluídos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. A previdência e a assistência social foram deslocadas para o capítulo denominado “Da Ordem Social”, que, literalmente, abrange um conjunto amplo e extremamente heterogêneo de matérias, a começar pelas relativas a família, crianças, jovens, idosos, meio ambiente, lazer, passando pelos direitos trabalhistas, até chegar aos direitos a educação, cultura tecnológica e comunicação.

O tratamento dado aos direitos trabalhistas sob a rubrica de “direitos sociais” não ficou imune a críticas, pois o direito social não constitui propriamente um ramo específico do Direito, posto que compreende todas as normas jurídicas preocupadas com os fracos e os mais numerosos. O direito social é, na verdade, comum a todos os ramos do Direito. A Lei do Inquilinato, as regras que atribuem função social à propriedade privada, o poder conferido ao juiz criminal de graduar a pena compreendem-se na expressão “direito social”. Assim é que os direitos trabalhistas talvez estivessem mais bem situados na ordem econômica.

Mas o propósito foi trazer os direitos trabalhistas para o capítulo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, que exprime as prerrogativas fundamentais em relação ao Estado.

A Constituição de 1988 é fruto não de uma reforma, mas de uma substituição completa da Constituição anterior. As inovações de ordem trabalhista foram numerosas. Procurou-se, por exemplo, ajustar o princípio da liberdade sindical ao sistema da unidade sindical já existente na legislação ordinária, agora elevado à condição de preceito constitucional.

A Constituição também incorporou vários dispositivos de direito individual, tutelar, coletivo e previdenciário nos artigos 7.º, 8.º e 9.º do texto constitucional. Além de retornar a idade mínima do trabalhador menor para 14 anos, mas na condição de aprendiz, eliminar normas de aparente proteção do trabalho da mulher (na verdade, discriminatórias de seu trabalho), dilatou o período de licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário. Foram incluídos na forma de apuração do salário mínimo, além do custo da contribuição à Previdência, os itens relativos a educação, saúde e lazer. Por meio de novas fontes de custeio e independentemente de contribuição pessoal, foram ampliados os limites da Previdência Social para abranger toda a população.

A Constituição de 1988 trouxe modificações ao direito coletivo do trabalho ao estabelecer, por exemplo: a “*irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*” (artigo 7.º, VI); o “*reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho*” (artigo 7.º, XXVI); “*duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*” (artigo 7.º, XIII); “*jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva*” (artigo 7.º, XIV). A Constituição estabeleceu ainda a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (artigo 8.º, VI).

A negociação também tomou grande impulso com a revogação, por parte do governo brasileiro, do caráter permanente de direitos obtidos por meio dos dissídios coletivos. Atualmente, essas conquistas persistem somente durante o período de validade de cada acordo ou decisão normativa.

A Constituição de 1988 consagra o princípio da liberdade sindical no seu sentido mais amplo de liberdade de associação sindical (artigo 8.º, caput); já o princípio da autonomia sindical vem inscrito nos artigos 8.º, I, e 9.º, caput; o direito de livre organização relativo à administração pública está no artigo 37, VI; e o direito de greve, no artigo 9.º. A Constituição incluiu, entre as estabilidades especiais, a estabilidade do dirigente sindical.

Após declarar no artigo 1º o objetivo de construir uma sociedade livre, fundada nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, a Constituição de 1988 impõe o sindicato único.

Apesar das evidentes manifestações do princípio da liberdade sindical com a eliminação das formas mais explícitas de intervenção estatal, a Constituição de 1988 contraditoriamente

proclama o princípio do sindicato único, a representação legal da categoria, a verticalização dos órgãos de representação profissional, a tutela do Estado nas relações trabalhistas e os tributos sindicais, colunas básicas da estrutura sindical brasileira, que data de 1930, de cunho profundamente corporativo.

O princípio da liberdade sindical nos moldes da Carta del Lavoro, por exemplo, foi alterado apenas em parte na Constituição de 1988. As diretrizes sobre organização sindical de caráter corporativo estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 1.402/1939 – que completaram a Carta Outorgada de 1937 e que foram posteriormente incorporadas à Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 – prevalecem, em suas linhas fundamentais, até hoje, na Constituição de 1988 e na CLT.

Essa circunstância peculiar da vida sindical brasileira fez com que se criasse a máxima de que a liberdade sindical no Brasil constitui apenas “meia liberdade”, pois a Constituição de 1988 assegurou tão somente a autonomia sindical diante do poder público (*artigo 8.º, I*) e a liberdade individual negativa de associação (*artigo 8.º, V*), ao contrário das constituições efetivamente democráticas, nas quais é plena a liberdade de associação profissional.

## **O FUTURO DAS RELAÇÕES ENTRE CAPITAL E TRABALHO**

---

Para emitir uma opinião sobre a lista das vantagens nominais que a Constituição de 1988 abrigou como direitos fundamentais de aplicação direta, diante do quadro econômico e social de nossos dias e da crise cultural que convulsiona a sociedade dos países emergentes, torna-se necessária uma abordagem que permita conjecturas sobre o futuro das relações entre capital e trabalho.

É preciso ver a lista das vantagens prodigalizadas não como simples esquema normativo que disciplina as relações entre empregados e empregadores, mas como diploma constitucional, no seu perfil político e ideológico, para entender o seu atual e evidente descompasso com a realidade. Nessa perspectiva, é preciso reconhecer que teremos de atravessar a estreita passagem entre o direito posto e a crítica política, conscientes de que, no fundo, o direito é uma opção política que a forma jurídica incorpora<sup>1</sup>.

O modelo preferido pela Constituinte na turbulência das tensões e das contradições de nossos dias tem o selo da filosofia autoritária e paternalista, que não confirma a propalada filosofia política democrática da Constituição.

Na realidade, a Constituinte se “celetizou”, condensando um grande número de regras rígidas e uniformes de direito individual, tutelar, coletivo, previdenciário e assistencial do trabalho para todo o imenso e diversificado Brasil. A generosidade com que a Constituição ampliou as vantagens, já formalmente asseguradas, deixa a impressão de que só considerou o aspecto social, com menosprezo de suas dimensões econômicas, políticas e jurídicas indiscutíveis.

Na verdade, é difícil estabelecer uma separação correta entre o social e o econômico, pois, como já observou Georges Scelle, existe uma fronteira entre o social e o econômico que é, ainda que doutrinariamente, difícil de ser traçada.

No mesmo sentido, vale lembrar:

*Não é fácil estremar, com nitidez, os direitos sociais dos direitos econômicos. Basta ver que alguns colocam os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos, e não há nisso motivo de censura, porque, em verdade, o trabalho é um componente das relações de produção e, nesse sentido, tem dimensão econômica indiscutível?.*

As medidas de proteção foram elevadas ao ápice – de ordem pública – no mesmo estilo da CLT, que consolidou as concessões outorgadas por Getúlio Vargas aos trabalhadores. Trata-se de estilo inaceitável nos países em que o legislador não tenha inspiração totalitária.

Os novos processos traduzem uma reviravolta que lembra a passagem do status para o *contractus* e transporta para o plano trabalhista a orientação de que os atores sociais – empresários e sindicatos – devem elaborar eles próprios as regras de sua convivência, fora de toda e qualquer ingerência dos poderes públicos.

A solução dos conflitos do trabalho está no diálogo, na negociação, e não na lei de ordem pública, rígida e uniforme, nem na sentença normativa, muito menos na ação repressiva.

A reviravolta de que se fala não significa mudança nos pressupostos ideológicos de proteção da legislação do trabalho, nem abandono da experiência jurídica acumulada. Significa, sim, uma mudança de postura e de estilo que resulta do desenvolvimento do nosso país, que passa do capitalismo adolescente para o capitalismo que amadurece na revolução tecnológica, lastimavelmente num quadro

de problemas angustiantes, porque a mudança coincide com a crise econômica que atingiu o mundo moderno a partir da década de 1970 com as elevações dos preços dos combustíveis.

O espírito do Direito do Trabalho é que passa para outra dimensão, pois, no mundo globalmente interligado, precisamos de uma nova e amplíssima visão da realidade. Os pressupostos do modelo revivido pela Constituição de 1988 têm afetado seriamente nossa saúde individual e social, tanto que o Direito do Trabalho já conhece hoje o drama de sua ineficácia.

A exemplo do ocorrido com a Constituição de 1946, que, em princípio, repudiava a orientação política e doutrinária das leis do trabalho, mas deixou-se infiltrar por algumas normas manifestamente opostas ao seu espírito, tais como a delegação de poderes públicos ao sindicato – o que culminou no poder de impor contribuições de natureza tributária –, o modelo agora adotado também incide no mesmo contrassenso.

Se em 1946 se procurava explicar a contradição em fundamentos psicossociais e nas raízes da realidade brasileira, hoje, passados mais de cinquenta anos, o argumento é o mesmo. Mantém-se reforçado o exclusivismo sindical antidemocrático e a contribuição sindical, fonte de tantos escândalos e de tantos problemas.

No plano puramente formal, pode-se sustentar que o modelo é um avanço, mas o que interessa é averiguar se a legislação trabalhista, oriunda da CLT e agora substancialmente recondicionada e ampliada, atende à realidade atual. Em suma, torna-se necessário saber se os valores recolhidos e ampliados da legislação formalmente vigente são eficazes, se funcionam no nosso país, ou se, ao contrário, não têm sentido em grande parte do Brasil, perderam a razão de ser em algumas regiões ou se são contestados no momento de serem aplicados.

Exatamente no momento em que os países ricos oferecem à iniciativa privada amplas oportunidades de progresso e que o centro das atenções é o conceito de *flexibilidade da norma jurídica*, o Brasil insiste em um Direito do Trabalho rígido, aparatoso, complexo, com muitas regras obscuras, que freiam a iniciativa privada e levam o empresário ao imobilismo para melhor se assegurar.

Precisamente quando as novas formas de trabalho conduzem a modos diversificados na organização das empresas, que já não poderão ser contidas por um direito único e estatal, porque empresários e trabalhadores estão necessitando enfrentar, na realidade vital, soluções novas que satisfaçam suas necessidades, a Constituição recondiciona e amplia o direito no estilo anterior.

Os problemas resultantes desse período histórico de mudanças estão formulando novas e emergentes exigências também ao Direito. Por isso mesmo, o Direito do Trabalho geral, absoluto, cheio de normas inafastáveis de ordem pública, precisa ser substituído por um direito particular, diversificado, evolutivo e negociado.

O modelo, inspirado que foi em pressupostos culturais superados, certamente é inadequado aos novos tempos. Constitui a prova viva da crise cultural de percepção. As transformações culturais são etapas essenciais no desenvolvimento da civilização, mas não prescindem de posturas adequadas para enfrentar seus problemas.

Pode-se dizer que a revolução tecnológica ainda não está implantada no nosso país. Esse não é, porém, um argumento convincente, e não é preciso sair das Américas para demonstrar essa verdade.

A Constituição norte-americana, promulgada há mais de duzentos anos, em 1787, foi escrita antes que a primeira revolução industrial, no século XVIII, passasse a ser um fator conhecido no país. Não obstante, estabeleceu a estrutura para a evolução de uma nova nação.

De fato, três dos seus conceitos mais importantes forneceram o arcabouço para a ideologia trabalhista e a formação dos sindicatos:

**1 //** a importância dos indivíduos;

**2 //** o valor da pequena sociedade como canal das aspirações sociais e éticas do ser humano;

**3 //** o papel do governo como árbitro e como preservador do processo de negociação política e social.

Os constituintes norte-americanos eram empresários da área do comércio e, portanto, davam valor à *negociação*, à *sacralidade do contrato* e ao *ambiente de ordem*, experiências que, traduzidas para o texto constitucional, garantiram a estrutura para a solução de futuros conflitos, tanto entre grupos de interesse como entre o *ideal supremo* e a *realidade* política imediata.

A sacralidade do indivíduo está implícita na definição de democracia, porque é ele quem escolhe seus governantes. Nesse conceito estão os direitos fundamentais do indivíduo, direitos inalienáveis que advêm de uma autoridade externa suprema e acima do governo humano.

Os constituintes norte-americanos limitaram esses direitos, impedindo que um impusesse sua vontade ao outro. O ideal da democracia é a realização individual, mas a estrutura da democracia se destina a assegurar o uso de um direito pelo cidadão somente até onde começa o direito do vizinho. Homens da realidade prática,

eles não tinham a ideia romântica que apoia uma visão anárquica da sociedade, pois é preciso ter em conta a natureza do homem.

Além disso, o conceito de comprador e de vendedor negociando a qualidade e o preço, livre da interferência governamental, abençoou a economia de mercado e a propriedade privada. Lançou-se a democracia transacional, compromissada com a liberdade do indivíduo e com as pequenas sociedades de que participa.

A oportunidade aberta a essas negociações deu à democracia norte-americana a *flexibilidade* para o mundo em dois séculos, primeiro, pela revolução industrial e, segundo, pela revolução tecnológica, que transformou completamente a primeira.

A ideologia trabalhista marcada pelo imigrante inglês Samuel Gompers aceitou o papel do trabalho como agente negociador numa sociedade democrática pluralista e transacional.

Os marxistas, que lutaram pela sociedade baseada no trabalho, marcada, porém, pela luta de classes e pela revolução, na tentativa de refazer a sociedade à sua própria imagem, sucumbiram diante do movimento trabalhista de Gompers, de prestigiar o trabalho e aumentar o seu poder, mas em benefício do trabalhador, e não da revolução política, para a edificação de um Estado pedagogo. Não seria melhor falar em Estado demagogo?

O sistema de relações entre o capital e o trabalho representa o micro-organismo da sociedade democrática como seu todo. Por isso, precisamos estimular a eliminação das obstruções, a criatividade dos indivíduos e as pequenas sociedades, além de desenvolver e aperfeiçoar os mecanismos de negociação entre empregados e empregadores.

Enfim, deve-se dar o devido valor à negociação, à sacralidade do contrato e ao ambiente de ordem que deve reinar no local de trabalho, onde se concentra a produção.

Em conclusão, a administração democrática do trabalho exige o abandono de uma postura basicamente de controle por uma visão de promoção dos interesses dos atores sociais, com o redimensionamento e a redefinição das tarefas da administração do trabalho, atualmente predominante na rotina trabalhista brasileira, mormente diante da realidade pouco animadora da permanência de um sistema sindical misto de autonomia e de dependência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Ainda que, em 2011, a Justiça do Trabalho tenha muito o que comemorar pela passagem de seu aniversário de setenta anos de instalação e se apresente bastante ágil se comparada aos demais segmentos do Poder Judiciário – as Varas do Trabalho receberam 1.885.102 novas reclamações trabalhistas, das quais 1.859.826 foram solucionadas –, a efetividade da execução trabalhista continua a ser um grande entrave para a consecução da justiça. Basta dizer que, em média, de 100 reclamantes que obtêm ganho de causa, apenas 31 conseguem êxito na cobrança de seu crédito.

Essa situação se deve, em grande parte, segundo João Oreste Dalazen, com o que concordamos plenamente, a normas processuais insuficientes, precárias e defasadas.

Um trabalho intenso e sem tréguas deve ser travado junto ao Congresso para que seja aprovada uma legislação processual trabalhista mais efetiva e mais condizente com a realidade atual, o que atenderá inclusive ao princípio da duração razoável do processo. O atual presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) lembra, com muita propriedade, da necessidade de regulamentação da norma constitucional que cria o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FGET), inspirado no modelo espanhol.

O TST, por seu turno, vem sofrendo, há muitos anos, com uma situação equivocada em seu papel como tribunal superior, na medida em que se vê obrigado a julgar repetidas e repetidas vezes a mesma tese jurídica, o que afeta os princípios da economia e da celeridade processuais. Além disso, é inconcebível que o processo trabalhista, que se caracteriza essencialmente por prestações alimentares, demore tanto tempo para ser julgado no TST, que é o órgão máximo da Justiça do Trabalho. Convém ressaltar que essa obstaculização da Justiça no TST vem ocorrendo no processo de conhecimento, ainda que registrados índices de produtividade sempre crescentes.

Por isso, a nosso ver, acompanhando o ministro João Oreste Dalazen em manifestação acerca do tema ocorrida em seu discurso de posse como presidente do TST, defendemos a criação da súmula vinculante no TST e no Superior Tribunal Justiça (STJ), que deveria ser aprovada por maioria qualificada, obedecidos determinados critérios de revisão.

Além da alta rotatividade da mão de obra, que ocasiona um grande número de empregados despedidos e, portanto, de potenciais ações trabalhistas, a legislação material trabalhista brasileira contribuiu significativamente para a existência do grande número de litígios na Justiça do Trabalho.

Ainda que suas diretrizes básicas protecionistas devam ser mantidas, nunca se esquecendo do papel fundamental que tiveram na história do Direito do Trabalho brasileiro, há de se ressaltar a urgência da mudança da legislação material trabalhista, porque fácil é constatar que essas normas inflexíveis estão ultrapassadas, contribuindo de forma alarmante para a informalidade reinante no Brasil. Basta dizer que, considerados apenas os trabalhadores da iniciativa privada, é de 32,11% a percentagem de trabalhadores informais contra 67,89% com carteira assinada, segundo dados levantados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), realizada em 2009 e divulgada em 2010. Atualmente, dos 101 milhões de pessoas que formam a população economicamente ativa da população brasileira, 32 milhões de trabalhadores estão na informalidade.

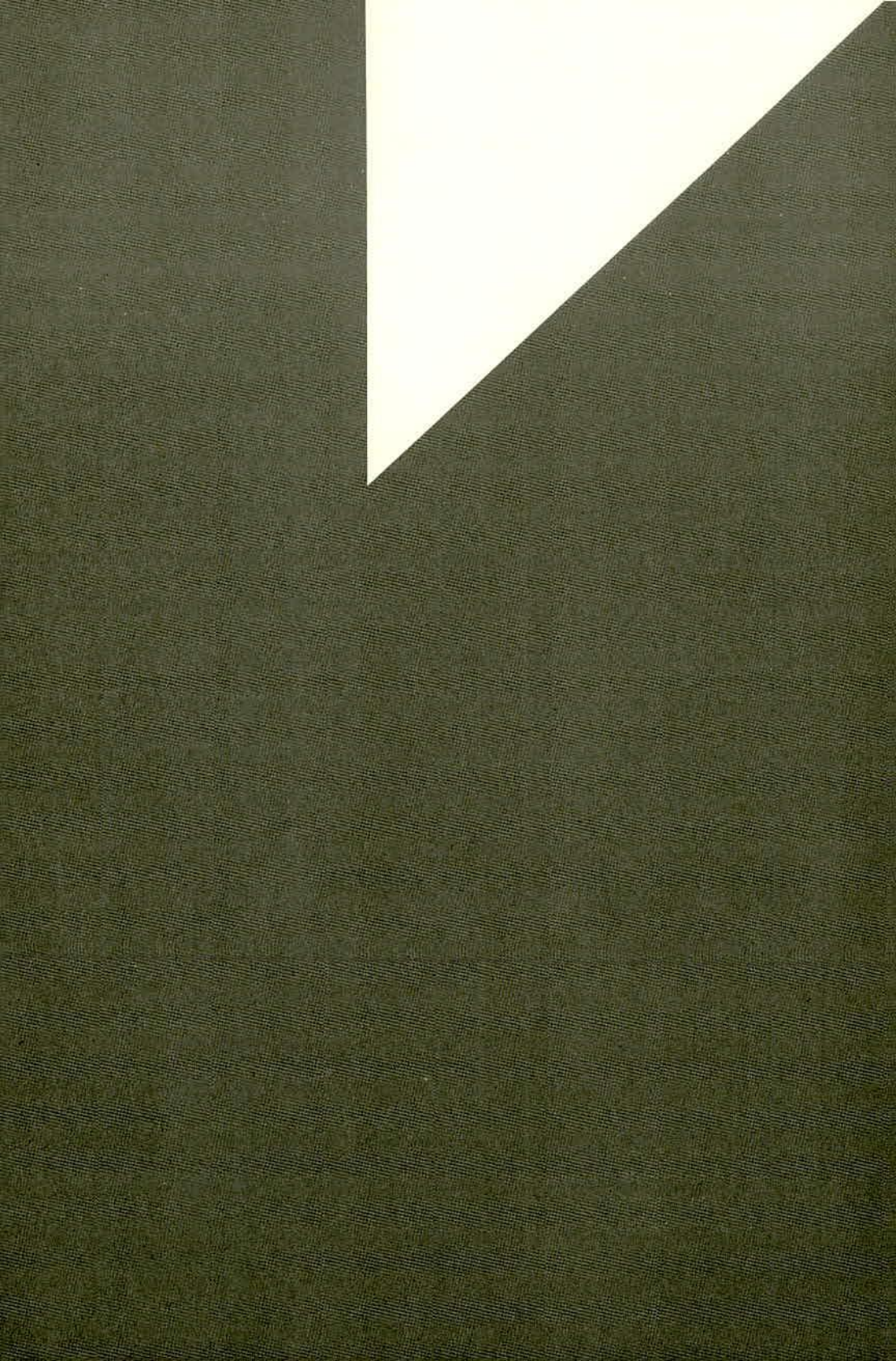
A necessidade imperiosa de se adequar as leis e as instituições do trabalho à realidade econômica e social brasileira, com a modernização e a flexibilização das leis do trabalho para adaptá-las às novas formas de trabalho, encontra o grande óbice de que, para fazê-lo, há necessidade de reforma da Constituição de 1988. Realmente, as normas trabalhistas recondiçionadas e ampliadas pela Constituição, apesar de já asseguradas por legislação ordinária, encontram-se “engessadas”. A nosso ver, esse representa um grande defeito da Constituição de 1988 no que diz respeito ao Direito do Trabalho.

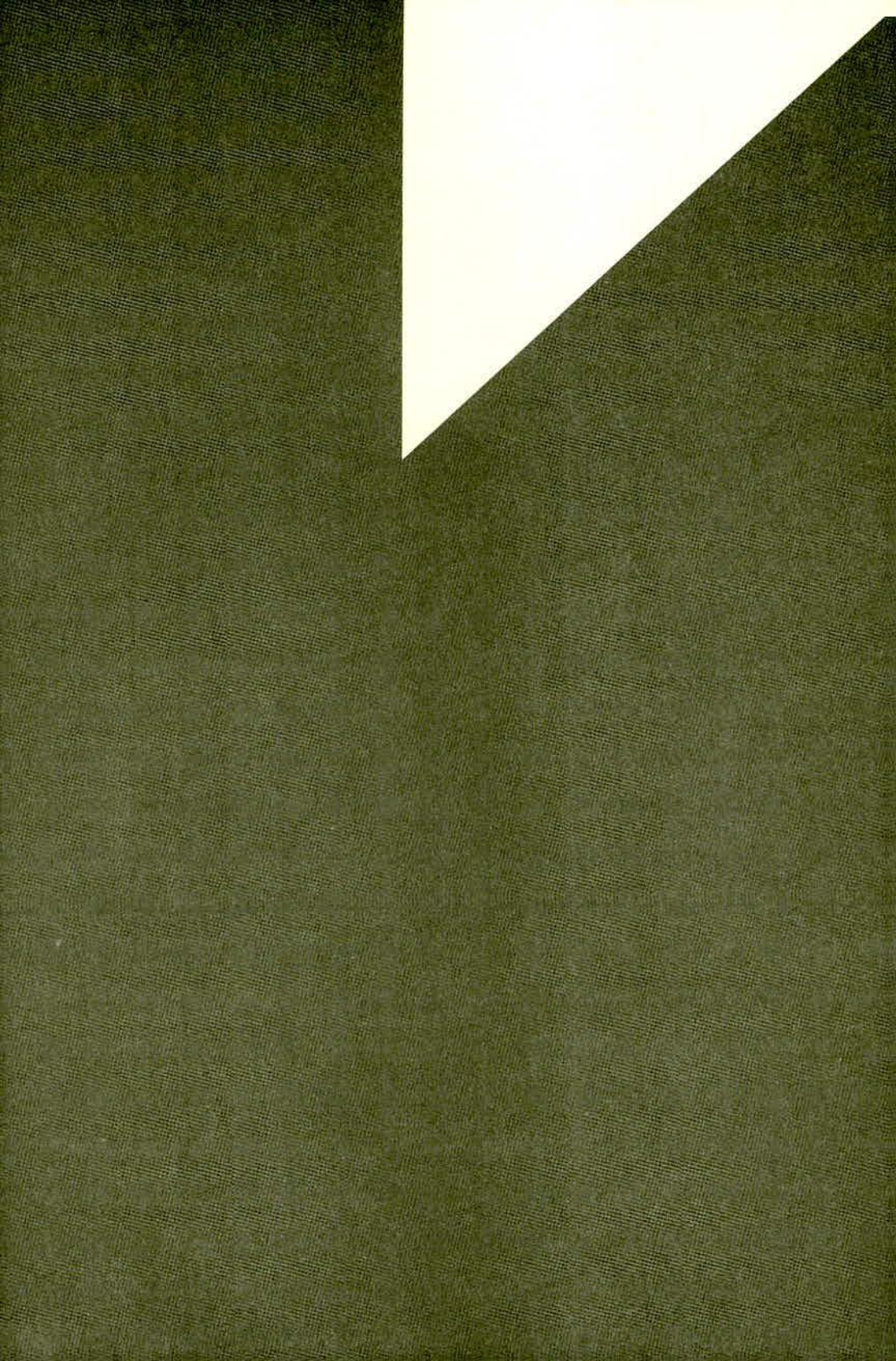
## NOTAS

---

<sup>1</sup> Orlando Gomes, *Perspectivas atuais da CLT*, em *Simpósio da Academia Nacional de Direito do Trabalho* (1983).

<sup>2</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 13.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. (São Paulo: Malheiros, 1997), p. 277.





IV

---

LIBERDADE  
DE EXPRESSÃO  
E LIBERDADE  
DE INFORMAÇÃO

**MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES**

---

Advogada. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Membro do Conselho do Instituto Adventista São Paulo (IASP). Membro da Diretoria da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

---



## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

---

O perfil do Estado Democrático de Direito é aquele que assegura os direitos e as garantias ao cidadão perante o Estado. Entre esses direitos e essas garantias, estão a liberdade de expressão e a liberdade de informação como direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são, hoje, "o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não substituídos aqueles fora do contexto desse regime político (*Gonet Branco, 2002, p. 104*).

A história registra que os direitos fundamentais que o ordenamento jurídico moderno hoje consagra foram reconhecidos por etapas após muitas lutas e reivindicações dos cidadãos para essas conquistas.

Os direitos fundamentais surgem com o constitucionalismo, movimento que inicialmente surgiu na Inglaterra, que teve origem na insatisfação da burguesia com os regimes absolutistas. A primeira Declaração de Direitos Fundamentais surgiu com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776. Posteriormente, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originária da Revolução Francesa de 1789. Esta certamente a mais importante delas por ser dirigida diretamente ao cidadão.

Sobre o tema, Paulo Bonavides escreve:

*Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e norte-americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias norte-americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano (Bonavides, 1994).*

Após a Declaração Francesa, o humanismo político continuou evoluindo. Diversos enunciados foram sendo constitucionalizados pelos sistemas jurídicos de vários países. Surgiu, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que, em seu preâmbulo, consagrou a liberdade de expressão nos seguintes termos:

*Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.*

E, em seu artigo 19, enunciou um preceito importante e essencial à liberdade de informação: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão", bem como de "procurar receber e transmitir informações e ideias por qualquer meio e independentemente de fronteiras".

A partir de então, a liberdade de expressão e informação passou a integrar o International Human Rights Law, incluída na International Bill of Rights, composta, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) (art. 19); dos seguintes documentos: Convênio Euro-

peu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, aprovado em Roma, Itália (art. 10); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, Colômbia, em 1948 (art. 4.º); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966 (art. 19); Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica, adotado em 1969, internalizado no Direito brasileiro pelo Decreto n.º 678/1992, proclama a intangibilidade da liberdade de expressão. Referida liberdade, nos termos do Pacto, não pode sofrer restrições. Apenas se admite a responsabilidade civil pós-fato. É o binômio liberdade/responsabilidade, característica das sociedades livres, em oposição às sociedades paternalistas tuteladas. O artigo 13 da Convenção estabelece:

*1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*

*2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.*

*3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.*

O que se extrai da Convenção e do texto transcrito? De início, o direito à liberdade de expressão é irrestringível na via legislativa. Cabe ao Estado somente tomar as providências para responsabilizar ulteriormente os excessos, como regra geral. Entretanto, a Convenção prevê claramente as hipóteses em que é admissível a restrição à liberdade de expressão, no item 5 do artigo 13: "A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

Embora esse processo de evolução dos direitos fundamentais e suas garantias tenham sido assegurados pelos países que adotaram o regime político de Estado Democrático de Direito, diversas

têm sido as manifestações internacionais apontando para a necessidade de maiores garantias desse rol de direitos, sobretudo visando aos direitos fundamentais de terceira geração (direitos sociais e meio ambiente saudável), de forma a universalizar esses direitos.

Na lição dos professores Gomes Canotilho e Vital Moreira:

*Se se analisar o objeto dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, fácil é verificar que eles consubstanciam e servem três valores constitucionais essenciais: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social. Servem a primeira principalmente os “direitos, liberdades e garantias pessoais” (arts. 25 e segs.); servem a segunda os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” (arts. 48 e segs. e 53 e segs.); servem a terceira sobretudo os “direitos sociais” (arts. 63 e segs.). É essa trilogia que constitui o pressuposto e o critério substancial dos direitos fundamentais, sendo insuficiente e inadequada qualquer concepção reducionista que faça apelo apenas a um desses valores (Canotilho e Moreira, 1991, p. 106). (Grifo nosso).*

## A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao reconhecer os direitos fundamentais (direitos de liberdade, de participação política e os chamados direitos sociais), a Constituição Federal brasileira certamente o fez pretendendo consubstanciar o conteúdo desses valores da dignidade humana.

José Afonso da Silva lembra que:

*[...] Liberdade e democracia. Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.*

*Formas da liberdade. Já deixamos claro que ao direito positivo interessa cuidar apenas da liberdade objetiva (liberdade de fazer, liberdade de atuar). É nesse sentido que se costuma falar em “liberdades”, no plural, que, na verdade, não passa das várias expressões externas da liberdade. “Liberdades”,*

no plural, são formas da liberdade, 53 que aqui, em função do direito constitucional positivo, vamos distinguir em cinco grandes grupos: a) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção e de circulação); b) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); c) liberdade de expressão coletiva, em suas várias formas (de reunião, de associação); d) liberdade de ação profissional (de escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); e) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), de que trataremos nos comentários aos direitos da ordem econômica, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daquela (Afonso da Silva, 2005a, p. 70).

Entre esses valores estão a liberdade de imprensa e de informação, que tem sido ampliada para que a informação seja transmitida de forma responsável. Essa liberdade é da essência do Estado Democrático de Direito, que a Constituição Federal de 1988 adotou ao proclamar em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”, sendo um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil a não intervenção (art. 4.º, IV). A liberdade de imprensa é essencial ao Estado Democrático de Direito, não sendo admitida nenhuma restrição que não decorra diretamente do texto constitucional (art. 220, § 1.º).

No passado, as condições do País eram outras, e o próprio regime jurídico justificava a obrigatoriedade, pois a partir da implantação no Brasil do chamado Estado Novo e da ditadura de Getúlio Vargas, os direitos e as garantias individuais foram restringidos, e a imprensa deixou de ser livre, diante de seu caráter público, conforme se constata do artigo 122 (15) da Constituição de 1937, promulgada por Decreto do Presidente da República, com implantação oficial do autoritarismo, estabelecendo: a) *censura prévia da imprensa*; b) *caráter público da imprensa*; (c) *obrigatoriedade de inserção de comunicados do governo, nas dimensões estabelecidas em lei*.

As Constituições posteriores de 1946 (art. 141, § 5.º) e de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1/1969 (art. 153, § 8.º), mantiveram de certa forma uma restrição à liberdade de imprensa, considerando o regime de exceção pelo que passou o País. Surgiu então, nesse período, a Lei n.º 5.250/1967, “regulando a liberdade de manifestação do

pensamento e de informação” (*Lei de Imprensa*), ato normativo autoritário não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º 130.

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que uma simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode se esgotar numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado Democrático de Direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os Poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em outras palavras, ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República, cujo texto confere, aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário (ADPF n.º 187/DF).

Com a Constituição de 1988, foi inaugurado no País o regime democrático de direito, com amplas garantias individuais e liberdade de expressão e comunicação, como se constata do artigo 5.º, incisos IV; V; IX; X; XIII e XIV, da CF. Sobre o direito de livre manifestação do pensamento, dispõe o artigo 5.º, inciso IV, da Constituição Federal: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Esse dispositivo garante o direito de opinião, cuja conformação jurídica é de grande importância na tutela da liberdade da crítica jornalística.

A liberdade de manifestação do pensamento dá as notas características na qual se há de realizar o ser humano em seu crescimento pessoal e social, particular e político. *A liberdade é parte integrante da dignidade humana.*

A liberdade de imprensa é manifestação da liberdade individual, considerada em sua amplitude humana. Sem a liberdade de manifestação do pensamento para *informar, se informar e ser informado*, garantia de cada um, compromete-se a dignidade da pessoa humana.

Sobre o valor da dignidade da pessoa humana, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: “Está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em

si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo” (Ferreira Filho 1990, p. 19).

Sobre os princípios jurídicos que regem a *liberdade de informação*, José Afonso da Silva escreve:

*A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar a coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade, ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.*

*Os jornalistas e as empresas jornalísticas reclamam mais seu direito do que cumprem seus deveres. Exatamente porque a imprensa escrita, falada e televisada (como impropriamente se diz) constitui poderoso instrumento de formação da opinião pública (mormente com o desenvolvimento das máquinas interplanetárias destinadas a propiciar a ampla transmissão de informações, notícias, ideias, doutrinas e até sensacionalismos) é que se adota hoje a ideia de que ela desempenha uma função social consistente, em primeiro lugar, em “exprimir às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, colocando-se quase como um quarto poder, ao lado do Legislativo, do Executivo e do jurisdicional”, no dizer de Foderaro. É que ela “constitui uma defesa contra todo excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade”. Em segundo lugar, aquela função consiste em assegurar a expansão da liberdade humana.*

*Isto é que, em primeiro lugar, gera a repulsa a qualquer tipo de censura à imprensa, seja a censura prévia (intervenção oficial que impede a divulgação da matéria) ou a censura posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação impeditiva da circulação de veículo impresso). Em segundo lugar, é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato (em matéria não assinada, o diretor do veículo responde), ao direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5.º, IV, V, X), pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §§ 1.º e 2.º) (Afonso da Silva, 2005b, p. 247-248).*

A doutrina mais recente tem entendido que a ideia de *liberdade de comunicação*, por ser mais abrangente, engloba todos os direitos e liberdades contidos nas demais formulações, como: liberdade de pensamento; liberdade de opinião; liberdade de expressão; liberdade de imprensa; além do direito à informação (Farias, 2004, p. 30).

### **LIBERDADE DE PENSAMENTO**

---

Considerada uma liberdade primária, da qual decorrem todas as demais, referidas anteriormente. Trata-se de liberdade de foro íntimo, que se esgota na convicção interna do indivíduo.

Para alguns, essa liberdade não estaria resguardada pelo ordenamento jurídico, pela simples razão de que o pensar sem dizer é questão estranha ao mundo do direito e à vida social (Pontes de Miranda, 1967, p. 39). Para outros, essa liberdade de foro íntimo estaria amparada pela proteção das liberdades de consciência e de crença, desde que não venham a ser exteriorizadas (CF, art. 5.º, VI e VIII, primeira parte) (Ferreira Filho, 1990, p. 33).

### **LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO**

---

A manifestação exterior do pensamento está protegida pelas liberdades de opinião e de expressão, as quais não costumam ser examinadas separadamente pela maior parte da doutrina, que acaba por utilizar ambas as expressões, indistintamente, como se sinônimas fossem (Bastos, 1999, p. 49).

Penso, entretanto, que é possível estabelecer distinção: a liberdade de expressão é gênero do qual a liberdade de opinião é espécie, ao lado da liberdade de comunicação. A liberdade de opinião consiste na faculdade de formular juízos, conceitos, convicções e

exteriorizá-los livremente. A liberdade de expressão abrangeria todos esses conceitos e se estenderia ainda a outras manifestações, como as de caráter informativo, jornalístico, filosófico, artístico, científico e político, além do culto religioso, que é exteriorizado pela crença religiosa.

Fala-se, hoje, em liberdade de comunicação, expressão mais ampla que liberdade de imprensa, por abranger não só a liberdade de informações jornalísticas, mas a imprensa falada e televisada e os demais meios de transmissão de informações, como os meios eletrônicos, a internet.

Podemos dizer que os conceitos de direito à crítica e de direito à opinião são, em grande parte, coincidentes, pois ambos dizem respeito à formulação de juízos de valor. “O que os diferencia é o âmbito de abrangência: enquanto a crítica jornalística se atém aos fatos e opiniões que se constituem em notícia, a opinião oferece um espectro mais abrangente, envolvendo qualquer fato ou opinião” (Nunes Filho, 2011, p. 106). Assim, à medida que a opinião alcança um espectro mais amplo e que o dispositivo constitucional tutela a opinião, por via de consequência, assegura também o direito à crítica, eis que, se a norma autoriza opinião, autoriza implicitamente a crítica.

A defesa da liberdade de expressão também pode ser fundamentada na autonomia individual do ser humano. Ao expressar opiniões e pensamentos próprios, o indivíduo vale-se da liberdade como instrumento para o desenvolvimento da personalidade. Merece destaque trecho do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.969, em que afastou certo decreto distrital cerceador das liberdades de reunião e expressão, em que se lê:

*Os brasileiros não suportam mais falsos protecionismos cujo único resultado é o atraso, a ignomínia de um povo. É lugar-comum dizer que a democracia se aprende cotidiana e ininterruptamente, e não é restringindo uma das mais importantes garantias constitucionais – a liberdade de expressão do pensamento, intimamente ligada ao direito de reunião – que se dará vigor e sustentação ao organismo que se quer democrático, como o Estado, principalmente o brasileiro, que aspira pelo respeito das outras nações ante a circunstância auspiciosa de integrar definitivamente o rol dos países consolidados politicamente, para o que um dos pressupostos básicos é a certeza, em nenhuma instância refutável, de que o povo é assegurado ampla e irrestritamente o direito de manifestação.*

Da mesma forma, no Habeas Corpus n.º 82.424, o ministro Marco Aurélio consignou a prevalência da liberdade de expressão, vendo como falsa a imputação de racismo contra os judeus e ressaltando que a censura, nas diversas formas (direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial), tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos. Mais adiante, assentou:

*Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas.*

O princípio da liberdade de expressão repudia a instauração de órgãos censórios pelo poder público e a adoção de políticas discriminatórias contra determinados pontos de vista. Os delitos de opinião têm um viés profundamente suspeito se analisados sob essa perspectiva, já que impedem a emissão livre de ideias. A possibilidade de questionar políticas públicas ou leis consideradas injustas é essencial à sobrevivência e ao aperfeiçoamento da democracia. Cass Sunstein pontua que “o direito à liberdade de expressão está especialmente preocupado em proibir o Estado de tratar pontos de vista favorável ou desfavoravelmente” (*Why societies need dissent*, 2003, p. 101) (ADPF n.º 107/DF).

O inciso IV do artigo 5.º da Constituição representa o amparo constitucional do direito de crítica e informação jornalística. É certo, porém, que a liberdade de comunicação encontra limites em outros princípios constitucionais, como a seguir será demonstrado.

### **O direito de resposta**

Na Constituição Federal, o direito de resposta está conformado no artigo 5.º, inciso V, que dispõe: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização pelo dano material, moral ou à imagem”.

O direito de resposta oferece oportunidade para que se estabeleça o contraditório entre o crítico e o criticado, que em sua resposta pode não só retificar um erro de informação, mas também contraditar a crítica que lhe foi dirigida, esclarecendo fatos, seu posicionamento e o enquadramento pretendido por seu trabalho.

Assim, o direito de resposta guarda íntima relação com o direito de crítica, embora não integre exatamente o seu embasamento de sustentação jurídica. O certo é que, em determinado caso concreto, a resposta poderá servir como veículo de crítica à matéria jornalística.

A propósito, Vital Moreira escreve: "Todavia, bem vistas as coisas, o direito de resposta não constitui um limite da liberdade de opinião e de crítica, antes estabelece um direito ao contraditório por parte da pessoa visada, permitindo desse modo o contraste de opiniões" (*Moreira, 1994, p. 23*). Nesse sentido, a retificação é, em si, um complemento à garantia de opinião pública livre.

A Constituição brasileira não limita, portanto, o direito de resposta à notícia falsa, mas a qualquer forma de agravo, inclusive a crítica. Dessa forma, mais que um direito de retificação de notícias incorretas, o "direito de resposta", na forma como colocada na Constituição, traduz-se numa espécie de direito de réplica, em que, ao contestar a crítica, o criticado estabelece o contraditório na informação, possibilitando maior pluralidade de informações que serão transmitidas ao cidadão, não se constituindo num limite ao direito de crítica, mas sanciona o direito de cada um a não ver sua personalidade agredida ou o seu pensamento mal-entendido pela opinião pública. Razão pela qual apresenta íntima relação com o direito de crítica, pois, longe de se estabelecer um limite, a resposta é um veículo da crítica e do contraditório, estabelecendo uma função social da imprensa e do noticiário por ela veiculado.

## **O DIREITO À INVOLABILIDADE DA CONSCIÊNCIA**

---

O direito à inviolabilidade da consciência está previsto no inciso VIII do artigo 5.º da Constituição Federal, com a seguinte redação: "Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para

eximir-se de obrigação de caráter geral a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

A exegese literal do dispositivo demonstra que o seu objetivo é assegurar um tratamento de neutralidade do Estado perante o cidadão que tenha exteriorizado, por algum meio, suas convicções políticas ou filosóficas, assegurando a liberdade de crença religiosa.

É imprescindível a liberdade de expressão política ou filosófica para o funcionamento de um autêntico regime democrático. Trata-se de pré-requisito para a formação de uma opinião pública independente e pluralista ou para o estabelecimento de um debate público franco e consistente. De acordo com Farias: “Um regime político no qual os cidadãos estão impedidos de manifestarem publicamente as suas opiniões sobre atos dos responsáveis pelo resguardo da coisa pública ou sobre o desempenho de instituições públicas não passa de um embuste ou arremedo de democracia” (Farias, 2004, p. 158).

A relação entre esse dispositivo e o direito de crítica é direta. A crítica normalmente traduz uma convicção filosófica e política de seu autor, como gravame de que sua veiculação é feita por um meio de comunicação, razão pela qual necessita de maior proteção, exatamente para assegurar que eventuais ocupantes de cargos públicos, atingidos pela crítica, ou descontentes com as convicções por ela exteriorizadas não venham a discriminar àquele que promoveu a crítica.

## **O DIREITO DE EXPRESSÃO**

---

Esse direito encontra-se assegurado pelo inciso IX do artigo 5.º da Constituição Federal, que prescreve: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Ao dispor genericamente sobre a liberdade de expressão, o dispositivo constitucional apresenta quatro variáveis: liberdade de expressão da *atividade intelectual*, da *atividade artística*, da *atividade científica* e da *atividade de comunicação*. Todas elas dizem respeito ao direito à liberdade de manifestação do pensamento e de crítica.

O ministro Celso de Mello, relator da ADPF n.º 187/DF, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em seu voto consignou:

*A liberdade de manifestação do pensamento: um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos.*

*Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, Senhor Presidente, que nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade expressão, mesmo que se objetiva, com apoio nesse direito fundamental, expor ideias ou formular propostas que a maioria da coletividade repudie, pois, nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre.*

*Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, sob a égide da vigente Constituição da República, intensificou-se, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, a liberdade de manifestação do pensamento.*

*Ninguém desconhece que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento.*

*Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento.*

*Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.*

*Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, que os valores que informam a ordem democrática, dando-lhe o indispensável suporte axiológico, revelam-se conflitantes com toda e qualquer pretensão estatal que vise a nulificar ou a coarctar a hegemonia essencial de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento.*

*O regime constitucional vigente no Brasil privilegia, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica que não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal.*

*A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal a priori, as suas convicções, expondo as suas ideias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias.*

*rias, ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários.*

*É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de ideias significou um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum diktat, emanado do Estado, pode ser aceito ou tolerado, na medida em que venha a comprometer o pleno exercício da liberdade de expressão.*

*A Constituição, ao subtrair, da interferência do Poder Público, o processo de comunicação e de livre expressão das ideias, ainda que estas sejam rejeitadas por grupos majoritários, mostrou-se atenta à grave advertência de que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos de sua manifestação.*

A atividade intelectual está ligada a qualquer forma de liberdade de manifestação criativa do pensamento. E a crítica, na medida em que contém um juízo de valor indicando qualidades e defeitos de determinada obra, implica uma criação intelectual. De tal forma que, tutelando-se o direito à livre atividade intelectual, tutela-se a crítica jornalística.

Do mesmo modo, a liberdade artística e científica não diz respeito exclusivamente à livre produção desses trabalhos artísticos ou científicos, mas, no espectro dessa liberdade, insere-se o direito de crítica, que implica a liberdade exteriorização de discordância dos parâmetros oferecidos pelo trabalho artístico ou científico. Ou seja, os cidadãos estão amparados pela Constituição para desenvolverem as suas potencialidades intelectuais nos campos artístico e científico.

Essas liberdades de criação e de divulgação de obras artísticas ou científicas são importantes para o desenvolvimento da personalidade humana e para o bem-estar social. Por essa razão, a liberdade de expressão relacionada com a arte, a ciência, a educação e a cultura sempre mereceu tratamento especial pelo ordenamento constitucional democrático.

Ciente do valor da educação, da cultura e da ciência para o progresso da Nação, no texto constitucional de 1988, o constituinte dedica a essa matéria capítulos específicos: um sobre a educação e cultura (arts. 205 a 216), outro sobre a ciência e tecnologia (arts. 218 e 219). O dispositivo faz menção ainda ao direito à livre expressão da atividade de comunicação, que implica também o direito à crítica jornalística.

O ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, relator do processo no julgamento da ADPF n.º 130, em que se discutiu a inconstitucionalidade da Lei n.º 5.250/1967, denominada Lei de Imprensa, em seu voto, consignou: “A liberdade de expressão é a

*maior expressão da liberdade*", em decisão da Suprema Corte, que declarou a inconstitucionalidade da lei por conter resquícios de autoridade do regime anterior à Constituição Federal de 1988.

Assim, concluímos que, sem comunicação, não teremos o espaço que merecemos. Garantir os direitos fundamentais de expressão e comunicação é diretriz que o governo deve cumprir, sem pretensão de qualquer tipo de censura.

## **O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO**

---

O artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, preceitua: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". O dispositivo constitucional assegura o direito à informação, o direito de cada um buscar as informações que desejar, resguardado aos profissionais de comunicação o direito ao sigilo das fontes. O dispositivo foi expresso ao acolher o direito de obter informações, colocando-se no rol de dispositivos de proteção ao garantir o acesso às fontes de informação, mas assegurando aos profissionais o sigilo das mesmas. Esse dispositivo compreende também os aspectos do direito de informar e de ser informado.

O direito fundamental de acesso à informação refere-se ao livre ingresso às fontes de notícias. Trata-se de direito pertencente a qualquer cidadão. O âmbito de proteção desse direito fundamental é que pode variar conforme a fonte, que poderá ser pública ou privada.

No caso de acesso a informação de natureza pública, a regra geral é de não haver impedimento, ressalvadas as informações que possam comprometer direitos personalíssimos (*art. 5º, X, CF*) ou segurança da sociedade (*art. 5º, XXXIII, CF*), em razão do regime democrático que prestigia o princípio da publicidade dos atos administrativos (*art. 37, CF*). No caso de informação que tem origem em pessoas ou instituições privadas, o acesso será mais restrito em razão do predomínio do princípio da privacidade no âmbito do espaço privado dos cidadãos. O acesso está subordinado à garantia da privacidade, que implica segredo profissional (*art. 154, CF*), segredo científico ou industrial (*art. 5º, XXIX, CF*) e segredo de correspondência (*art. 5º, XII, CF*).

Dessa forma, tratando-se de fontes privadas, a regra é o segredo de informações. Em relação às fontes públicas, ao contrário, a regra é a publicidade e o segredo é a exceção. Para assegurar o acesso à informação de caráter pessoal, registrada em bancos de dados de entidade estatal ou de órgão autorizado para executar serviços públicos, a Constituição prevê a garantia de *habeas data* (art. 5.º, LXXII, CF), que tutela o direito de acesso para conhecer ou retificar informações no sentido de preservar valores morais da pessoa humana.

### **O DIREITO DE SER INFORMADO**

---

O direito de ser informado consta do artigo 5.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, assim disposto: “Todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Esse dispositivo constitucional garante o direito fundamental do cidadão de ser informado pelos órgãos públicos sobre negócios da administração, estando em harmonia com o artigo 37 da Constituição, que, entre os princípios que regem a administração, determina o princípio da publicidade dos atos e dos negócios públicos.

Em razão da relevância da informação para o pleno exercício dos direitos sociais e individuais e para o bem-estar da sociedade, o direito de ser informado é fundamental para que o cidadão exerça com dignidade a sua cidadania, recebendo notícias corretas e verdadeiras, tema que tem sido uma preocupação dos ordenamentos jurídicos modernos, no plano internacional (declarações e tratados) e também no plano interno, mediante garantias expressas na Constituição dos Estados (§ 2.º, art. 5.º, CF).

## A PROIBIÇÃO DA CENSURA

---

De forma expressa e abrangente, a Constituição Federal vedou a censura nos termos do seu artigo 220 (§§ 1.º e 2.º), assim redigidos:

*"Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

*§ 1.º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer meio de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.*

*§ 2.º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."*

Ao vedar a censura e ao estabelecer que nenhuma lei conterà dispositivo que de alguma forma possa constituir embaraço à plena liberdade de informação, a Lei Maior é uma consequência lógica da primeira parte do dispositivo transcrito, uma vez que seria uma contradição afirmar as liberdades de expressão e comunicação e em seguida submetê-las ao regime da censura.

Proibindo a censura, a Constituição procura estabelecer um princípio básico de convivência com a democracia. Um governo democrático não deve interferir nas decisões dos indivíduos a respeito do que dizer, do que ouvir e do que acreditar (Farias, 2004, p. 186).

O âmbito de proteção da vedação à censura, nos termos configurados na Constituição Federal de 1988, abrange tanto a censura prévia e a posterior como a censura administrativa e a privada. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos afirma: "Censura vem a ser todo procedimento pelo qual os poderes públicos visam impedir a circulação de certas ideias. Há, portanto, uma pauta de valores que, uma vez agredidos, suscitam o desencadeamento de um processo impeditivo de sua consumação" (Bastos e Martins, 2004, p. 65).

É preciso não confundir a censura com o conjunto de medidas que são tomadas pelo Estado no exercício do seu poder de polícia, no sentido de responsabilizar os sujeitos pela comunicação de suas ideias ou classificar a exibição de um filme por faixa etária tendo em vista interesses de crianças e adolescentes (art. 220, § 3.º, CF).

José Horácio Meirelles Teixeira destaca que: "O Estado não dispõe de meios ou poder para controlar certas atividades sempre que o valor destas resida exclusiva ou principalmente, no livre exer-

cício do espírito que as dirige, bem como no fato de que constituam uma expressão espontânea, internamente determinada, da personalidade” (Teixeira, 1991, p. 677).

A preocupação constitucional com a censura é explicável pelo fato de ter sido ela usada em nosso país como instrumento de repressão política e ideológica em vários períodos históricos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988. Pessoas e grupos sociais foram reprimidos e censurados por terem concepções políticas e ideológicas diversas daquelas dos que estavam no poder. A censura artística também era largamente utilizada no País.

Assim, ao vedar a censura, a Constituição de 1988 procurou proteger a manifestação artística, cultural, intelectual, científica e de comunicação nas suas mais variadas formas, preservando a manifestação do pensamento e sua exteriorização em seus vários aspectos, colocando a vedação à censura no mesmo dispositivo que trata da liberdade de expressão, ou seja, aplicável a todas as formas de expressão e não apenas aos meios de comunicação.

### **OS LIMITES ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO**

---

A garantia da liberdade de expressão pressupõe um sistema estruturado e organizado da liberdade em harmonia com os demais valores protegidos pelo ordenamento jurídico (Meyer-Pflug, 2009, p. 82).

Os direitos fundamentais, entre os quais estão a liberdade de expressão e de comunicação, não são absolutos. Os seus limites estão no próprio texto constitucional, que traz restrições expressas à liberdade de expressão: a vedação ao anonimato (art. 5.º, IV, CF); a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade (art. 5.º, X, CF); o direito de resposta proporcional ao agravo no caso de abuso do direito de expressão do indivíduo.

A garantia à liberdade de expressão assegurada pela Norma Constitucional leva em consideração também a licitude do objeto da atividade de comunicação. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug ressalta que:

*[...] o grande desafio que se apresenta para o Estado e para a própria sociedade é permitir a liberdade de expressão sem que isso possa gerar um estado de intolerância, ou acarrete prejuízos irreparáveis para a dignidade da pessoa humana e também para a igualdade. É necessário favorecer a tolerância, que é uma consequência da liberdade, e, portanto, excluir a aplicação da força e da irracionalidade como critérios, bem como se deve incentivar o pluralismo (Meyer-Pflug, 2009, p. 99-100).*

Para Norberto Bobbio:

*[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento de poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para suas indulgências ameaçadas que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder, remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.*

Em sistemas jurídicos como o nosso, tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando enfrentam outros valores de ordem constitucionais, inclusive outros direitos fundamentais.

Na leitura da Constituição da República de 1988, se constata que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no texto. O direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do artigo 5.º, em que contempla “a pena de morte” em caso de guerra declarada (*art. 84, XIX, CF*). O direito de propriedade encontra limitações tanto para a proteção de direitos ambientais como para atender a funções sociais, inclusive admitindo-se desapropriações. A liberdade de expressão cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão.

Não há, portanto, em princípio, de se falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos como outros valores com sede constitucional podem limitá-los. Ao ser interpretado um direito fundamental, deve-se buscar sempre a interpretação que configura maior eficácia a eles, que são protegidos pela Constituição.

Dessa forma, não é, a princípio, toda e qualquer expressão que é protegida pelo direito à liberdade de expressão, não sendo, portanto, absoluta, como qualquer outro direito, mas as limitações impostas no exercício desse direito não podem ir a ponto de violar o seu núcleo, a essência desse direito.

E, ao regulamentar esses limites, a legislação infraconstitucional deve respeitar a norma constitucional, de forma fundamentada, o princípio da proporcionalidade e a finalidade pretendida tem que ser legítima.

### **A DECLARAÇÃO DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

---

Em seu artigo 5.º, a Constituição Federal de 1988 estabelece o rol de direitos assegurados ao cidadão no título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Esses direitos foram ampliados pela Constituição ao estabelecer no parágrafo 2.º do seu artigo 5.º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E o parágrafo 3.º do artigo 5.º, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, preceitua que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi igualmente ratificada em 25 de setembro de 1992, incluindo-se, portanto, no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos por força do artigo 5.º, parágrafos 2.º e 3.º da Constituição Federal.

Em 1994, realizou-se no Castelo de Chapultepec, situado na Cidade do México, a Conferência Hemisférica sobre a liberdade de expressão, da qual o Brasil participou. Nessa ocasião, foi elaborada uma importantíssima Carta de Princípios, fundada em postulados que, por essenciais ao regime democrático, devem constituir objeto de permanente observância e respeito por parte do Estado e de suas autoridades e agentes.

A Declaração de Chapultepec proclamou que:

*Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga.*

*X - Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público. (Grifo nosso.)*

O conteúdo dessa declaração revela que nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão, pois o pensamento há de ser livre, permanente e essencialmente livre. Assim, torna-se extremamente importante reconhecer que, sob a égide da Constituição Federal de 1988, se intensificou, diante de seu inquestionável sentido de fundamentabilidade, a *liberdade de informação e de manifestação do pensamento*.

O ministro Celso de Mello, ao decidir sobre a liberdade de imprensa em julgamento monocrático proferido no STF, consignou:

*Liberdade de imprensa (art. 5.º, IV, c/c o art. 220 da CF/1988). Jornalistas. Direito de crítica. Prerrogativa constitucional cujo suporte legitimador repousa no pluralismo político (art. 1.º, V, CF/1988) que representa um dos fundamentos inerentes ao regime democrático. O exercício do direito de crítica inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal. A crítica jornalística e as autoridades públicas. A arena política: um espaço de dissenso por excelência." (PET. 3.486/DF, J. 26/10/2005, relator ministro Celso de Mello, DJ 9/11/2005) (Grifo nosso.).*

A Constituição de 1988 revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o *legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento*. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções *não pode e não deve ser impedida* pelo poder público nem submetida a *ilícitas interferências* do Estado.

O ministro Carlos Britto, relator da ADPF n.º 130/DF, em que se discutiu a *incompatibilidade da Lei n.º 5.250/1967 (Lei de Imprensa)*, com a *Constituição Federal de 1988*, ao julgar procedente a ação em seu voto, registrou:

*O poder público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.*

E, do voto do ministro Celso de Mello, nesse julgado, merece destaque o seguinte trecho:

*“Concluo o meu voto, senhor Presidente: a liberdade de imprensa não traduz uma questão meramente técnica.*

*Ao contrário, representa matéria impugnada do maior relevo político, jurídico e social, porque concerne a todos e a cada um dos cidadãos desta República. Essa garantia básica, que resulta da liberdade de expressão do pensamento, representa em seu próprio e essencial significado, um dos pilares em que se fundamenta e repousa a ordem democrática.*

*Insisto, por isso mesmo, em afirmação por mim anteriormente feita neste voto: nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que envolvem temas de natureza social, filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de comunicação social (mass media) ou de divulgação do pensamento.*

*É por tais razões, senhor Presidente, que julgo inteiramente procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental em face da incompatibilidade da Lei n.º 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com a vigente Constituição da República. (Grifo nosso.)*

Nada obstante a clareza dessa decisão da Suprema Corte na ADPF n.º 130/DF, o PNDH-3 (Programa Nacional de Direitos Humanos), estabelecido pelo governo, por meio do Decreto n.º 7.037/2009, pretendeu *controlar a imprensa*, entre outras diretrizes a serem estabelecidas, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito. Na sua diretriz n.º 22, o PNDH-3, entre outras, tratou das seguintes ações programáticas:

**//** propor a criação de marco legal, nos termos do artigo 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos Direitos Humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permutados ou autorizados;

**//** desenvolver programas de formação nos meios de comunicação públicos como instrumento de informação e transparência das políticas públicas, de inclusão digital e de acessibilidade;

**//** recomendar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Muni-

cípios o incentivo aos órgãos da mídia para inclusão dos princípios fundamentais de direitos humanos em seus materiais de redação e orientações editoriais.

// incentivar a produção de filmes, vídeos, áudios e similares, voltada para a educação em direitos humanos e que reconstrua a *história recente do autoritarismo no Brasil*, bem como as iniciativas populares de organização e de resistência.

A título de estabelecer o Programa de Direitos Humanos, em verdade, o que se pretendeu foi controlar a imprensa com diversas recomendações e ações programáticas. Nesse sentido, ao comentar o texto do PNDH-3, Ives Gandra da Silva Martins com propriedade escreveu:

*O pior, todavia, é que o programa é uma reprodução dos modelos constitucionais venezuelanos, equatoriano e boliviano, todos inspirados num centro de estudos de políticas sociais espanhol, para o qual o Executivo é o único Poder, sendo o Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público poderes vicários, acólitos, subordinados.*

*No programa, pretende-se fortalecer o Executivo, subordinar o Judiciário a organizações tuteladas por "amigos do rei", controlar a imprensa, pisotear valores religiosos, interferir no agronegócio para eliminá-lo, afastar o direito de propriedade, reduzir o papel do Legislativo e aumentar as consultas populares, no estilo dos referendos e plebiscitos venezuelanos, além de valorizar o homicídio do nascituro e a prostituição como conquistas de direitos humanos.*

[...]

*O programa possui, inclusive, "recomendações" ao Judiciário sobre como devem os magistrados decidir as questões prediletas do grupo que o elaborou à evidência, à revelia de toda a população e do Congresso.*

**(Folha de S.Paulo, 22/1/2010).**

Essas propostas acabaram sendo retiradas por violarem normas constitucionais apontadas por diversos seguimentos da sociedade, inclusive pelo Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP, onde a matéria foi amplamente debatida em reunião realizada em 18 de março de 2010, demonstrando preocupação dos integrantes do Conselho com a violação das normas constitucionais que asseguram os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

Vale aqui recordar as lições de Carlos Maximiliano, que incisivamente declara: "A Constituição é a lei suprema do País; contra sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais;

constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos” (Maximiliano, 1979, p. 314).

É importante assinalar que a imprensa falada, escrita e televisada constitui um poderoso instrumento de formação da opinião pública, desempenhando, hoje, função social e constituindo meio de defesa contra todo excesso de poder e um controle sobre atividade política contra manifestações ou abusos praticados pelos detentores do poder. Assim, nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer meio de comunicação social.

## CONCLUSÕES

---

O Estado Democrático de Direito, na concepção pela qual, hoje, conhecemos, é fruto da evolução histórica e política das mais diversas culturas, realizada a partir de profundas alterações nas antigas estruturas de poder e de regência das relações públicas para assegurar os direitos individuais do cidadão.

A nossa Constituição adotou o Estado Democrático de Direito como modelo da atuação do governo brasileiro, o que se traduz na limitação dos fins do Estado às garantias da liberdade e da segurança individual.

O regime democrático é uma garantia da realização dos direitos humanos fundamentais. Viver em uma democracia é respeitar e cumprir às leis. A lei, contudo, não pode ultrapassar os limites da Constituição.

Qualquer restrição à liberdade só pode ser cogitada em função de determinado valor constitucional – não de determinada concepção pessoal deste ou daquele governo ou agente público – e diante da demonstração de que não existe outro meio menos restrito para se alcançar esse valor. Não podendo se fundamentar em retórica e abstrata invocação de expressões indeterminadas como interesse público, necessidades sociais ou desenvolvimento nacional.

A liberdade de imprensa é da essência do Estado Democrático de Direito, como garantia de direitos do cidadão. Todos têm direito à liberdade de opinião e de expressão e de receber e transmitir in-

formações e ideias por quaisquer meios de comunicação, devendo ser as informações transmitidas de forma responsável e verdadeira.

Sem comunicação, não teremos o espaço que merecemos. Por isso, garantir os direitos de expressão e comunicação é diretriz que o governo deve cumprir, sem qualquer pretensão de censura.

Todos os direitos e garantias outorgados pela Constituição Federal de 1988 constituem-se em cláusulas p treas para assegurar o Estado Democr tico de Direito, n o podendo ser flexibilizadas. Nesse sentido, qualquer tentativa de pretender, de alguma forma, restringir esses direitos torna-se inconstitucional pela violac o das garantias constitucionais. A realiza o de eventuais reformas na Constitui o, de forma a aprimorar a nossa Lei Maior, n o podem flexibilizar o rol de direitos e garantias fundamentais.

## **BIBLIOGRAFIA**

---

**AFONSO DA SILVA**, José. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005b.

**BASTOS**, Celso Ribeiro. "A liberdade de expressão e a comunicação social". Em *CADERNOS de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. & **MARTINS**, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

**BOBBIO**, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

**BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

**CANOTILHO**, J. J. Gomes & **MOREIRA**, Vital Martins. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.

**FARIAS**, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. I.

**GONET BRANCO**, Paulo Gustavo. "Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais". Em **MENDES**, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Jurídica, 2002.

**MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

**MEYER-PFLUG**, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

**MOREIRA**, Vital Martins. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

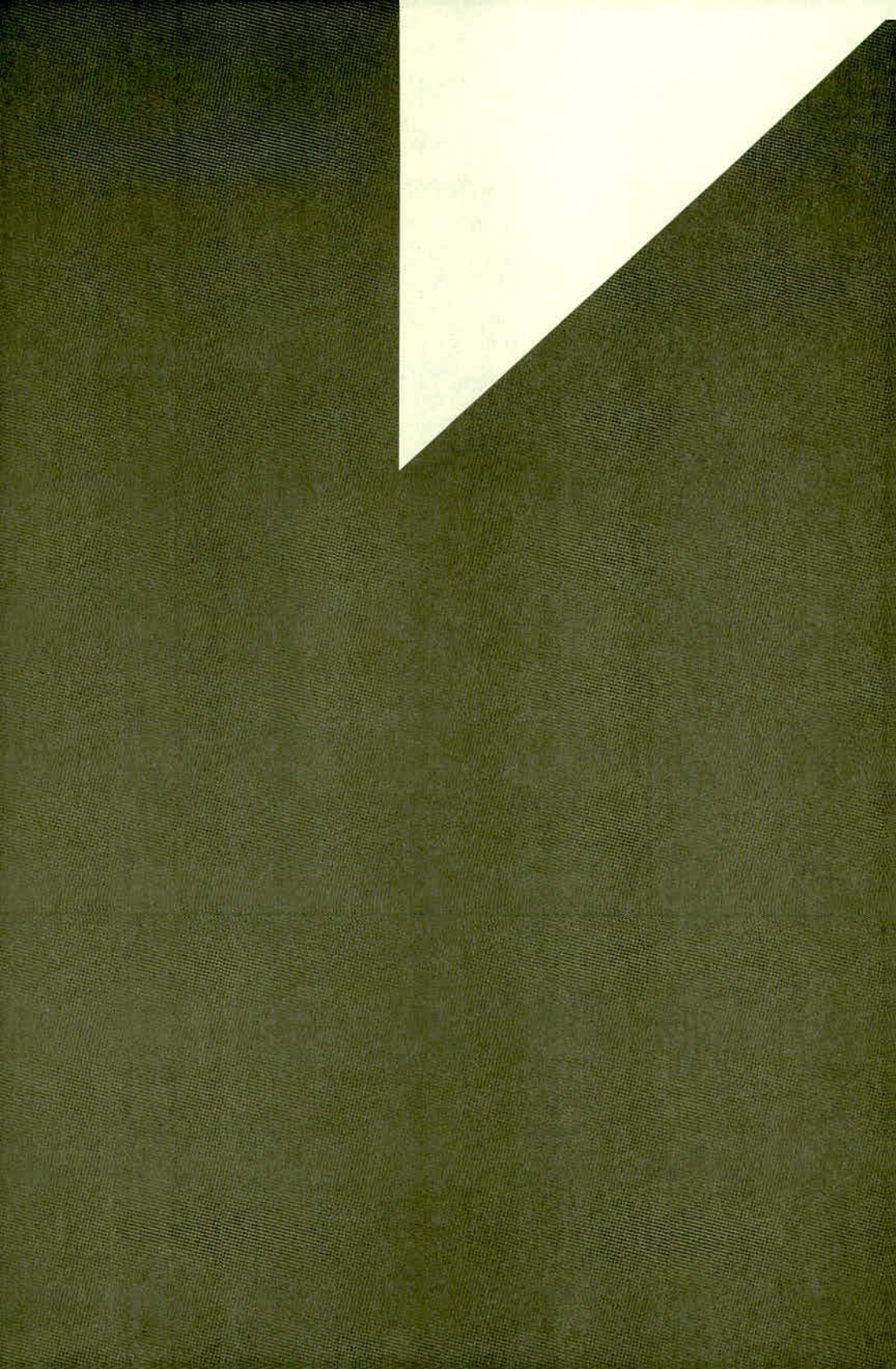
**NUNES FILHO**, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2011.

**PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

**TEIXEIRA**, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

V

FEDERAÇÃO  
E PACTO FEDERATIVO



V

---

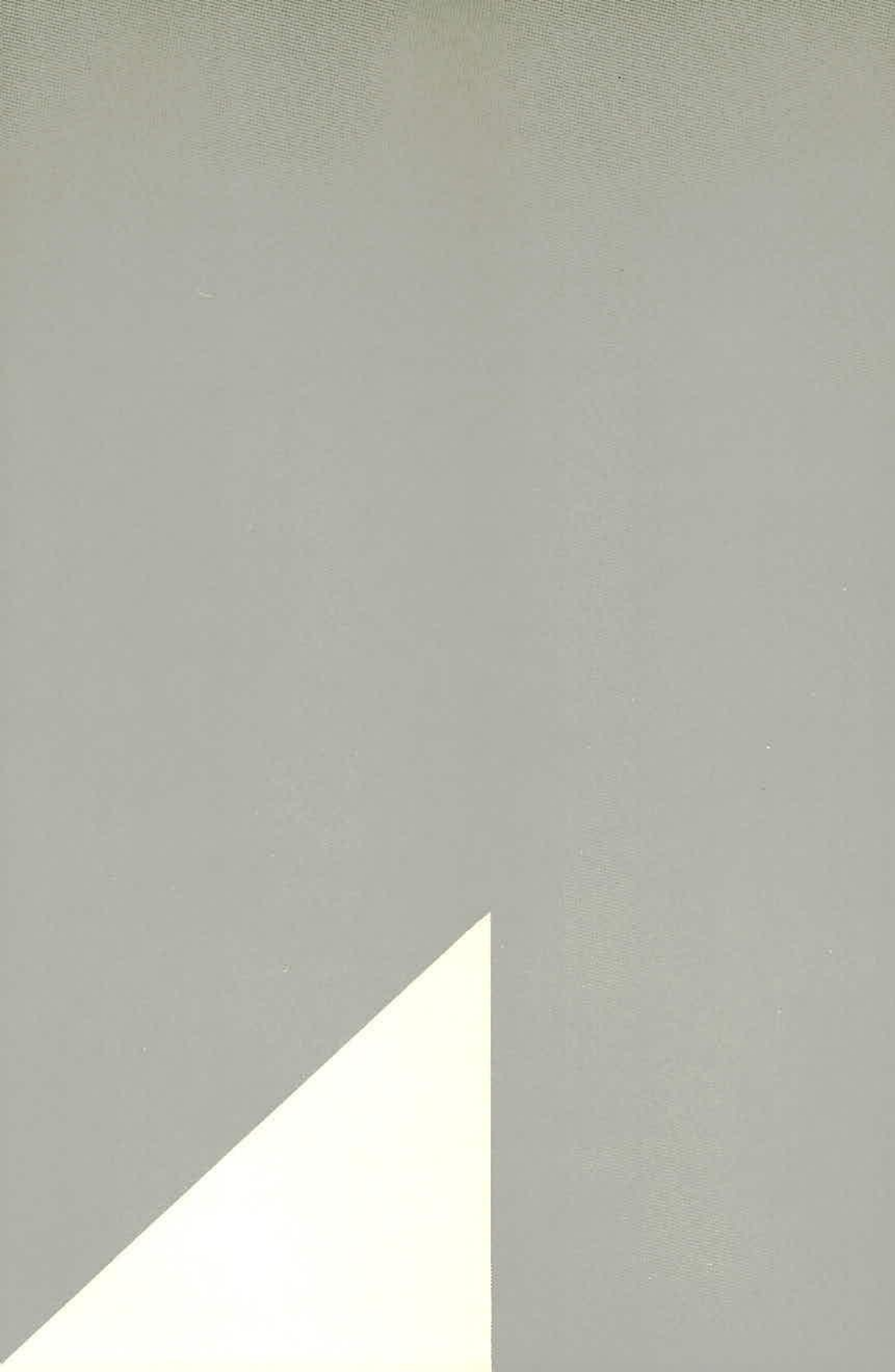
O FEDERALISMO  
BRASILEIRO É ALGO  
A SER CONSTRUÍDO

**RICARDO CASTILHO**

---

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-  
-SP). Diretor-presidente da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e con-  
ferencista. Membro efetivo do Instituto Adventista São Paulo (Iasp) e do  
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação (Cnpq).

---



## **INTRODUÇÃO**

---

O Brasil é uma república federativa formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constituiu-se em Estado Democrático de Direito, assim o determina o artigo 1.º da Constituição Federal de 1988 (CF).

O que significa, afinal, sermos uma federação? Que contornos nosso federalismo assumiu após a CF? Tem ele funcionado bem à luz do preceituado no Texto Maior?

Este trabalho destina-se a responder a essas questões. Para tanto, parte das origens históricas do federalismo brasileiro e do contexto em que foi ele consagrado na CF para, em um segundo momento, apontar os equívocos e os desvios que podem ser observados nos dias atuais.

Pretende-se demonstrar que a busca pelos objetivos do art. 3.º da CF – nomeadamente o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais – passa necessariamente pela luta contra o caráter centralizador que permeou a criação do Estado brasileiro e que ainda hoje pode ser observado no crescente sufocamento que a União exerce sobre as demais esferas federativas.

Discutir sobre o federalismo e seus problemas é sempre trazer à baila dicotomias como liberdade e autoridade, igualdade e diferença, diversidade e unidade, autonomia e interdependência, centralização e descentralização, integração e dispersão, tidas em uma relação de tensão (Bernardes, 2009, p. 18-49).

Segundo Wilba Lúcia Maia Bernardes, o federalismo é a própria expressão dessa relação de tensão, constituindo um conceito aberto, incompleto e em permanente construção:

*Apesar de ser possível, em razão dessa tensão e conseqüente hiato, um desses conteúdos, segundo determinadas circunstâncias históricas, prevalecer, não podemos nos esquecer de que sua essência, sua matriz, abre-se para sua revisão permanente, sua reconstrução diuturna, e, nesse sentido, não há federalismo sem que se permita a própria contrariedade ao sentido prevalente (Bernardes, 2009, p. 50).*

A opção, tanto quanto possível, por um desses valores é fruto do quadro político experimentado nas diferentes épocas. A colocação do tema, pois, não pode se dar de modo abstrato, desvinculado das circunstâncias históricas que forjaram a conformação do poder político, o que justifica a abordagem aqui adotada.

## **ORIGENS DO FEDERALISMO NO BRASIL**

---

Muitos dos problemas atualmente verificados na Federação brasileira advêm de sua origem histórica, cujos contornos oscilaram, desde sua criação, entre a centralização e a descentralização do poder político, geralmente protagonizadas pelo próprio poder central na ânsia de satisfazer elites locais, delas obtendo apoio político em troca de favores de cunho econômico.

Logo de início, por exemplo, podemos notar que as raízes do que séculos depois passou-se a denominar de Estados podem ser encontradas nas capitânicas hereditárias, que nada mais foram do que doze porções territoriais, limitrofes ao oceano, doadas a particulares que assumissem o risco de morar no Brasil e possuísem recursos suficientes para colonizar e defender suas terras (Silva, 2005,

p. 69). Foi, em verdade, a forma primeira que a monarquia portuguesa encontrou para efetivamente colonizar o novo mundo.

Diante do isolamento que experimentavam e das vicissitudes oriundas da precariedade da estrutura econômica da nova terra, as capitanias hereditárias, em geral, não constituíram um projeto vitorioso, sucumbindo economicamente poucos anos após sua criação.

A reação da metrópole deu-se, então, por meio da centralização do poder, com a instituição do sistema de governadores-gerais, que, na organização da colônia, coexistiam com as capitanias instituídas. O primeiro governador-geral foi Tomé de Sousa, nomeado em 1549. Mesmo esse sistema unitário dos governadores-gerais, todavia, durou poucas décadas (até 1572), tendo cedido lugar ao duplo governo da colônia, que, entretanto, tornou à unidade cinco anos depois. Observa-se, a partir de então, o aparecimento de vários núcleos de atividades econômicas no interior das capitanias, o que acabou por ocasionar subdivisões políticas, com o surgimento de governos regionais (*Silva, 2005, p. 70-71*).

Vemos, assim, que, diferentemente do que se passou na América do Norte, a distribuição do poder político no Brasil, mesmo em tempos coloniais, não esteve relacionada a um substrato econômico e social, sendo, antes, fruto de outorga pela metrópole, de acordo com seus exclusivos interesses.

Não foram colonos ansiosos por uma nova vida, longe de perseguições políticas e religiosas, que matizaram nosso nascente Estado. No Brasil, pode-se afirmar sem grande suspeita que o Estado foi fruto de uma criação exógena, mais uma consequência da ganância portuguesa do que propriamente de um projeto de nação.

Não que por aqui também não tenham frutificado, e com força, grupos detentores de considerável poderio econômico. Isso, por óbvio, aconteceu mesmo na época da colônia, mas o ponto a ser ressaltado consiste em que os reflexos políticos desse poderio sempre foram condicionados pelo reconhecimento da autoridade central – antes, a Metrópole; depois, o Império.

E esse estado de coisas redundou no que José Afonso da Silva chama de “formação coronelística oligárquica”, fundamental à construção do Estado brasileiro (*Silva, 2005, p. 72*).

Na época da Independência, de fato, diversas elites locais exerciam o poder político no País sem que houvesse um projeto uniforme de criação de um Estado. Essa ideia, entretanto, surgirá com força a partir de então e encontrará na centralização do poder a resposta para a consolidação territorial e institucional do País.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, transformou as capitanias então existentes em províncias, que eram subordinadas ao poder central, eis que seus presidentes, seus chefes de política, os juizes de direito, os promotores públicos, entre outros, eram todos escolhidos e nomeados pelo imperador, ou seja, toda a formação da estrutura administrativa das províncias passava pelo crivo da autoridade central.

Além disso, ao imperador incumbia exercer não apenas o Poder Executivo, mas também o Poder Moderador, por meio do qual podia ele interferir nos demais Poderes, dissolvendo a Câmara, escolhendo senadores, suspendendo magistrados, escolhendo livremente seus ministros.

Havia, por certo, irresignações contra esse sufocamento dos poderes locais, como fazem ver as diversas revoltas ocorridas durante o Império (a Balaiada, a Sabinada, entre outros), e mesmo a descentralização promovida pelo Ato Adicional de 1834, à qual, entretanto, se contrapôs a lei de interpretação de 1840.

Veio, enfim, por meio de decreto, a República em 1889, o que, sem dúvida, representou uma vitória dos intentos descentralizadores, que almejavam a reconhecimento dos poderes locais e a reconstrução do panorama de liberdade que as oligarquias tinham na época da colônia. Com efeito, o Decreto nº. 1, de 15 de novembro de 1889, determina que as províncias se unirão pelo laço da Federação, passando a constituir os Estados Unidos do Brasil, cada qual dotado de soberania. Posteriormente, a Constituição de 1891 consolidou a alteração.

Sabe-se que Estados membros resolvem compor uma federação por interesses políticos, econômicos e mesmo sociais, para não mencionar os fundamentos étnicos e culturais a influenciar a sua união. Na origem histórica, na Grécia, predominavam razões militares, de proteção do território de cada cidade-estado. Ali, todavia, os laços entre as cidades-estados eram ocasionais e quase sempre tinham um fim específico. Na Grécia, falava-se em confederação: cada cidade-estado mantinha sua independência em relação às demais, possuindo, para seus assuntos internos, plena autonomia. Assim, independência e autonomia compunham o que hoje se chama de soberania. Na confederação, os laços entre os membros são mais tênues que em um Estado federal.

Em nossa nascente República, a Federação foi criada a partir de um Estado unitário que se desmembrou, e não, como seria esperado, de uma confederação que se dissolveu (Bonavides, 2010, p. 317). Não foram colônias soberanas que resolveram se unir, como nos

Estados Unidos, passando assim a um estágio superior à confederação que até então constituíam. Disso, podemos concluir que o federalismo, no Brasil, desde o surgimento da República, foi uma construção teórica, não uma imposição natural das forças locais político-econômicas então existentes. Todo o artificialismo que podemos observar desde então deriva desse caráter teórico de nosso pacto federativo, cuja implementação viu-se sempre distante do que dispunham as leis e as sucessivas Constituições. Segundo Paulo Bonavides: “[...] logo se patenteou o desencontro da realidade com a lei, da doutrina com os fatos, do federalismo que se pusera na Constituição com o federalismo que se veio a exercitar (Bonavides, 2010, p. 317).

Dito de outro modo, as unidades federativas, no Brasil, surgiram tão somente por decisão do governo central, que conferiu autonomia às províncias do Estado então existentes, transformando-as em Estados. Nosso pacto federativo, portanto, na origem, não passa de um decreto do governo provisório instaurado com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889.

A verdade é que a consolidação do Estado brasileiro se deu sob o unitarismo do Império. Não é surpresa, portanto, que, na República, a União sempre tenha sido o verdadeiro Estado e que por diversos momentos do século XX tenhamos experimentado a existência de um Estado unitário de fato, com ampla e notória prevalência do Poder Executivo sobre os demais. Tanto assim que, logo após a Proclamação da República, tendo o marechal Deodoro da Fonseca renunciado à Presidência da República, assumiu seu vice, Floriano Peixoto, que, como uma de suas primeiras medidas, derrubou todos os governadores dos Estados. O pacto federativo, desde o início, como se vê, não se fez respeitar.

Nossa estrutura econômica e social não contribuiu muito para a efetiva e substancial distribuição espacial do poder político. Já na República Velha, o fenômeno do coronelismo, que até hoje deixa suas marcas na prática política brasileira, bem expressa a escassa autonomia das unidades federadas. A decadência da economia rural – e da estrutura social a ela atrelada – e a patente rarefação do poder público em todo o País, aliadas ao regime representativo encontradíssimo no Brasil, vincularam os detentores do poder público aos condutores dos imensos rebanhos eleitorais dos rincões do País, os coronéis, dando margem a práticas como a “política dos governadores” (prática característica da República Velha, entre 1898 e 1930, consistente no revezamento, na Presidência da República, de governadores dos Estados mais influentes da

República: São Paulo e Minas Gerais), que, ao final, evidenciavam o simulacro de nosso federalismo (Leal, 1997).

Paulo Bonavides, com a precisão que lhe é peculiar, aponta três fases do federalismo brasileiro. A primeira se estende da Proclamação da República até a Revolução de 1930 e é marcada pelo instituto constitucional da intervenção federal, que diversas vezes teve lugar, numa espécie de acomodação dos Estados membros à União, tratando-se de uma fase preponderantemente política. Com a dita Revolução, inaugura-se a segunda fase, que vai até a época da convocação da Assembleia Constituinte para elaboração da CF de 1988. Temos, então, uma federação em que os Estados suplicam intervenções econômicas ao poder central em busca de recursos para se manterem hígidos. Essa posição de sujeição dos Estados diante da União era, pois, a característica marcante de nosso federalismo quando da elaboração da CF. Por fim, vislumbra o ilustre autor a inauguração de uma terceira fase com o fenômeno das Regiões, que, segundo ele, deveriam ser incluídas no sistema institucional do País, pois representariam a superação do problema da subserviência dos Estados e mesmo dos desequilíbrios inter-regionais e intrarregionais então observados (Bonavides, 2010, p. 320-321).

### **O FEDERALISMO NO CONTEXTO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

---

O período que antecedeu a promulgação da CF, todos o sabem, foi por demais centralizador. A nefasta ditadura, ao longo de mais de vinte anos, caminhou para o progressivo esmorecimento das unidades federativas, com certa conivência, é preciso ressaltar, das oligarquias locais, as quais, perfazendo mais uma vez o ciclo de trocas de favores mencionado no início deste trabalho, emprestavam apoio político às autoridades promovedoras do centralismo em troca de regalias econômicas para si mesmas ou para seus apaniguados. Nesse sentido, Bonavides afirma: “Enquanto os Estados membros gemeram jungidos a um centralismo político que violentava as autonomias, presenciou-se uma certa docilidade dos meios oligárquicos, indiferentes às liberdades locais, contanto que se

lhes não contestasse a dominação sobre os feudos de sua influência nitidamente personalista [...]” (Bonavides, 2010, p. 293).

A crise econômica dos anos 1980 contribuiu para a deterioração do setor público de um modo geral, o que agravou a luta entre Estados e União, mormente porque a corrida inflacionária em 1987 e 1988 redundou em perdas reais da receita estadual, prejudicando ainda mais as finanças das unidades federadas, já bastante combalidas em decorrência do endividamento acumulado ao longo do período militar.

A reação a esse quadro foram concessões, aos Estados, de maior participação nas receitas tributárias. Exemplificativamente, podemos citar a Emenda Constitucional n.º 27, aprovada em 1985, que aumentou o repasse de muitos dos tributos então existentes para Estados e Municípios. De qualquer modo, no fim dos anos 1980, tinha-se um ambiente de antagonismo entre União e Estados (Lopreato, 2002, p. 104).

Na Constituinte, prevaleceu a intenção de promover a descentralização tributária e de garantir aos Estados maior proteção contra manipulações federais na capacidade de arrecadação dos governos estaduais e municipais. As discussões, todavia, centram-se predominantemente da repartição da receita tributária, não ganhando ares de abstração a ponto de se questionar nossa estrutura federativa e as relações entre as diferentes esferas de governo (Lopreato, 2002, p. 107-108).

De modo geral, Estados e Municípios de fato ganharam maior autonomia, ponto em que a CF merece ser elogiada. Assim é que, por exemplo, a União ficou proibida de instituir isenções de tributos fora de sua competência e aos Estados foi atribuída a competência para estabelecer as alíquotas do ICMS, observados os limites fixados pelo Senado Federal. As transferências constitucionais também foram aumentadas, o que favoreceu, sobretudo, os Estados mais pobres.

Diversos problemas, entretanto, permaneceram intocados, ou foram até mesmo agravados: o endividamento das diferentes esferas de governo e o aumento da carga tributária certamente são os principais deles. Tentou-se resolver o primeiro, muitos anos depois, por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal. Para o segundo, todavia, não parece haver qualquer esperança para nós, contribuintes. Quanto à repercussão dos trabalhos da Constituinte, Lopreato conclui que:

*[...] reforçou as finanças estaduais, mas não resolveu os problemas de financiamento, nem estabeleceu regras duradouras de convivência intergovernamental. O elevado peso na arrecadação do IR e do IPI dos recursos partilhados, a não discussão sobre a repartição dos encargos e a obrigatoriedade de se expandirem os gastos da área social provocaram a reação da União e fomentaram a relação conflituosa entre as esferas de governo, potencializando o grau de instabilidade das regras tributárias. (Lopreato, 2002, p. 112).*

### **O ESTÁGIO ATUAL DE NOSSO PACTO FEDERATIVO: UM DISCURSO FALACIOSO**

---

Do ponto de vista da autonomia política, o ponto nodal de qualquer Estado que se repute federativo está na repartição de competências legislativas às diferentes esferas de poder, pois é ela que determinará, ao fim, se existe de fato a autonomia regional ou local diante do poder central (Silva, 2005, p. 478). Essa repartição, em geral, é feita com base na predominância do interesse: assuntos de interesse predominantemente geral, de âmbito nacional, cabem à União; assuntos predominantemente regionais, aos Estados; os de interesse predominantemente local, aos Municípios.

Nossa CF seguiu esse modelo, com algumas adaptações à nossa realidade. Para a União, enumerou taxativamente as competências em dois artigos (arts. 21 e 22). Aos Estados, atribuiu-se uma competência remanescente, cabendo a ele todas as que não sejam vedadas pela própria Constituição (art. 25, § 1.º). Aos Municípios, por fim, houve também enumeração das competências norteadas pelo interesse local (art. 30). Paralelamente a essa repartição, há, para diversas matérias, competência da União para estabelecer normas e diretrizes gerais, cabendo aos Estados e Municípios a competência suplementar. Por fim, observamos alguns serviços públicos essenciais, como saúde e educação, em relação aos quais a Constituição estabeleceu competências legislativas e atribuições executórias a todos os entes da Federação, constituindo aquilo que passou a ser chamado por alguns de *federalismo cooperativo*.

Feito inédito na história do constitucionalismo brasileiro foi a expressa menção do Município como componente da estrutu-

ra federativa da República. Nas Constituições anterior, incumbia aos Estados organizar seus Municípios. Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, a atuação do Estado fica limitada aos permissivos ali constantes. Assim, no art. 1.º e no art. 18 da CF, consta que os Municípios compõem a união indissolúvel que forma a República, fazendo parte de sua organização político-administrativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Esse federalismo de três esferas trouxe, em verdade, certa perplexidade, uma vez que a teoria federalista, como originalmente pensada e depois implementada nos Estados Unidos, preconizava um dualismo, com a distribuição do poder político entre o governo central e governos regionais ou estaduais (Bernardes, 2009, p. 187-ss). De acordo com Silva, essa perplexidade se reflete no fato de que:

*[...] Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a Federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação (Silva, 2005, p. 475).*

Perplexidade que se fez maior, também, por não haver na CF inclusão do Município quando empregada a expressão “unidade federada” ou “unidade da Federação” (Silva, 2005, p. 640).

Não há dúvida, todavia, quanto à autonomia política do Município, a qual se consubstancia em quatro capacidades:

// capacidade de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria);

// capacidade de autogoverno (prefeitos e vereadores das Câmaras Municipais, eleitos sem qualquer vinculação com os demais entes federados);

// capacidade normativa própria (competência exclusiva ou suplementar para legislar sobre certas matérias);

// capacidade de autoadministração (criação de estrutura administrativa própria para atendimento a serviços de interesse local) (Silva, 2005, p. 641).

Nem mesmo essa elevação do status dos Municípios, contudo, conseguiu tirá-los de sua histórica posição de subserviência em relação à União. Com efeito, desde a colônia, os Municípios se veem em dificuldades financeiras. Segundo Victor Nunes Leal:

*[...] De regra, era muito escassa a receita local: nem a Coroa primava pelo comedimento fiscal, de modo a deixar maiores possibilidades tributárias às câmaras, nem o sistema econômico do latifúndio escravista era favorável ao enriquecimento do erário das comunas, porque os senhores de terras teriam de se tributar a si mesmos. Por outro lado, o rudimentarismo dos núcleos urbanos e das vias de comunicação daquele tempo dificilmente convenceria da necessidade de vultoso orçamento municipal (Leal, 1997, p. 161-162).*

Ainda de acordo com o autor citado, a vinda da família real ao Brasil pouco alterou esse quadro. Já no Império, com a breve descentralização propiciada pelo Ato Adicional, veio a Lei n.º 99, de 31 de outubro de 1835, que realizou a completa repartição das rendas. Essa lei, contudo, reservou ao erário nacional quase todas as fontes de receita então usuais. O próprio Ato Adicional, aliás, apenas outorgou às assembleias provinciais competência sobre a vida financeira dos municípios (Leal, 1997, p. 166). Nessa fase histórica, a situação dos municípios está perfeitamente sintetizada na seguinte passagem:

*Não é difícil se imaginar, em semelhante panorama, o que seriam as finanças municipais, que a Lei de 1828 fazia depender dos poderes centrais, através dos conselhos gerais de província, e que a lei de interpretação do Ato Adicional subordinara miudamente, caso por caso, às assembleias provinciais. Apertadas por um lado pelo fisco da Nação, as províncias acabavam por espremer os municípios numa estreitíssima faixa tributária, que mal lhes permitia definhar na indigência (Leal, 1997, p. 169).*

Na República, persistiu a dependência dos Municípios em relação aos Estados, eis que a Constituição de 1891 não fazia referência ao poder tributário dos Municípios. Os Estados, por sua vez, também viviam em apuros financeiros, o que colocava os Municípios, por consequência, novamente em situação precária, com ínfimas rendas (Leal, 1997, p. 175). As Constituições supervenientes pouco alteraram esse panorama (Leal, 1997, p. 212).

Ocorre que a autonomia política constitucionalmente assegurada não passa de um discurso falacioso se não houver recursos que permitam sua concretização no mundo dos fatos. Sendo assim, a distribuição da competência legislativa em matéria tributária e a repartição nacional das receitas oriundas de tributos são também de fundamental relevância ao analisar nosso federalismo. E, nesse ponto, temos muito a lastimar.

Com efeito, nosso federalismo fiscal está eivado de injustiças, como fartamente o demonstram a pujança da União e a penúria de Estados e Municípios. Veja-se, por exemplo, que à União coube a instituição de sete espécies de impostos – incidentes sobre importação exportação de produtos, produtos industrializados, renda e proventos de qualquer natureza, operações financeiras, propriedade territorial rural e grandes fortunas (II, IE, IPI, IR, IOF, ITR e IGF, conforme o art. 153 da CF) –, ao passo que aos Estados e ao Distrito Federal ficaram reservadas apenas três impostos – incidentes sobre transmissão causa mortis e doação, operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, propriedade de veículos automotores (ITCMD, ICMS e IPVA, conforme o art. 155 da CF) –, e aos Municípios também apenas três impostos – incidentes propriedade predial e territorial urbana, transmissão inter vivos, serviços de qualquer natureza (IPTU, ITBI e ISS, conforme o art. 156 da CF).

Além da flagrante desproporção da arrecadação verificada por meio desses impostos, relativamente a cada esfera federativa<sup>2</sup>, a CF conferiu à União ampla liberdade para a instituição de novos tributos, colocando sob perigo o desenvolvimento nacional e o empreendedorismo em nosso país.

Assim, por exemplo, apenas a União poderá, por meio de lei complementar, instituir empréstimos compulsórios (*art. 148 da CF*) e novos impostos, desde que não cumulativos e que não tenham o mesmo fato gerador ou a mesma base de cálculo dos já discriminados na Constituição, além de impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa (*art. 154 da CF*).

Talvez a maior ameaça ao federalismo fiscal, contudo, advinha da margem dada à sanha da União pelo art. 149 do Texto Maior, que conferiu competência exclusiva a essa esfera federativa para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas.

A despeito da acirrada discussão sobre a natureza tributária dessas figuras, podemos observar sua proliferação desde 1988, contando até mesmo com apoio do Supremo Tribunal Federal. A União viu, assim, uma verdadeira mina de ouro nascer sob seus olhos, tanto mais porque muitas das limitações ao poder de tributar não se aplicam às contribuições. De fato, a receita oriunda de contribuições vem ocupando um espaço cada vez maior na receita tributária da União. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado, ressalta que:

*O exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência, cujo total representava, em 1989, apenas 34% da receita tributária, passaram a oscilar entre 110% e 121% de 1990 até 1994. Em 1995, a arrecadação dessas contribuições correspondeu a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia de tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos (Machado, 2005, p. 418).<sup>3</sup>*

A famigerada CPMF ilustra bem o que estamos a dizer.

Não se pode negar, todavia, que a CF tenha representado uma conquista em favor da autonomia de Estados e Municípios, como fizemos constar no tópico anterior. Conquista jurídica, enfatize-se, pois, no plano dos fatos, desde a promulgação do Texto Maior, observamos clara reação da União contra a perda de sua capacidade tributária ocorrida em relação à ordem constitucional anterior, fazendo-o por meio não apenas da instituição indiscriminada de novas contribuições, como visto, mas também pela elevação das alíquotas dos impostos não partilhados com outras esferas federativas.

Por outro lado, no tocante à repartição das receitas tributárias entre as esferas federativas, a CF criou um complicado sistema de transferências fiscais (participação de uma pessoa política no produto da arrecadação de outra), compreendendo tanto a repartição direta (percepção direta de uma porcentagem da arrecadação) como a indireta (criação de fundos). O regramento encontra-se nos arts. 157 a 162 da CF, ainda no capítulo relativo ao sistema tributário nacional, não obstante fosse mais coerente colocá-lo no capítulo seguinte, relativo às finanças públicas (Coelho, 2003, p. 367). E, conquanto o constituinte originário tenha vedado a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos de uma esfera federativa a outra, o fato de ter também previsto uma exceção a essa vedação, qual seja, a possibilidade de retenção pela União e pelos Estados para o pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias (art. 160 da CF), ainda que vise garantir a higidez financeira de Estados e Municípios, inequivocamente os coloca em uma relação de dependência em relação à União e aos Estados (no caso dos Municípios), ainda mais se considerarmos a desigual repartição de competências legislativas em se tratando de impostos, como já mencionado.

Há, por fim, as disputas entre Estados das diferentes regiões do País em busca de políticas compensatórias das desigualdades existentes, muitas vezes sob a forma de “guerra fiscal” por meio do ICMS, prática que a CF não conseguiu extirpar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Infelizmente, em nosso país, a questão federalista aparece apenas quando se pretende aumentar a captação de recursos por parte dos entes federativos, para opróbrio dos contribuintes. Como esclarece Paulo Bonavides ao tratar do federalismo das regiões, por ele proposto com base na questão nordestina, o federalismo traz também consigo alguns riscos que não podem ser olvidados:

*A autonomia regional pode, portanto, se tornar suspeita e engendrar fantasmagorias, que vão do risco de afrouxamento da unidade nacional ao vexame da secessão; do pluralismo democrático multiplicativo à expansão sem freios das despesas públicas; da suposta inconveniência e tumulto das esferas econômicas e financeiras paralelas a uma hipertrofia do ônus tributário que recai sobre o contribuinte (Bonavides, 2010, p. 279).*

São raras as discussões mais aprofundadas a respeito do sistema que seria mais eficiente ou do que melhor serviria ao contexto brasileiro. Aquela formação coronelística oligárquica a que faz menção José Afonso da Silva ainda surte efeitos mesmo nos dias atuais.

Como fizemos consignar desde a introdução deste texto, nosso federalismo está inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, o que, a nosso ver, coloca-o como instrumento para realização da almejada legitimidade democrática em nosso sistema político. Deve ser considerado, pois, não apenas como mero esquema institucional e espacial de divisão do poder político, mas também como parâmetro para se aferir a representatividade política de nosso sistema eleitoral, bem como o grau de implementação real da democracia em nosso país. Estamos nos referindo aqui ao direito de participação dos cidadãos e à sua repercussão no funcionamento das instituições existentes (Bernardes, 2009, p. 23).

É preciso notar que a continuada tendência de centralização do poder e de unificação institucional de seu exercício é uma imposição do sistema capitalista, cujo ótimo desenvolvimento se dá na uniformidade das regras e na concentração da produção normativa, o que simplifica a regulação do mercado e melhor viabiliza a almejada previsibilidade jurídica, essencial à segurança esperada pelos detentores do capital, cujos investimentos não podem ficar sujeitos a quebras frequentes de expectativas.

Nesse sentido, do ponto de vista econômico-financeiro, haverá sempre uma pressão pelo esfacelamento do federalismo, não podendo este ser atribuído apenas à desídia de nossos representantes políticos e ao nosso passado centralista. Ainda aqui, e mais uma vez, o federalismo se imponha como forma de assegurar o pluralismo e a preservação das realidades locais diante do poder massificante do capital.

Também não se pode desconsiderar que a pertinência do tema ganha relevo diante das alterações promovidas na ordem mundial com a chamada globalização, que, além de redundar na criação de esferas de poder superiores ao Estado-nação – como as multinacionais –, realça os micropoderes no interior deste, como faz ver o surgimento de megalópoles e o incremento, em geral, da população urbana. De acordo com Wilba Lúcia Maia Bernardes: “[...] se o fenômeno da globalização incita a formação de níveis transnacionais de governo, não há dúvida de que também o acompanha a criação de níveis subnacionais” (Bernardes, 2009, p. 23).

Em especial no caso brasileiro, em que o passado ainda pesa sobremaneira em nossos ombros, cada conquista em prol da descentralização parece ser acompanhada por um seguido e intenso retrocesso. A Constituição Federal sem dúvida representou um rompimento com o estado de coisas e com as relações de poder existente na época de sua promulgação. Infelizmente, contudo, como sói acontecer na história, a capacidade de reorganização do poder – qualquer que seja sua natureza – é tão forte e certa como a própria lei da gravidade, a ponto de, nos vinte e poucos anos que se seguiram à sobrevivência do Texto Maior, termos observado a consolidação de um movimento de descentralização caótico (Lopreato, 2002, p. 112-113), com a desagregação da Federação e o progressivo desmonte da estrutura de todas as esferas de governo.

É bem verdade que esse problema não é de natureza exclusivamente política, dele tomando expressiva parte as sucessivas crises econômicas que chegaram ao Brasil desde a década de 1990 e que impactaram negativamente as finanças de todos os entes federativos, não apenas por terem comprometido a arrecadação, mas também pela escassez geral das linhas de financiamento internacionais.

Tanto assim que, nas últimas décadas, a preocupação com os gastos públicos só se fez aumentar, como o comprova a edição da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal, LRF), implementada com a finalidade de fixar parâmetros objetivos para a contenção das despesas públicas de todas as esferas da

Federação. Veja-se que se trata de lei federal, aprovada com quórum qualificado, limitadora dos gastos da União, de Estados e de Municípios. Nesse sentido, independentemente da pertinência de sua finalidade, a LRF representou um achaque de nosso já combatido federalismo. Nesse sentido, Lopreato afirma que:

*A Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos em que foi aprovada, constitui outro instrumento cujo objetivo é garantir o poder federal e restringir a autonomia dos governos subnacionais. Essa questão é delicada, pois, se é verdade que não se pode aceitar a falta de compromisso dos dirigentes com a evolução responsável das finanças públicas, é preciso reconhecer que a rigidez excessiva das metas definidas na nova lei estreita os espaços de autonomia dos Estados e Municípios em favor da União e abre campo à desobediência consentida das regras. A possibilidade de não respeitar plenamente as regras vigentes introduz a prática de negociações ad hoc, em que prevalecem as decisões caso a caso e o arbítrio de quem tem poder de impor sanções (Lopreato, 2002, p. 255).*

Como conclusão geral deste trabalho, parece-nos que o federalismo brasileiro é ainda algo a ser construído, e o processo de sua construção certamente passará pela superação dos entraves que atualmente emperram a estrutura do Estado. Na estreiteza deste estudo, mencionamos que as limitações inerentes aos nossos sistemas político e tributário constituem os principais desses entraves e, em boa medida, são expressão de nossa formação coronelística oligárquica.

Prova maior dessa conclusão é que as finanças estaduais, depois da promulgação da CF, se encontram em colapso, o qual, por diversas vezes, tem dado ensejo a refinanciamentos das dívidas estaduais, como ocorreu com a Lei n.º 9.496/1997 (Programa de Apoio à Reestruturação Fiscal e Financeira), mediante acordos que, em geral, implicam a desestruturação de Estados e Municípios, mormente pela via da privatização, quando não pelo comprometimento de sua capacidade de investimento.

## NOTAS

---

<sup>1</sup>Há discussão em sede doutrinária sobre a distinção entre federação e federalismo. Neste trabalho, utilizaremos os termos indistintamente. Para posicionamentos a respeito, ver Bernardes (2009, p. 26-47). De modo geral, podemos afirmar que "federação" diz mais com experiências concretas de descentralização de poder e com o arcabouço normativo que o assegura, ao passo que "federalismo" se relaciona à postura ideológica pela divisão territorial do poder, preservando-se a unidade.

<sup>2</sup>Veja-se, por exemplo, que em 2009 a arrecadação da União com impostos foi de R\$ 242.682.547, ao passo que os Estados arrecadaram R\$ 268.197.794 e os Municípios, R\$ 50.875.677. Mesmo numa análise superficial, já se pode concluir pela desproporção, eis que a arrecadação de um único ente federativo é quase igual à de todos os Estados. Os dados podem ser encontrados no site do Tesouro Nacional ([http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/est\\_consol\\_geral.asp](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/est_consol_geral.asp)).

<sup>3</sup>No ano de 2009, do total de receitas arrecadadas pela União (R\$ 737.062.261), 32,92% foi por meio de impostos (R\$ 242.682.547) e 53,76% foi por meio de contribuições (R\$ 396.302.509). Ou seja, a arrecadação em contribuições correspondeu a cerca de 163% da receita tributária, o que demonstra a proporção em que o problema vem se agravando com o decorrer dos anos. Os dados podem ser obtidos no site do Tesouro Nacional ([http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/est\\_consol\\_geral.asp](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/est_consol_geral.asp)).

## **BIBLIOGRAFIA**

---

**BERNARDES**, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. São Paulo: Del Rey, 2009.

**BONAVIDES**, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

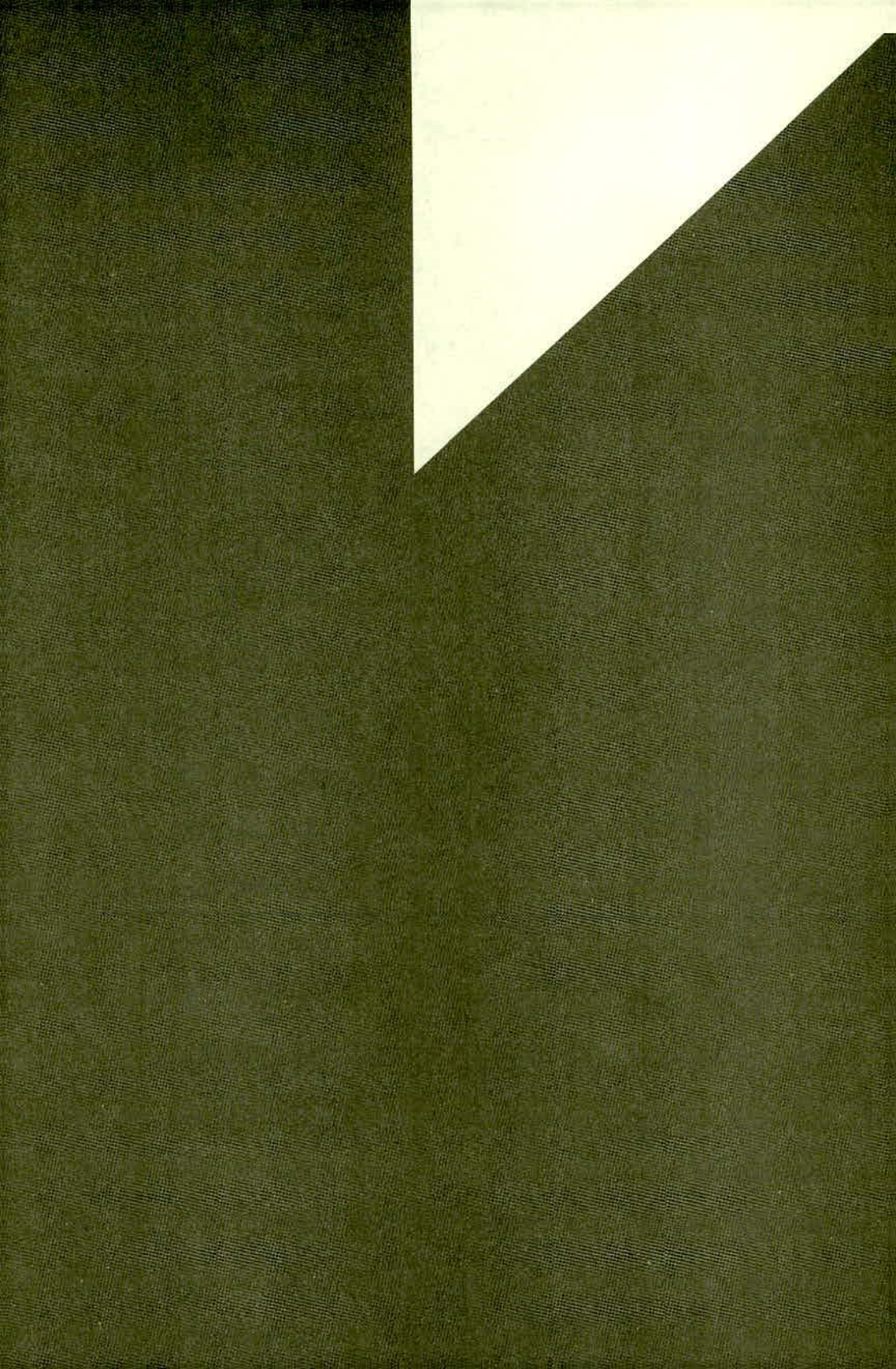
**COELHO**, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

**LEAL**, Victor Nunes Leal. *Coronelismo, enxada e voto*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

**LOPREATO**, Francisco Luiz Cazeiro. *O colapso das finanças estaduais e a crise da federação*. São Paulo: Unesp, 2002.

**MACHADO**, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

**SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



V

---

O PACTO  
FEDERATIVO

**AMÉRICO MASSET LACOMBE**

---

Advogado. Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Desembargador federal aposentado.

---



## **CONSIDERAÇÕES GERAIS**

---

A Constituição de 1988 estabelece o regime federativo logo no seu preâmbulo ao dizer que representantes do povo brasileiro promulgam a Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 1.º define: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito".

Portanto, o regime federativo está desde logo estabelecido na própria denominação do Estado brasileiro. Mas a Constituição vai além. O artigo 60, após dizer que a Constituição pode ser emendada e estabelecer o rito e o quórum necessários para esse fim, estabelece: "§ 4.º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir; I - a forma federativa de Estado".

Erigiu assim a nossa Constituição o princípio federativo em *cláusula pétrea*, vale dizer, princípio imutável.

Sendo o Estado um ente eminentemente jurídico, ele será aquilo que a Constituição disser. A natureza jurídica do Estado é indubitável. Santi Romano (1977, p. 6) afirma que todo Estado é, por definição uma ordenação jurídica. Afinal, o poder político é um poder normativo e o Estado atua como um fenômeno jurídico. Isto nos leva à concepção do Estado como ordem jurídica, e via de consequência à teoria de Hans Kelsen (1999) para quem o Estado é uma ordem de conduta humana, e, por conseguinte, um fenômeno exclusivamente jurídico. O Estado seria uma palavra para designar um sistema jurídico, um sistema normativo (que se expressa através de uma linguagem), descrito por um sistema de proposições (metalinguagem). O Estado é assim o seu direito, e nasce com a sua Constituição.

O pacto federativo é, portanto, como vimos acima, decorrência da nossa Constituição, que fixa princípios a serem respeitados, tais como: a não intervenção, a discriminação de competências e a discriminação de rendas, e a imunidade tributárias recíproca, a participação dos Estados membros na vontade federal, e a inexistência do direito de secessão.

Vejamos, no entanto, as características gerais de um Estado federal. A forma federativa decorre, como vimos da Constituição. É criação constitucional. Juridicamente, é irrelevante o dado histórico de se saber se a Federação nasceu de um pacto entre Estados independentes que se uniram para a busca de um fim comum (o exemplo típico é a formação dos Estados Unidos), ou se surgiu pelo desmembramento de um Estado anteriormente unitário (o exemplo típico é o Brasil, que se federalizou a partir da República).

Raro é o tema que tenha despertado tanta curiosidade. João Mangabeira sustenta que:

*[...] há Federação onde a tutela constitucional garante a autonomia dos Estados, onde estes participam de competência constitucional própria, onde a Constituição não se reforma sem a audiência e o consentimento dos Estados membros, onde, por último, acima da vontade dos componentes da organização política paira uma instância judiciária superior, tribunal supremo, com poderes para dirimir conflitos porventura suscitados entre a União e os referidos Estados (apud Bonavides, 1999, p. 78).*

Temístocles Brandão Cavalcanti afirma que o sistema federativo "é um Estado soberano, constituído de diversos Estados autônomos. Este é que é o sistema federativo em sua simplicidade: a soberania da União interna e externamente, autonomia

dos Estados" (*apud Bonavides, 1999, p. 153*). Indaga, em seguida, o mesmo autor em que consiste a autonomia, para responder que "a autonomia completa, absoluta, pressupõe três coisas: o poder de auto-organização, o poder de autogoverno e o poder de autoadministração". Destaca, depois, que os Estados membros possuem as três características da autonomia, enquanto os Municípios só possuem duas: autogoverno e autoadministração.

Para Carl Schmidt, federação é uma união permanente, baseada em livre acordo e a serviço de todos os membros, mediante o qual os Estados membros abdicam da totalidade de seu *status* político em atenção ao fim comum (*Schmidt, 1982, p. 348*). Do conceito de federação, o autor germânico conclui que:

- a) a federação contém todo Estado membro em sua existência total como uma unidade política, e o acopla como um todo em uma associação politicamente existente;
- b) o pacto federal tem por finalidade uma ordenação permanente, não uma disposição passageira;
- c) o pacto federal é um pacto singular, um pacto constitucional (*Schmidt, 1982, p. 349*).

Daí, parte o autor para a afirmação de que a Constituição Federal contém sempre, ainda que não expressamente, a garantia da existência política de cada um de seus membros (*Schmidt, 1982, p. 350*). Isso significa que o sistema federativo é sempre *cláusula pétrea*, ainda que o texto constitucional não o afirme expressamente como o nosso. O autor aponta, em seguida, aquilo que ele denomina de "antinomias" políticas e jurídicas da federação. São elas:

**a //** a federação visa à independência política de cada membro, e, por outro lado, o fato de pertencer a uma Federação comporta uma diminuição dessa independência, que conduz a uma renúncia ao *ius belli*, uma renúncia a valer-se por si;

**b //** o Estado membro pretende manter mediante a Federação uma independência política e assegurar uma autodeterminação, e, de outra parte, toda Federação dá lugar à intervenção;

**c //** toda Federação, como tal, tem uma vontade total de existência política: a existência comum da Federação é a existência particular dos Estados membros; e, assim, ambas subsistirão, e nem os Estados membros são subordinados à Federação, nem esta se encontra subordinada a eles.

Para Karl Loewenstein, “nenhum Estado Federal pode funcionar sem uma Constituição escrita; esta é a encarnação do contrato sobre a ‘aliança eterna’” (Loewenstein, 1986, p. 356). E prossegue afirmando que “a organização federal se baseia na ideia de que a Constituição Federal estabelece um compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional”, para completar afirmando que a distribuição de competência é a chave da estrutura do poder federal. Observa ainda, que o Estados membros participam também nas modificações do pacto federal originário através das emendas constitucionais, ou pela intervenção da Câmara Alta ou pela aprovação das emendas pelos seus Legislativos.

Vê-se, portanto:

**a //** a Federação é criada pela Constituição;

**b //** são garantidas a existência e a sobrevivência dos Estados membros.

**c //** estes se auto-organizam, se autogovernam e se auto-administram;

**d //** na Federação, coexistem três ordens jurídicas (a nacional, a central e a local)<sup>2</sup>,

**e //** os Estados membros participam da alteração do pacto federativo, vale dizer, das emendas constitucionais, ou pela participação do órgão de representação dos Estados membros (Senado), pó pela aprovação da emenda pelos Legislativos estaduais<sup>3</sup>.

Nota-se que a instituição de um Senado, formado por representantes dos Estados membros, foi feita exatamente para que estes, com representação paritária, pudessem ter voz na formação da vontade da Federação. A representação paritária respeita o princípio da isonomia jurídica entre os Estados membros.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que:

*[...] o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competência entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão, mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da federação (Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco, 2007, p. 757).*

Vejamos as decorrências lógicas do princípios federativo, vale dizer, a repartição de competências, a instituição de um Senado com composição isonômica de representantes dos Estados membros e participação nas emendas constitucionais, a possibilidade de intervenção federal nos Estados membros, a discriminação de rendas e a imunidade tributária recíproca.

## **A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA**

---

A primeira regra é que a competência residual é dos Estados membros. O parágrafo 1.º do artigo 25 da Constituição estabeleceu que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Compete à União apenas o que estiver expressamente relacionado na sua competência específica. O mesmo se poderá dizer em relação aos Municípios. O rol de competência da União, no entanto, é amplo. Uma simples leitura do artigo 21 da Constituição revela que, no nosso sistema federativo, pouco sobra para os Estados membros.

O título III da Constituição, concerne à Organização do Estado (*arts. 18 a 43*) detalha minuciosamente a competência de todos os entes federativos. No capítulo II (*arts. 20 a 24*), enumera os bens da União, sua competência (*art. 21*) e sua competência legislativa (*art. 22*). O artigo 23 relaciona a competência comum da União dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, e o artigo 24 enumera a competência legislativa concorrente. No que concerne aos Municípios, a Constituição é exageradamente detalhista, principalmente após a Emenda n.º 58/2009, que limita o número máximo de vereadores em conformidade com o número de habitantes dos respectivos Municípios, matéria que seria mais apropriada para uma lei ordinária de natureza eleitoral.

## O SENADO FEDERAL

---

A instituição do Senado foi amplamente fundamentada por Hamilton, Jay e Madison na monumental obra *O federalista* (1959). Salientam que “não é fácil que os Estados fracos consistam em um governo mais em consonância com os desejos dos Estados mais fortes”. E prosseguem:

*[...] Nesta ordem de ideias, pode ser observado que a igualdade de votos concedida a cada Estado é, por sua vez, o reconhecimento constitucional da parte de soberania que conservam os Estados individuais e um instrumento para protegê-la. Sob este ponto de vista, a igualdade deveria ser tão aceitável nos Estados mais extensos, como menores, já que terão o mesmo empenho em precaverem-se por todos os meios possíveis contra a indevida consolidação dos Estados em uma república unitária (Hamilton, Jay e Madison, 1959, p. 248).*

E no que diz respeito à necessidade de uma segunda Câmara, os autores de *O Federalista* destacam que “não está menos indicada a necessidade de um Senado pela propensão de todas as assembleias numerosas, quando são únicas, a trabalhar sob o impulso de paixões súbitas e violentas, e a deixar por reduzir por líderes facciosos, adotando resoluções violentas e perniciosas [...]” (Hamilton, Jay e Madison, 1959, p. 249).

A Constituição de 1988, no seu artigo 46, qualifica os Senadores como representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, e o parágrafo 1.º fixa o número de senadores por Estado, estabelecendo paritariamente o número de três. Além disso, o Senado tem participação nas Emendas Constitucionais, conforme procedimento fixado no artigo 60.

## POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO FEDERAL

---

Constituição, no artigo 34, veda a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, exceto para:

- I - manter a integridade nacional;
- II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- III - por termo a grave comprometimento da ordem pública;
- IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
- V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
  - a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo por motivo de força maior;
  - b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixada nesta Constituição dentro dos prazos estabelecidos em Lei;
- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
  - a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
  - b) direito da pessoa humana;
  - c) autonomia municipal;
  - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
  - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A enumeração das hipóteses que autorizam a intervenção constitui antecedentes de regras que ressalvam o princípio federativo. Constituem, portanto, interesses relevantes. Os interesses públicos relevantes são externados por regras que ressalvam a aplicação de princípios gerais. As regras não revogam princípios que têm um amplo campo de aplicação e permanecem íntegros mesmo quando uma parte desse campo de aplicação é retirado por uma regra específica a ser aplicada num caso concreto.

O inciso I do referido artigo 34 demonstra a indissolubilidade da federação e, conseqüentemente a impossibilidade da secessão. Observam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que, “para repelir invasão estrangeira, a intervenção não fica condicionada a que tenha havido a conivência do Estado membro, já que a medida não tem propósito de sanção, mas de reconstrução da integridade nacional” (**Mendes, Mártires Coelho e Gonet Branco, 2007, p. 759**). A possibilidade de intervenção no caso de invasão de um Estado membro sobre outro decorre, antes de tudo, da igualdade jurídica dos Estados membros, visa impedir que um ganhe território em detrimento de outro. A grave perturbação da ordem (*inciso III*) deve ser efetiva, a sua simples ameaça não justifica a intervenção, que é, em qualquer caso, uma medida excepcional. Entre os demais casos previstos, destacam-se

os externados no inciso VII, que revelam o quanto o poder constituinte exigia a guarda por princípio fixado no texto (itens *a*, *b* e *c*), bem como as regras estabelecidas (itens *d* e *e*).

## **DISCRIMINAÇÃO DE RENDAS**

---

A questão da discriminação de rendas é típica dos Estados Federais. O problema surgiu portanto na primeira das federações modernas, vale dizer, nos Estados Unidos. A Confederação, formada pelas treze colônias, com finalidade de sustentar a guerra de independência, não possuía poder tributário, sendo sustentada pelos Estados. O fracasso da Confederação fez que fosse votada a Constituição para uma nova forma de organização estatal: a Federação.

Muitos, no entanto, não admitam a concessão pelos Estados à União do poder de tributar. Aqueles que percorrerem as páginas de *O federalista* verão como Hamilton foi veemente ao defender o direito da União de cobrar impostos e justificar a competência concorrente nesta matéria como a única forma admissível. Segundo o grande estadista norte-americano, qualquer divisão de fontes de receita significaria sacrificar os grandes interesses da União ao poder dos Estados. Realmente, a solução norte-americana dada à questão da discriminação de rendas é, de uma maneira quase absoluta, da competência concorrente. São pouquíssimos os dispositivos tributários constantes da Constituição dos Estados Unidos. Na seção II do artigo I, o inciso 3 declara competir à Câmara dos Deputados a iniciativa de todas as leis de impostos. O inciso I, da seção VIII do mesmo artigo, afirma competir ao Congresso lançar e arrecadar impostos a que se deverá proceder de acordo com o anteriormente disposto nesta Constituição. No inciso 5, figura a proibição de qualquer imposto sobre mercadorias exportadas por qualquer Estado. No inciso 6, vemos que “nenhuma preferência será concedida, por meio de regulamento comercial ou fiscal, aos portos de um Estado sobre os de outros, nem serão os navios que vem ou vão para um Estado obrigados a aportar ou pagar direito de trânsito ou alfândega em outro”. Finalmente, o inciso 2, da seção X, do artigo I, determina que,

*[...] sem o consentimento do Congresso, nenhum Estado poderá impor direitos sobre os artigos importados ou exportados, salvo os que sejam absolutamente necessários com o fim de fazer cumprir suas leis de inspeção, e o produto líquido de todos os direitos e impostos que estabeleçam os Estados sobre as importações e exportações será aplicado em proveito do Tesouro dos Estados Unidos; e todas as leis de que se trata estarão sujeitas à revisão e vigência do Congresso.*

Mais tarde, em 1913, foi ratificada a Emenda n.º 16, conferindo expressamente ao Congresso o poder de lançar e arrecadar o imposto de renda. Assim, à União está reservado o imposto de imposição, sendo-lhe vedado o de exportação. A regra geral, por conseguinte, é a da competência concorrente.

No Brasil, o desenvolvimento e a solução do problema foram inteiramente diversos. O fracassado regime das capitanias foi substituído pelo governo geral. A formação do Brasil colônia foi, portanto, essencialmente unitária. O Império não poderia ser diferente. A Constituição de 1824 dispôs quase nada sobre tributos e silenciou respeito dos tributos provinciais. Foi só o Ato Adicional de 1834 que deu relativa autonomia às provinciais. Para que essa autonomia fosse concretizada, reconheceu-se às províncias tributos próprios. O Ato Adicional, no entanto, apenas dava às assembleias das províncias poderes para legislar sobre a fixação das despesas e os impostos para elas necessários, contanto que este não prejudicasse as imposições gerais do Estado (*Ferreira, 1954, p. 54*). Vemos, por conseguinte, que as províncias poderiam criar impostos, desde que não fossem aqueles já reservados à Coroa. Essa tentativa foi, no entanto, inteiramente frustrada pela Lei n.º 99, que enumerou os impostos reservados (*Gomes de Sousa, 1975*).

Foi só a primeira Constituição republicana, com o estabelecimento da Federação, que proporcionou aos Estados federados fontes próprias de rendas tributárias. Assim, no artigo 7.º, o primeiro constituinte republicano enumerou os impostos da União, e, no artigo 9.º, os dos Estados, os quais dariam nas suas respectivas Constituições estaduais o quinhão dos Municipais. A Constituição de 1934 modificou a sistemática, enumerando desde logo a parcela municipal. Isso foi feito também pela Carta outorgada de 1937, que hipertrofiou o poder central e, dentro deste, o Executivo. A Constituição de 1946, bem como a de 1967 e a Emenda outorgada de 1969, e ainda a atual Constituição, mantiveram a mesma sistemática de arrolar os impostos federais, estaduais e municipais. A distribuição de rendas na Constituição de 1946 estava fundada em cinco critérios:

- 1 // o da competência privada;
- 2 // o da competência concorrente;
- 3 // o da competência comum;
- 4 // o da transferência de impostos;
- 5 // o de participação na arrecadação de imposto de competência alheia.

A partir de 1967, foi eliminado o critério da competência concorrente, uma vez que apenas a União teria a possibilidade de criar novos impostos.

No sistema atual, a regra geral continua sendo a da competência privativa. A Constituição arrola os impostos privativos da União no artigo 153, os dos Estados no artigo 155 (incluídos os do Distrito Federal) e os dos Municípios no artigo 156. A possibilidade de competência concorrente deixou de existir, uma vez que somente a União, mediante lei complementar, poderá instituir impostos não previstos no artigo 153, “desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador”.

A questão da competência comum concerne às taxas e à contribuição de melhoria. A competência para a instituição de tais tributos só pode ser comum. No caso das taxas, a competência será da pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que exercer o poder de polícia sobre alguma atividade ou que executar o serviço público específico ou divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. No caso da contribuição de melhoria, a competência para a sua instituição será da pessoa política que executar a obra pública. Qualquer dos poderes tributantes poderá cobrar essas duas espécies tributárias, desde que se concretize a hipótese legal.

Não mais existe a possibilidade de transferência de impostos. Isso era possível pelo artigo 29 do texto de 1946, pelo artigo 28 da Carta de 1937 e pelo artigo 13 (§ 2.º) da Constituição de 1934.

A participação na arrecadação de impostos de competência alheia está amplamente prevista na Constituição vigente, havendo, inclusive, uma seção especial (*seção VI, do capítulo I, do título VI*) referente à repartição das receitas tributárias. Já o parágrafo 5.º do artigo 153 determina que “o ouro, quando deferido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência imposto de que trata o inciso V do *caput* (“Imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativo a títulos ou valores mobiliários”) devido na operação de origem”, sendo a alíquota mínima de 1%, assegurando a transferência da arrecadação na base de 30% para o Estado, Distrito Federal ou território, conforme a origem, e 70% para o Município de origem. É curioso que este artigo refira-se a “Territórios”, quando sua existência não é mais prevista. Os artigos

157 a 162 (seção VI, do capítulo I, do título VI) traçam as regras para a distribuição das receitas tributárias. Essas regras, no entanto, não são regras de direito constitucional tributário, mas de direito constitucional financeiro, da mesma forma relevantes para a compreensão plena do *pacto federativo*. São estabelecidas obrigações dirigidas à pessoa política arrecadadora, no sentido de distribuir suas receitas tributárias conforme critérios quantitativos aí fixados. Tais obrigações das pessoas políticas surgem após a extinção da obrigação tributária dos contribuintes, pelo pagamento. A relação jurídica prevista nessas regras não é uma relação entre Fisco e contribuinte, mas uma relação entre pessoas jurídicas de direito público.

As indagações que se colocam agora são as seguintes: Quais as alterações que podem ser feitas na discriminação de rendas e nas regras de repartição das receitas tributárias sem ofensa ao princípio federativo? Quais as propostas de Emenda Constitucional, nesse sentido, poderão ser objeto de deliberação?. O primeiro dado que temos é que, sendo a Federação cláusula pétrea, nada poderá transformar o Estado brasileiro em Confederação ou em Estado unitário. Assim sendo, a autonomia dos Estados membros poderá crescer até os limites da Confederação e não poderá diminuir a ponto de ser anulada. Entre as características da Federação, como vimos, estão a auto-organização, o autogoverno e a autoadministração pelos Estados membros; e, de consequentes, qualquer mudança na discriminação de rendas que impeça a autogoverno ou a autoadministração será inconstitucional. A eventual tentativa de unificação do IPI com o ICMS, ainda que não haja diminuição da receita dos Estados membros, será inconstitucional, visto que retirará destes a possibilidade de autorregular a imposição e a cobrança do seu imposto, pois todos os aspectos da hipótese normativa passarão a ser definidos e fixados em lei federal.

Massimo Severo Giannini sustenta que a autonomia é basicamente autonomia normativa (*apud Horta, 1995, p. 425*). E Santi Romano destaca a autolegislação como dado individualizador do conceito jurídico de autonomia (*apud Horta, 1995, p. 425*). Assim, sempre que uma emenda constitucional retirar competência do Estado membro para legislar sobre um imposto que o constituinte originário tenha colocado na sua esfera de competência, estará infringindo o princípio federativo. Raul Machado Horta sustenta, com muita propriedade que “autonomia não é conceito metajurídico ou inapreensível ao conhecimento jurídico. O cosmo jurídico é o cenário de sua atividade normativa. A relação necessária entre a autonomia e a criação de normas próprias, para constituir ordenamento típico, é suficiente para justificar a noção jurídica de autonomia” (*Horta, 1995, p. 426*).

Assim sendo, qualquer emenda que retirar dos Estados membros competência outorgada pelo constituinte originário para a criação de normas próprias está atentando contra a Federação e será inexoravelmente fulminada pelo poder jurídico.

## **A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA**

---

### **A consagração do princípio como decorrência da Federação**

Ao consagrar a relevância do princípio federativo, não poderia deixar a Constituição de estabelecer regras dele decorrentes. Entre estas, sobressai a regra da imunidade tributária recíproca, estabelecida no artigo 150, inciso VI (a), que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros. Essa imunidade decorre da igualdade jurídica estabelecida entre as pessoas de direito público. Não existe hierarquia entre União, Estados e Municípios. O que existe são campos diferentes de atuação, esferas determinadas de competência.<sup>4</sup>

Sendo decorrência lógica do sistema federativo, essa regra surgiu no berço das Federações modernas: nos Estados Unidos, por construção jurisprudencial da sua Suprema Corte.

### **Desenvolvimento do princípio na jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos**

Depois de torpedeado pelo Congresso, o Banco dos Estados Unidos fora criado pela segunda vez<sup>5</sup>. O primeiro Banco, patenteado em 1791, para um período de vinte anos, teve sua criação inspirada por inúmeras razões. Francisco Campos as sintetiza, afirmando que:

*A tempo em que a Constituição foi adotada, dispunham os Estados Unidos de metais preciosos, sob qualquer forma, cunhados ou não, somente em pequena quantidade, e o papel-moeda não tinha valor uniforme em todos os pontos do território. O papel-moeda emitido pelos bancos dos Estados Unidos não somente variava de valor com as distâncias do banco emissor, como de acordo com o crédito em que era havido cada banco estadual. A*

*transferência de fundos em um ponto a outro do território nacional, desde que situados em Estados diferentes, só se podia operar mediante a transferência de ouro e prata. Por sua vez, à falta de agências capazes ou que inspirassem confiança, tornava-se difícil e dispendiosa a arrecadação dos impostos nacionais e, quando se prolongavam as fases negativas ou nas remissões do ritmo desigual com que se processava o recebimento dos impostos, não havia uma instituição que antecipasse no Tesouro a parte retardatária da receita.<sup>6</sup>*

Foi tendo presente esta situação que Alexandre Hamilton defendeu a criação do Banco, contestado por Jefferson e Madison. O Congresso autorizou a criação, mas, na ocasião de renovar a sua Carta, seus opositores triunfaram e conseguiram a rejeição pelo Congresso. O Banco foi liquidado, tendo sido remetida para a Inglaterra, antes da guerra entre ela e os Estados Unidos, a soma correspondente ao valor das ações dos súditos britânicos. Após a guerra, com a calamitosa situação financeira, várias tentativas foram feitas para restabelecer o Banco.

*Aprovado, porém, pelo Congresso, em 1815, o ato do seu restabelecimento, o Presidente Madison vetou o projeto de lei, embora reconhecendo sua inquestionável constitucionalidade, por lhe parecer que o Banco, tal como criado, não oferecia garantias suficientes à restauração do crédito público, nem provia à necessidade de um meio circulante nacional ou assegurava à Tesouraria, mediante empréstimo, os recursos que lhe eram indispensáveis. Renovou-se, porém, no Congresso, a tentativa de criar o segundo Banco dos Estados Unidos, a qual contou com a oposição dos federalistas, sob a liderança de Daniel Webster. Consumou-se, porém, a tentativa, e em abril de 1816 o Presidente Madison sancionava o projeto. Começo, então, alimentada pelos Estados, que tinham seus próprios bancos, cada qual, porém, com as suas notas mais desacreditadas, a guerra de aniquilação contra o Banco nacional. O Estado de Indiana, na Constituição que promulgara depois de criado em segundo Banco dos Estados Unidos, proibiu a qualquer banco que não fosse por ele autorizado operar no seu território; a Constituição do Estado de Illinois vedou o estabelecimento de qualquer banco que não fosse estadual, a legislatura do Tennessee criou sobre os bancos, que não fossem por ela autorizados, uma taxa de 50 mil dólares por ano, como retribuição ao privilégio de poder operar no território do Estado; o Estado de Kentucky lançou uma taxa anual de 60 mil dólares sobre cada uma das agências do Banco dos Estados Unidos sediadas em seu território, e, finalmente, porém, a taxa no pagamento anual de uma soma fixa de 15 dólares?.*

Contra o ato do Estado de Maryland insurgiu-se McCulloch, gerente da sucursal de Baltimore. O Banco foi defendido por Daniel Webster – que no Congresso liderou os federalistas contra a sua criação –, por V. Wit e W. Pinkney.<sup>8</sup> Foi então a julgamento, em 1819, um dos mais ruidosos casos da história da Suprema Corte dos Estados Unidos, hoje conhecido como “McCulloch *versus* Maryland”. A Corte Suprema já havia firmado o princípio da supremacia do Judiciário (no caso *Marbury versus Madison*); restava firmar a supremacia nacional. A oportunidade surgira. Marshall a proclama, então, como um dos princípios básicos do federalismo, além de expor a regra de interpretação liberal dos poderes do governo nacional, celebrizada sob a denominação de teoria dos poderes implícitos do Congresso.<sup>9</sup>

“Segundo o bom-senso geral”, resume Leda Rodrigues a argumentação de Marshall, “era o governo americano um governo de poderes enumerados”, mas, apesar de limitada em seus poderes, “era a União suprema na natureza. É o governo de todos; seus poderes são delegados por todos; representa todos e age por todos”. Entre os poderes enumerados, continuava, não se encontrava “o de estabelecer um banco ou criar uma companhia (*corporation*). Mas não há, na Constituição, nenhuma frase que, a exemplo dos artigos da Confederação, exclua os poderes implícitos ou incidentes ou exija seja todo o concedido expressa e minuciosamente descrito”. Era preciso não esquecer “que é uma Constituição que estamos expondo”, um diploma que serviria a “épocas futuras e, conseqüentemente, capaz de adaptar-se às várias crises dos negócios humanos”.

Apesar de não constar entre os poderes enumerados, dizia Marshall, a palavra “banco” ou “incorporação” remete aos “grandes poderes de instituir e cobrar impostos; de tomar dinheiro emprestado; de regular o comércio; de declarar e conduzir guerras; e levantar e manter exércitos e armadas. A espada e a bolsa, todas as relações externas e parte não desimportante da indústria da nação são confiadas ao seu governo. Jamais se poderá pretender que esses vastos poderes excluam outros de importância inferior, somente porque são inferiores”. Um governo a que se haviam confiado tão amplos poderes devia ter também amplos meios para execução dos mesmos. Pretendia, no entanto, o Estado de Maryland negar ao governo a escolha dos meios ao insistir que a cláusula das leis necessárias e adequadas do artigo I, seção VIII, n.º 18, da Constituição devia ser interpretada como limitação aos poderes do Congresso e, em substância, como impedimento à feitura de todas as leis que não fossem “absolutamente necessárias” à execução dos poderes do governo geral.

Essa interpretação da cláusula relativa às leis “necessárias e adequadas”, afirmava Marshall, “encurtaria e quase aniquilaria o útil e necessário direito do Legislativo de escolha dos meios. Se o fim é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas dentro da letra e do espírito da Constituição, são constitucionais”.

Intimamente entrelaçado a toda a Constituição, havia um grande princípio, do qual não era possível abstrair sem reduzi-la a pedaços. A Constituição e as leis feitas em consequência dela são supremas, controlam as Constituições e as leis dos respectivos Estados e não podem ser por estas controladas.

Deste princípio, quase axiomático, decorrem, como corolários, outras posições: o poder de criar implica o de preservar; o poder de destruir entregue a mãos diferentes é hostil e incompatível com os poderes de criar ou preservar; quando tal ocorre, a autoridade suprema deve controlar e não ceder àquela sobre a qual possui supremacia.

Depois de haver estudado acuradamente o assunto em debate, prosseguia Marshall, chegara a Corte à convicção de não possuírem “os Estados poder, mediante a decretação de impostos ou de outra forma, para retardar, impedir, obstar ou, de qualquer modo, controlar a execução das leis constitucionais promulgadas pelo Congresso, tendo em vista os poderes outorgados ao governo geral. Esta, pensamos, é a consequência inevitável da supremacia declarada pela Constituição”.

O caminho para esta decisão fora preparado por Marshall catorze anos antes, quando, interpretando a mesma cláusula 18, seção VIII, do artigo I da Constituição, deduzira a Corte Suprema o poder de cobrar dívidas do dever de pagá-las. Julgando constitucional uma lei que dava ao governo federal prioridade na distribuição dos bens dos seus devedores insolventes, escrevia Marshall: “O governo deve pagar a dívida da União e deve ser autorizado a usar dos meios que julgar mais aptos a este fim. Tem, por conseguinte, o direito de emitir promissórias e de tomar as precauções necessárias à segurança da operação”. Diante da decisão tomada no caso *Mcculloch versus Maryland*, foi pedido e concedido novo julgamento do feito *Osborn versus Bank of the United States*. Aí, não só reafirmou Marshall os princípios anteriores, de não poder o Estado tributar os instrumentos do governo federal, como estabeleceu a base para a vasta expansão, nas décadas seguintes, do princípio da imunidade fiscal. Todos os contratantes com o governo tinham, na sua opinião, direito à isenção de impostos sobre todos os negócios.<sup>10</sup>

Mas é na conclusão do seu voto, no caso *McCulloch versus Maryland*, que Marshall concentra o feixe dos princípios anteriormente estabelecido, para usar uma expressão de Francisco Campos.<sup>11</sup> Diz o grande Chief-Justice que “a tributação é considerada como poder absoluto, que não conhece outros limites a não ser os expressos na Constituição, e, como exercício do poder soberano, em qualquer das suas manifestações, só está subordinado à discricção do seu titular”. Os termos do argumento, porém, concorrem, precisamente, para demonstrar que a soberania dos Estados, no que se refere ao poder tributário, é subordinada ou sujeita ao controle da Constituição dos Estados Unidos. A extensão desse controle resultará da construção do instrumento constitucional. Na sua construção, contudo, nenhum princípio, que nele não seja expresso, poderá ser admitido, desde que frustre a legítima atividade do governo federal. É de essência da supremacia a remoção de todos os obstáculos à sua atividade na esfera que lhe é reservada, e, assim, a remoção de qualquer poder investido em governos subordinados, de maneira a isentar da influência destes as operações que lhe são próprias.<sup>12</sup>

Prosseguindo em seu raciocínio, Marshall atinge o cerne da questão, chega ao motivo principal por que o poder tributário dos Estados não pode atingir a União, suas agências, bem como qualquer meio de que dispõe para atingir suas finalidades, através do exercício de sua competência:

*O povo de um Estado dá ao seu governo o poder de tributar, a ele mesmo e aos seus bens, e como as exigências do governo não são suscetíveis de limite, o povo não prescreve limitações ao exercício desse poder, confiado em que o interesse do legislador e a influência dos eleitores o preservam de qualquer abuso. No caso, porém, de tributação estadual dos meios empregados pela União, haveria não somente ausência dessa garantia, como a do próprio fundamento teórico do direito de tributar. Aqueles meios não são outorgados pelo povo de um Estado particular, nem conferidos pelos eleitores da legislatura que se arroga o direito de tributá-los, mas pelo povo de todos os Estados. Eles são outorgados por todos, para o benefício de todos – e, de acordo com a teoria, devem estar sujeitos exclusivamente ao governo que pertence a todos.<sup>13</sup>*

Foi assim fixado o princípio da imunidade da União e seus serviços em relação a qualquer tributação estadual<sup>14</sup>. Não estava, porém, fixada a reciprocidade. Foi só após a I Guerra Mundial que se verificou uma fixação mais nítida neste sentido.

Francisco Campos salienta que o percurso da jurisprudência americana no tocante à imunidade tributária pode ser sintetizado em cinco pontos:

1. O primeiro diz respeito à fidelidade aos princípios estabelecidos por Marshall em *McCulloch versus Maryland*, e à continuidade com que vem mantendo, contra as mais variadas tentativas de agressão, o princípio de imunidade da União ao poder tributário dos Estados, quer contra a sua incidência direta, quer contra a indireta, sob todas as suas formas, seja de modo mediato, ou através de uma concessão (*Franchise Chart, Grant*), ou de uma transação ou negócio entre ela e um particular, seja que, de maneira incidental, ou além do alcance, do propósito ou da finalidade do imposto, por efeito de uma repercussão de fato, o seu resultado seja onerar a União.
2. O segundo ponto é relativo ao caráter de reciprocidade; de modo geral, embora alguns casos mais limitadamente do que em outros, e com tendência a maiores restrições, a Corte Suprema tem reconhecimento que a imunidade se estende, igualmente, aos Estados, ou é recíproca.
3. O terceiro ponto se refere à desigualdade do tratamento dispensado pela Corte Suprema à União e aos Estados; ao passo que, em relação àquela, a massa da jurisprudência é no sentido de ser a imunidade interpretada em toda a latitude, em relação aos Estados ela se inclina a estreitar a imunidade de maneira a cobrir tão somente os serviços ou negócios estritamente governamentais, que se devem entender como sendo, tão somente, os que, por costume ou tradição, se compreendem incluídos nas funções clássicas do governo.
4. O quarto ponto é o que consiste em admitir ao Congresso o poder de levantar a imunidade relativa à União, permitindo (o que deve fazer expressamente) que sobre alguns serviços, dada a sua capacidade ou a sua natureza, possam os Estados fazer incidir os seus tributos.
5. O quinto ponto, finalmente, em íntima conexão com o imediatamente anterior, do qual é reverso, atribui ao Congresso o poder de isentar qualquer serviço federal da tributação dos Estados, entendendo que o poder do Congresso vai mais longe, ou tem maior alcance, do que o princípio constitucional implícito, ou é, como nos parece, este mesmo princípio formulado em outros termos e por outros fundamentos.<sup>15</sup>

Nota, com razão, Aliomar Baleeiro<sup>16</sup> que, não obstante a influência exercida no Brasil pela jurisprudência norte-americana, algumas cautelas devem ser tomadas na sua invocação. Brasil, por exemplo, a imunidade recíproca alcança expressamente os Municípios, enquanto nos Estados Unidos tal não ocorre, pois eles não passam de instrumentos da organização estadual. Esse cuidado

não deve ser tomado apenas no tocante à imunidade tributária recíproca. Nosso sistema constitucional tributário tem peculiaridades que o distinguem dos demais. O sistema constitucional tributário dos Estados Unidos é composto de umas poucas regras, tal como a maioria dos demais sistemas. O nosso sistema constitucional tributário é extremamente minucioso, o que, em uma Constituição rígida, faz restar poucas opções ao legislador ordinário.

### **A experiência da Argentina**

A Constituição Argentina de 1853 inspirou-se diretamente no Direito norte-americano.<sup>17</sup> Citando Carlos Adrogué, Aliomar Baleeiro enumera as principais linhas do Direito argentino no tocante à tribulação recíproca:

- a) os governos nacional e provinciais, por princípio constitucional implícito e necessário, não podem tributar bens e serviços uns dos outros, ressalvadas as taxas e contribuições de melhoria;*
- b) esse princípio deve ser interpretado restritivamente em relação às entidades e autarquias, pois, se são instrumentos do governo, todavia com ele não se confundem;*
- c) os vencimentos de agentes provinciais podem ser tributados uniforme e indiscriminadamente pelo Fisco nacional, exceto os dos juizes;*
- d) bancos de caráter local, como o Banco Municipal de Préstimos (correspondente ao pronto-socorro das nossas Caixas Econômicas), não gozam de imunidade com fundamento na Constituição;*
- e) os serviços públicos de caráter interprovincial, quando concedidos, integram a instrumentalidade federal e participam da imunidade impositiva peculiar a esta;*
- f) excluem-se da isenção (sic) as taxas e as contribuições de melhoria;*
- g) essa imunidade em favor dos títulos públicos não abrange o imposto de transmissão, inclusive o de herança, ad instar da jurisprudência americana, salvo se o Congresso determinar o contrário em lei;*
- h) os direitos alfandegários não se incluem na isenção (sic) já que são essenciais à regulação do comércio exterior, que a Constituição reservou ao Poder Nacional;*
- i) o Congresso Nacional pode conceder isenções de impostos provinciais e municipais;*
- j) os bancos de uma Província escapam à imposição federal dentro do território delas, não só parte da União mas daquelas outras Províncias e Municípios destas, sob cuja jurisdição operarem.*

### **As Constituições Brasileiras de 1891, 1934 e 1937**

A Constituição de 1891 dispunha: “Art. 10. É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”. Não havia no texto qualquer alusão aos Municípios, que na estavam, assim, protegidos pela imunidade tributária recíproca. Aliás, o sistema federativo da nossa primeira República não considerou os Municípios. A própria discriminação de rendas era feita entre a União (art. 7.º) e os Estados (art. 9.º). A estes caberia, em suas próprias Constituições, fixar o quinhão dos Municípios. Também não havia vedação que impedisse a tributação recíproca entre Estados e Municípios.

Foi a Constituição de 1937 que, pela primeira vez, depois da Independência, deu autonomia aos Municípios. Fixou, na discriminação de renda, a relação dos tributos municipais (art. 13, § 2.º) e estendeu aos Municípios a imunidade tributária recíproca, no artigo 17, inciso X, assim redigido:

*Art. 17. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
(.....):*

*X - tributar bens, renda e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para objeto da concessão.*

*Parágrafo único. A proibição constante no inciso X não impede a cobrança de taxas remuneratórias devidas pelos concessionários de serviços públicos.*

Estavam, por conseguinte, incluídos na imunidade tributária recíproca não só os serviços executados diretamente pelas pessoas jurídicas de direito público dotadas de poder tributante (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mas também os serviços objeto de concessão, bem como o aparelhamento necessário à efetivação do serviço. Outra observação a ser feita é que a imunidade tributária recíproca, segundo o texto de 1934, dizia respeito a qualquer tributo, e não apenas aos impostos. O parágrafo único do artigo 17, no entanto, permitia que as pessoas políticas relacionadas no *caput* do artigo impusessem taxas remuneratórias aos concessionários.

A Constituição de 1937 regulava a imunidade recíproca no seu artigo, 32, c. Mas a imunidade, a partir de então, não mais atingia os serviços públicos concedidos, que poderiam, no entanto, ser beneficiados por isenções concedidas por lei especial no interesse comum. A lei especial referida seria a lei federal, que po-

deria conceder isenções de impostos estaduais e municipais. Pelo menos é isso que se infere da expressão “no interesse comum”. Estava assim redigido o dispositivo: “Art. 32. É vedado à União, aos Estados, e aos Municípios: [...] c) tributar bem, rendas e serviços uns dos outros. Parágrafo único. Os serviços públicos concedidos não gozam da isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial”.

### **A Constituição de 1946 e sua Emenda 18**

A Carta de 1946 seguiu, em suas linhas mestras, as disposições das de 1934 e 1937. Estava assim redigida a disposição referente à imunidade recíproca:

*Art. 31. À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: [...] V - lançar impostos sobre:*

*a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observando o disposto no parágrafo unido deste artigo; [...].*

*Parágrafo único. Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo poder competente ou quando a União a instituir em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum*

Na vigência desse dispositivo, surgiram inúmeros problemas referentes aos impostos indiretos. Várias foram as questões suscitadas para se saber se haveria incidência do imposto de consumo nas mercadorias fornecidas aos Estados e Municípios, uma vez que, pelo fenômeno da repercussão do imposto, estes passariam a ser os verdadeiros contribuintes. Indagou-se também se as autarquias e as sociedades de economia mista gozavam da imunidade recíproca. No primeiro caso, a jurisprudência vacilou, mas, no segundo, no que concerne às autarquias e às sociedades de economia mista, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que as primeiras gozavam da imunidade tributária recíproca (*súmula 73*), o mesmo não ocorrendo com as segundas (*súmula 76*), por serem consideradas pessoas jurídicas de direito privado.

No sistema da Emenda Constitucional n.º 18/1965, a solução do problema deveria sofrer algumas alterações, não fosse essa emenda de duração tão efêmera. Essa emenda não relacionou nominalmente os impostos, mas classificou-os com referência às suas bases econômicas. Assim, tivemos:

- a //** impostos sobre o comércio exterior;
- b //** impostos sobre o patrimônio e a renda;
- c //** imposto sobre a produção e a circulação;

**d //** impostos especiais. Como o inciso IV, a, do artigo 2.º conferia aos entes públicos imunidade recíproca referente aos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços (a Emenda n.º 18 substituiu a palavra “bens”, que encontramos nos textos de 1981, 1934, 1937 e 1946, por “patrimônio”, que permaneceu nos textos de 1967, 1969 e 1988), e se a própria Emenda dizia mais abaixo quais eram os impostos sobre o patrimônio, renda e serviços, estava claro que só a esses impostos a imunidade dizia respeito. E assim estava redigido o texto da Emenda Constitucional n.º 18: “Art. 2.º - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV - cobrar impostos sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; [...]”.

A Emenda Constitucional n.º 18 estendeu expressamente a imunidade às autarquias, mas tão somente para retirar da incidência o patrimônio, a renda ou os serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes. Por lado, dizia que a imunidade não alcançava os serviços públicos concedidos, cujo se refere aos tributos de sua competência. Permitia, no entanto, que os serviços públicos federais concedidos fossem beneficiados, pela União, com isenção geral de tributos, por meio de lei especial e tendo em vista o interesse comum. E estavam assim redigidos os parágrafos do artigo 2.º dessa emenda:

*§ 1.º. O disposto na letra “a” do n. IV é extensivo às autarquias, tão somente, no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes.*

*“§ 2.º. O disposto na letra “a” do n. IV não é extensivo aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, ressalvados os serviços públicos federais concedidos cuja isenção geral de tributos pode ser instituída pela União, por meio de lei especial e tendo em vista o interesse comum”.*

### **A Constituição de 1967 e sua Emenda 1**

O texto de 1967 era quase idêntico ao da Emenda n.º 18. Abandonava a classificação dos impostos feita por esta, voltando a relacioná-los nominalmente na competência de cada um dos poderes tributantes. Assim estava redigido o texto original de 1967:

*Art. 20. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*[...];*

*III - criar impostos sobre:*

*a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;*

*[...].*

*§ 1.º. O disposto na letra "a" do n. III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes; mas não se estende, porém, aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, observado o disposto no parágrafo seguinte.*

*§ 2.º. A União, mediante lei complementar, atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos federais, estaduais ou municipais.*

O parágrafo 1.º, acima transcrito, reuniu as disposições dos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 2.º da Emenda n.º 18, mas o parágrafo 2.º do artigo 20 da Constituição de 1967 deu outro alcance ao poder de isentar conferido à União. Enquanto pela Emenda n.º 18 a União poderia, por lei ordinária especial, conceder isenções gerais de impostos aos serviços públicos por ela concedidos, pelo texto de 1967 esse poder devia ser exercido por meio de lei complementar, mas a hipótese legal desta lei complementar poderia incluir na não incidência outros contribuintes que não os concessionários de serviços públicos federais.

A Emenda n.º 1/1969 assim dispunha a respeito:

*Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...];*

*III - instituir impostos sobre:*

*a) o patrimônio, a renda ou serviços uns dos outros; [...].*

*§ 1.º. O disposto na alínea "a" do inciso III é extensivo às autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar o imposto que incidir sobre imóvel objeto da promessa de compra e venda.*

*§ 2.º. A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais.*

### **A vigente Constituição**

A Constituição vigente, de 1988, consagrou o princípio da imunidade tributária recíproca no seu artigo 150, inciso VI, a, assim redigido:

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...];*

*VI - instituir impostos sobre:*

*a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...].*

*§ 2.º. A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.*

*§ 3.º. As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exportação de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis e empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

Os parágrafos 2.º e 3.º seguem uma tradição, iniciada com a Emenda n.º 18 à Carta de 1946: estender a imunidade recíproca expressamente a autarquias e excluir da imunidade as sociedades de economia mista e concessionárias. Essa orientação, no entanto, como vimos, já havia sido fixada pelo Supremo Tribunal Federal nas súmulas 73 e 76. No entanto, o parágrafo 2.º incluiu no benefício da imunidade, além das autarquias, as fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Essa inclusão é despicienda, porquanto as fundações de direito público são espécies de autarquias.<sup>18</sup> O parágrafo 3.º não mais menciona "serviço público concedido", mas refere-se a "exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados". Tal expressão deve ser entendida em consonância com o parágrafo 1.º do artigo 173, segundo o qual "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhista e tributárias". Hoje, por conseguinte, não há falar sobre a imunidade de qualquer pessoa jurídica que explore atividade econômica.

## A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA ESTRUTURA FEDERATIVA

---

*"Fundamento primeiro da grandeza e prosperidade do país, o Município tem sido objeto do respeitoso cuidado e carinhosa dedicação de sucessivas gerações de estadistas e estudiosos preocupados com a firmeza e estabilidade das nossas estruturas político-jurídicas.*

*[...] Dotado de poderes políticos próprios, competências privativas, esfera de ação administrativa própria. Legislativo e Executivo absolutamente independente entre si e de qualquer outro órgão ou Poder, alcança o Município Brasileiro invejável posição em confronto com as entidades semelhantes de todo o mundo".*

**(Geraldo Ataliba, em Regime Jurídico Constitucional das Relações entre Municípios e Autarquias Federais. São Paulo: Prefeitura Municipal de Santo André, 1996, p. 11-12.)**

A Constituição de 1988 dá ao Município brasileiro uma autonomia incomparável com os demais Municípios do mundo. E ampliou essa autonomia em relação às Constituições anteriores. De modo que, para bem compreender a natureza e as características dos Municípios brasileiro, pouco importam doutrinadores estrangeiros, e os comentários feitos às Constituições anteriores só podem importar na medida em que revelam a autonomia já gozada pelos Municípios pátrios em relação aos demais.

Manoel Ribeiro, em obra escrita em 1959, na vigência da Constituição de 1946, após expor as posições de Carré de Malberg e André de Laubadère, destaca as diferenças não só entre federalismo, que é fenômeno político, e descentralização, que é fenômeno simplesmente administrativo, mas também as gritantes diferenças entre o Município Francês e o nosso, para dizer que aquele é organizado por lei ordinária, enquanto o nosso recebe sua autonomia, competência e poder da Constituição. Assim, enquanto o Município Francês detém autarquia, o Brasileiro goza de autonomia. E, seguindo os ensinamentos de dois outros autores franceses, Manoel Ribeiro destaca que "o Município Brasileiro tem características de Estado soberano. A União ou o Estado membro não podem retirar-lhe qualquer parte das faculdades que lhe pertencem" **(Ribeiro, 1959, p. 57-58)**.

Após historiar a evolução do Município Brasileiro, que gozava de grande autonomia na época colonial, Celso Ribeiro Bastos destaca os golpes sofridos por esta autonomia, com a Constituição de 1891 e a Carta de 1937, e sua recuperação em 1946, para concluir que hoje, com a inclusão do Município no artigo 1.º da atual

Constituição, a Federação Brasileira passou a assumir feições próprias. Define, então, o Município como:

*[...] entidade jurídica de direito público com capacidade política alçada, a igual título que o fazem União e Estados na gestão dos seus. Em outras palavras, os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, tudo conforme lhes ditam a Constituição da República e, subordinadamente a esta, a própria Constituição do Estado e a Lei Orgânica dos Municípios, por eles mesmos votadas (Bastos, 1988, p. 25-ss).*

Vejamos, agora, as disposições constitucionais. O artigo 1.º inovou em relação às Constituições anteriores, incluindo os Municípios no pacto federativo. Ao dizer que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito (...)”, ampliou conceitos e modificou uma série de entendimentos que já vinham consolidados das Constituições antigas. Em primeiro lugar, alterou o entendimento de federação. Em segundo lugar, utilizando a expressão “Estado Democrático de Direito”, tornou indiscutível a consagração dos valores tidos como indispensáveis para consagrar a democracia.

A expressão “Estado Democrático de Direito” tem muito mais força e abrangência que “Estado de Direito”. Mesmo porque, a rigor, todo Estado é um Estado de Direito quando se entende – como Kelsen (1951, p. 7) – que o Estado é uma ordem de conduta humana. Coerentemente, o mesmo artigo 1.º, ao enumerar os fundamentos da nossa República, mencionava a cidadania e o pluralismo político (*incisos II e V*), sem os quais não se poderia sequer insinuar a consagração de um regime democrático. Mas onde a atual Lei Maior deu uma característica de Estado membro aos Municípios foi no artigo 29, ao determinar a votação da Lei Orgânica pelo Legislativo Municipal, inovando grandemente em relação às Cartas anteriores, que davam essa competência aos Legislativos Estaduais.

## NOTAS

<sup>1</sup> O autor escreveu antes da Constituição de 1988. Por esta, os Municípios possuem as três características.

<sup>2</sup> No Brasil, são quatro: a) a ordem jurídica total (do Estado Nacional); b) a ordem jurídica central (federal); c) a ordem jurídica estadual; d) a ordem jurídica municipal.

<sup>3</sup> Vê-se, sem dúvida, que a revisão constitucional prevista no artigo 3.º do ato das Disposições Constitucionais Transitórias violava o princípio federativo, uma vez que não haveria audiência do Senado para a revisão. Se a revisão não poderia modificar as cláusulas pétreas, também não poderia desrespeitá-las no seu procedimento revisional. No entanto, como a revisão não foi avante, esse assunto perdeu parcialmente o interesse, salvo nas poucas matérias.

<sup>4</sup> Ao julgar a Adin 939-7-DF, tendo como relator o ministro Sydney Sanches, como requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e como requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, cuja função precípua é a guardada Constituição (art. 102, I, a, da CF)". E completou, adiante, em sua ementa: "A Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, que, no art. 2.º, autorizou a União a instituir o IPME, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2.º desse dispositivo, que, quando a tal tributo, não se aplica o art. 150, inc. III, b, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis

(somente eles, não outros); [...] segundo o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros), e que é garantia da Federação (art. 6.º, § 4.º, I, e art. 150, VI, a, da CF)" (DJU 18.319.94; Lex, Jurisprudência do STF 186/69).

<sup>5</sup> Os antecedentes históricos estão narrados em Francisco Campos (Direito Constitucional, vol. I, p. 23), Aliomar Baleeiro (Limitações constitucionais ao poder de tributar, 1974) e Leda Boechat Rodrigues (A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano, 1942).

<sup>6</sup> Campos, *Direito Constitucional*, vol. I, p. 24.

<sup>7</sup> Campos, *Direito Constitucional*, vol. I, p. 24-25.

<sup>8</sup> Apud Baleeiro, 1974, p. 97.

<sup>9</sup> Apud Boechat Rodrigues, 1942, p. 42.

<sup>10</sup> Apud Boechat Rodrigues, 1942, p. 42, 44 e 45.

<sup>11</sup> Apud Boechat Rodrigues, 1942, p. 40.

<sup>12</sup> "McCulloch versus Maryland", em *Constitutional Decisions of John Marshall*, vol. I, p. 335, apud Campos, vol. I, p. 40-41.

<sup>13</sup> *Idem*, v. I, p. 336, apud Francisco Campos, v. I, p. 41-42.

<sup>14</sup> H. Wheanton, "Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States", em *February Term*, vol. IV, 1819, p. 314 (que reproduz o julgamento).

<sup>15</sup> Campos, vol. I, p. 52-53.

<sup>16</sup> Baleeiro, 1974, p. 196.

<sup>17</sup> Baleeiro, 1974, p. 109.

<sup>18</sup> Ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 357 e 412, especialmente p. 363-382.

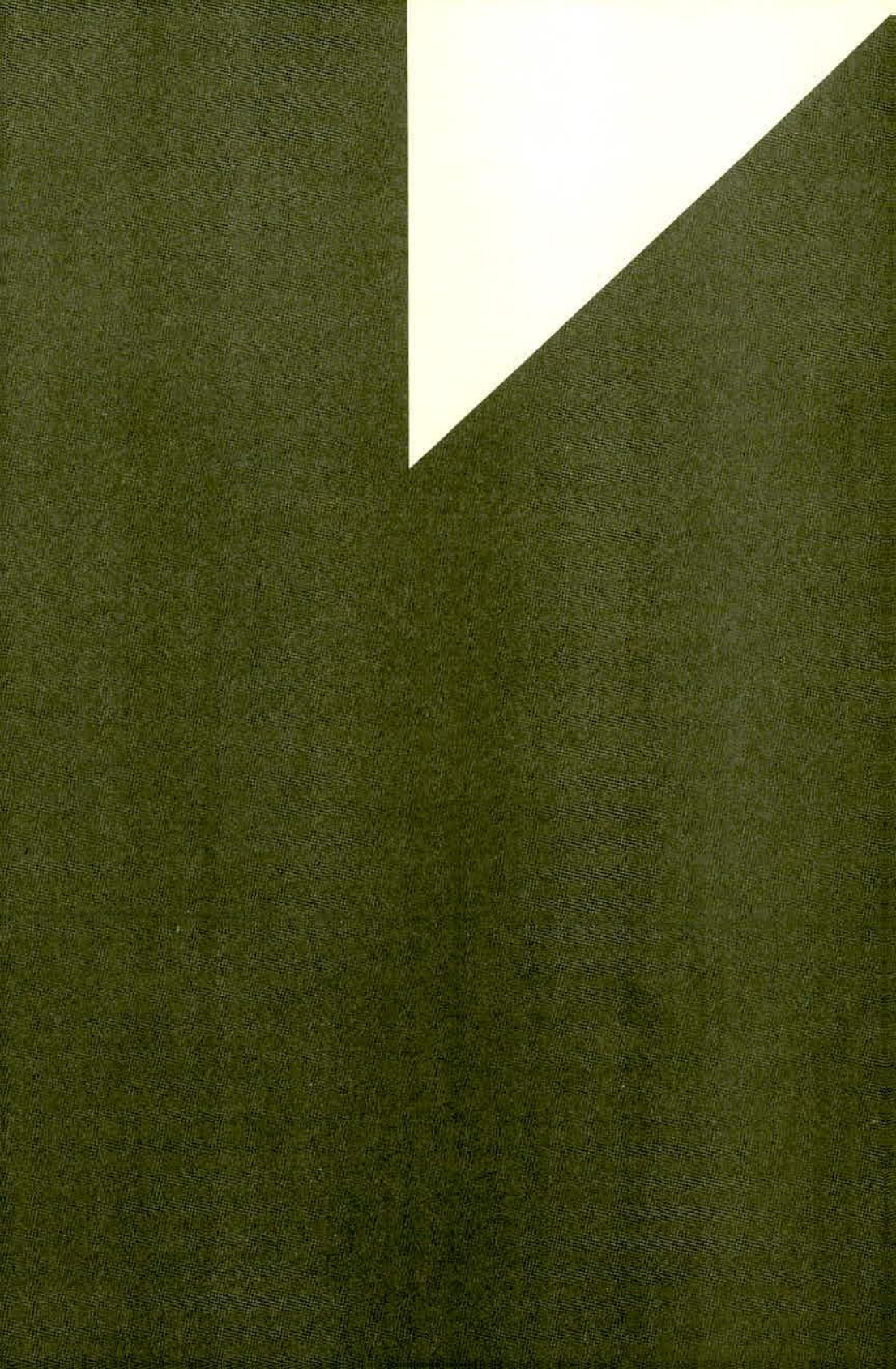
## **BIBLIOGRAFIA**

---

- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.
- BONAVIDES**, Paulo. *Teoria do Estado*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERREIRA**, Waldemar. *História de Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- GOMES DE SOUSA**, Rubens. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- HORTA**, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JAY**, John; **HAMILTON**, Alexander; **Madison**, James. *O federalista*. Trad. Reggy Zaccioni de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.
- KELSEN**, Hans. *Teoria geral do Estado*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Armênio Amdo Editor, 1951.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura de Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LOEWENSTEIN**, Karl. *Teoria de Constitution*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.
- MENDES**, Gilmar Ferreira; **MÁRTIRES COELHO**, Inocêncio; **GONET BRANCO**, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo/Brasília: Saraiva/IOF, 2007.
- RIBEIRO**, Manoel. *O Município na Federação*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959.
- ROMANO**, Santi. *Princípios de Direito Constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- SCHMIDT**, Carl. *Teoria de la Constitution*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1982.

VI

ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA



VI

---

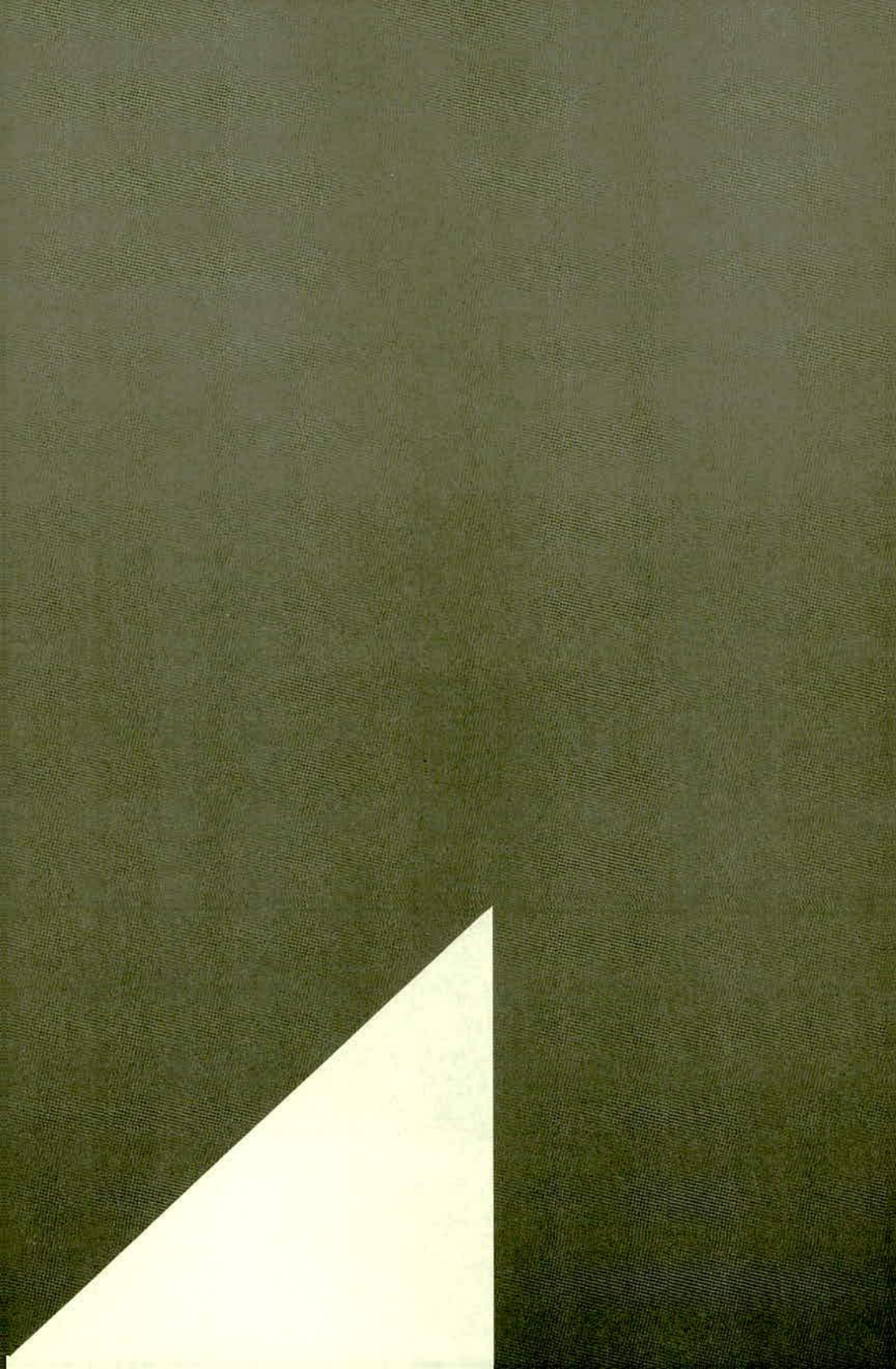
AVANÇOS  
NA LEGISLAÇÃO  
E NA GESTÃO  
COM PLANEJAMENTO

**ADILSON DE ABREU DALLARI**

---

Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Diretor da *Revista Trimestral de Direito Público*. Autor de *Aspectos jurídicos da licitação* (Saraiva, 6.ª ed., 2002), *O que é funcionário público?* (Brasiliense, 1989) e *De desapropriação para fins urbanísticos* (Forense, 1981).

---



## **INTRODUÇÃO**

---

Não é propósito deste estudo fazer uma análise detalhada da administração pública brasileira, comentando cada dispositivo constitucional pertinente. O objetivo visado é apenas apresentar uma visão panorâmica da estrutura e do funcionamento dos órgãos e das entidades integrantes dessa administração, destacando a evolução ocorrida ao longo do tempo e descrevendo como ela se encontra após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, das Emendas Constitucionais que foram, pouco a pouco, alterando sensivelmente a configuração inicial.

Na verdade, a história da administração pública no Brasil é uma triste história, que se iniciou com a institucionalização da corrupção, cujos reflexos são sentidos até nos dias atuais. De fato, nos tempos coloniais, os cargos públicos eram atribuídos aos nobres e apaniguados, não exatamente para trabalhar, mas, sim, como uma forma de obter recursos financeiros sem trabalhar, não havendo, propriamente, uma administração pública digna desse nome até a chegada da Família Real, em 1908. No período imperial continuaram a ser distribuídos privilégios, vantagens e facilidades, mas, pelo menos, algumas atividades administrativas, especialmente no período de Dom Pedro II, passaram a ser articuladas e desenvolvidas.

Na chamada República Velha, os nobres foram substituídos pelos coronéis, e os cargos e funções públicas, conferidos a determinadas pessoas por critérios puramente políticos. Nomear e demitir servidores eram atos que serviam para demonstrar o poder dos mandatários políticos e dos ocupantes dos cargos de natureza política. O interesse público era secundário e a corrupção continuou endêmica. Depois veio a ditadura Vargas, que efetivamente deu alguma solidez às estruturas administrativas, sem abrir mão das escolhas políticas para os cargos de maior relevância. No intervalo democrático iniciado com a Constituição de 1946 foi possível criar uma estrutura burocrática mais definida, com maior cumprimento à legislação ordinária esparsa, aplicável aos diversos segmentos, e com o início de uma jurisprudência coerente em matéria de direito administrativo.

A administração pública, no entanto, continuou patrimonialista (em benefício de alguns), e o período foi marcado pela debilidade dos partidos políticos e pelo personalismo exacerbado, que permitiu a volta de Vargas e o surgimento de figuras como Jânio Quadros e João Goulart, até que a desordem e o descontrole, tanto no âmbito político quanto no administrativo, levaram ao novo período ditatorial iniciado em 1964.

A ditadura militar foi marcada por um acentuado processo de estatização. O corpo central da administração pública ficou reduzido a cuidar de assuntos de menor relevância e a exercer atividades absolutamente indelegáveis. Os grandes investimentos, as obras públicas de maior vulto e os serviços públicos mais significativos foram entregues a um número absurdo de camaleônicas empresas estatais, muito ciosas de suas prerrogativas, por serem estatais, e mais ciosas ainda de suas liberdades, por serem empresas.

Na verdade, o quadro de favorecimentos, descontrole e irresponsabilidade perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, que restringiu a possibilidade de criação de novas empresas estatais, estabeleceu uma série de princípios e normas para a administração pública e abriu espaço para uma presença mais significativa da iniciativa privada na execução de serviços públicos.

Visando dar um fim a privilégios, perseguições, empirismo, descontrole, corrupção e irresponsabilidade, os constituintes de 1988 introduziram na Constituição Federal um capítulo específico sobre a administração pública, positivando, no próprio texto constitucional, especialmente no art. 37, alguns princípios que já existiam na doutrina do Direito Administrativo (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), e a prever a edição de

normas legais disciplinando a elaboração do orçamento público e o controle da execução orçamentária.

Vislumbrou-se, nessa ocasião, uma oportunidade de se atribuir eficácia concreta ao modelo burocrático de administração pública, mediante um rigoroso controle dos processos (por exemplo: concursos públicos e licitações), como forma de evitar abusos e assegurar a satisfação do interesse público.

Não resta dúvida de que o respaldo constitucional dado aos referidos princípios corresponde a uma significativa conquista democrática e, efetivamente, contribuiu para uma sensível melhoria dos costumes e das práticas e rotinas administrativas. Mas esse rigor formal gerou uma série de insatisfações, por significar uma diminuição do poder pessoal dos governantes, os quais passaram a orquestrar acusações no sentido de que isso impedia o desenvolvimento das ações governamentais.

Registre-se que essa nova ordem (que ainda permanece, em parte, no texto constitucional) nada tem de negativa. Em si mesma, não impede o regular funcionamento da máquina administrativa. Desde que corretamente entendido, e que se tenha em mente o caráter instrumental da administração pública, o modelo burocrático pode, sim, contribuir para a concreta satisfação dos interesses públicos.

Ocorre que, logo após a promulgação da Constituição Federal atualmente em vigor, o mundo mudou substancialmente. Em 1989 ruiu o império soviético, com a simbólica destruição do muro de Berlim, e desapareceu a bipolaridade dos tempos da Guerra Fria. O acelerado desenvolvimento tecnológico, em todos os setores, mais especialmente na informática e nas comunicações, possibilitou o surgimento de múltiplos polos de desenvolvimento econômico e social.

Atualmente, não é possível ignorar o fenômeno da globalização. Não faz sentido combater a globalização, que não pode ser enfocada apenas em seu aspecto econômico, para qualificá-la como neoliberal, de interesse dos países cênicos, e atribuir-lhe a culpa pela exclusão social nos países periféricos.

Ao longo da história da humanidade já ocorreram outros fenômenos semelhantes, com acentuadas repercussões nas relações sociais e nas instituições. No século XVI, as navegações alteraram profundamente a geografia econômica e, totalmente, a ordem reinante na Idade Média. Nos séculos XVIII e XIX, a primeira e a segunda revolução industrial, com a introdução da máquina a vapor, da eletricidade, do motor a explosão e do telégrafo (para

mencionar apenas algumas coisas), modificaram completamente a geopolítica, as relações sociais e econômicas, o ambiente cultural e, necessariamente, as instituições jurídicas.

No século XX, a terceira revolução industrial, com a introdução da informática e o formidável desenvolvimento das comunicações, provocou alterações ainda mais acentuadas do que as referidas acima, com algumas inegáveis consequências negativas, mas com um evidente saldo positivo.

A disseminação da informação, permitindo que as pessoas em geral, de todas as partes do mundo, tomem conhecimento do que ocorre internacionalmente, acarretou, mesmo nos países periféricos e especialmente no Brasil, uma relevantíssima inclusão social com a inegável emergência da cidadania.

O enorme incremento das comunicações e da movimentação de pessoas e bens (especialmente recursos financeiros) em escala mundial obrigou a uma imediata e inevitável mudança de postura por parte dos juristas, que tiveram de olhar além das fronteiras de cada específico sistema jurídico para prestar maior atenção aos sistemas de outros países. Independentemente de qualquer avaliação que se possa fazer da globalização, é certo que não há mais como ignorar as relações jurídicas em escala internacional, dando ensejo a que se cogite sobre um direito global.

No Brasil, experimentou-se um significativo processo de urbanização, caracterizado pelo crescimento da população urbana em taxas mais elevadas do que o da população rural. O resultado disso é que as populações urbanas, maiores e mais informadas, passaram a ser mais exigentes e reivindicantes, fazendo com que a administração pública tivesse de se amoldar a essa nova realidade.

Nesse cenário, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 19/1998, considerada como o marco fundamental da reforma da administração pública, com a adoção do modelo gerencial, sobre o qual já tivemos oportunidade de afirmar o que se segue:

*A Emenda Constitucional 19, de 04/06/98, conhecida como "Emenda da Reforma Administrativa", trouxe profundas modificações à administração pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição, não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.*

*O modelo burocrático, sob cuja orientação foi criado e desenvolvido o ins-*

*tituto jurídico da licitação, representou um grande progresso com relação ao modelo patrimonialista de administração pública, que era centrado nos interesses dos dirigentes, dos governantes. No modelo burocrático o foco está na Administração, que precisa ser protegida contra os interesses dos administradores e dos particulares em geral, daí a rigidez das estruturas, a estrita legalidade e o controle do desenvolvimento das ações administrativas durante seu curso. No modelo gerencial essa desconfiança básica é substituída por uma confiança nos agentes: deles serão cobrados os resultados, para a obtenção dos quais são abrandados os controles de processo, são estimuladas as delegações de competência, as parcerias com a iniciativa privada e a adoção da consensualidade, pois o foco está no cidadão, destinatário das ações administrativas.*

*Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37, foi acrescentado expressamente o princípio da eficiência. É óbvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse pública, o formalismo deve ceder diante da eficiência.*

*Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados (Dallari, 2007, p. 41).*

Evidentemente, essa alteração normativa não tem o condão de modificar a administração pública da noite para o dia, pois para isso seria preciso superar hábitos arraigados há muito tempo, além de ser necessário que se altere também paulatinamente a legislação ordinária disciplinadora de setores ou atividades específicas.

## DESESTATIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO

---

Na verdade, além da legislação ordinária, a própria Constituição Federal foi sendo alterada, por meio de emendas, com fiel observância dos requisitos procedimentais e dos limites materiais estabelecidos pela própria Constituição, sempre com intuito de diminuir a presença do Estado na economia e de aumentar a participação de capitais privados nos investimentos públicos. Não é o caso de se enumerar aqui tais emendas, sendo suficiente que se traga à tona a manifestação objetiva e incisiva de Odete Medauar, expondo, em síntese (síntese essa que não contemplou as honrosas exceções efetivamente existentes), as modificações havidas nesse sentido ao longo das últimas décadas:

*As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 1960 e 1970. Sua situação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se "cabides" de empregos e feudos de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e "déficits" que o Tesouro Público tinha de cobrir; este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil, há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com frequência, os problemas relativos aos "déficits", ineficiências, abusos e incontrolabilidade das estatais.*

*Surgiu, então, a partir da década de 1980, um movimento inverso, tanto nos países desenvolvidos, como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou áreas absorvidas pelo Estado. Diante desse quadro, esse movimento teve motivos pragmáticos, para liberar o Estado dos custos das estatais e arrecadar recursos, e motivos políticos, para criar nova dinâmica econômica, inspirada no exemplo inglês (privatizações da era Thatcher) e norte-americano. Esse movimento recebe nomes diversos: reforma do Estado, redução do setor público, desestatização, desregulamentação, privatização (Medauar, 1996, p. 102-103).*

Nessas mesmas páginas, a autora afirma que: "A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado".

Para melhor compreender a ocorrência desse fenômeno no Brasil, convém codificar ou esclarecer o significado de duas expressões: desestatização e privatização.

Nesse contexto, entenda-se por desestatização a alienação do controle acionário de muitas empresas estatais para a iniciati-

va privada, fazendo com que tais empresas deixassem de integrar a chamada administração pública indireta e passassem a integrar o setor privado da economia. Um exemplo claro desse processo é o da antiga mineradora Vale do Rio Doce, que livre das injunções políticas se desenvolveu e cresceu enormemente.

Já a privatização deve ser compreendida como a entrega ao setor privado da execução de obras e serviços públicos, poupando a administração pública de custear os investimentos necessários e de cuidar da gestão. Na verdade, em razão dos desperdícios e desmandos de muito tempo, a administração pública não tinha mais capacidade alguma de investir em setores básicos e (salvo raras exceções) nunca teve possibilidade de gerir obras e serviços com rigor técnico e economicidade, em razão das inevitáveis ingerências políticas. Um exemplo bem claro disso é o setor rodoviário, que, com a privatização, passou a contar com uma rede de excelentes rodovias cuja construção e a operação ficaram a cargo de empresas privadas concessionárias.

Em síntese, o corpo central da administração pública passou a cuidar melhor daquelas funções indelegáveis, como é o caso da administração tributária, e, livre dos encargos executivos, obteve melhores condições para exercer o planejamento e controle das próprias atividades e daquelas cuja execução foi delegada ao setor privado da economia.

Delineado, apenas em grandes linhas, o panorama geral do estágio atual da administração pública, convém, agora, tecer considerações sobre certos dispositivos constitucionais que cuidam de alguns aspectos específicos de maior importância.

## **NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

---

A Constituição Federal cuida das licitações e das contratações administrativas em dois dispositivos: no art. 22, XXVII, ela estabelece a competência da União para expedir normas gerais de licitações e contratações para a administração pública em geral; e no art. 37 ela afirma que a realização de licitações deve ser a regra

geral para a escolha de contratantes com a administração pública (admitindo, portanto, que possa haver exceções) e já descreve os pontos principais a serem observados pelo legislador ordinário ao disciplinar as modalidades de procedimentos licitatórios.

Em cumprimento a esses dois dispositivos, foi editada a vigente lei de licitações e contratos, Lei n.º 8.666/1993, que é voltada precipuamente – mas não exclusivamente – para obras, serviços, compras, alienações e locações. Não obstante o próprio diploma se diga aplicável a qualquer forma de contratação da administração pública, ele, na verdade, está focado nos contratos nos quais, como regra geral (com exceção das alienações), o particular contratado proporciona algo para a administração pública e desta recebe a importância correspondente ao pagamento.

A partir da Lei n.º 8.666/1963, que recebeu a designação de “Estatuto das Licitações e Contratos”, as únicas modalidades de licitação admitidas no sistema jurídico brasileiro passaram a ser as seguintes: *concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão*. A mesma lei cuidou de delinear as fases da licitação, descrevendo a sequência de atos que configuram e identificam o procedimento licitatório.

Uma característica marcante da Lei n.º 8.666 é a questão do rigor formal, exatamente para atingir a finalidade de conferir eficácia ao princípio constitucional da isonomia. De fato, a lei em questão não admite tratamento diferenciado entre licitantes nem tolera qualquer comportamento diferente daquilo que consta do edital.

Entretanto, no que concerne a concorrências de âmbito internacional, sensível à nova ordem mundial e à necessidade de buscar recursos financeiros fora do Brasil, a Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 42, § 5.º, já admitia que

*[...] para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração.*

Mas a necessidade de resolver com a possível brevidade as carências em obras e serviços de infraestrutura obrigou a que se

desse tratamento adequado às concessões e permissões de serviços públicos, conforme o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Assim é que, pouco tempo depois, foi editada a Lei n.º 8.987/1995, a qual possibilitou um extraordinário desenvolvimento dos serviços públicos, principalmente nas áreas de transporte, energia e comunicações.

Quase dez anos depois, surgiram as parcerias público-privadas, criadas pela Lei n.º 11.079/2004. As chamadas PPP nada mais são do que modalidades especiais de concessão de serviços públicos. Nas concessões comuns, o concessionário obtém a remuneração do capital investido precipuamente mediante a cobrança de tarifas pagas pelos particulares usuários do serviço.

Nos termos do art. 2.º da Lei n.º 11.079/2004, a parceria público-privada é um contrato administrativo de concessão, no qual a sustentabilidade é garantida por meio de aportes do poder público, podendo apresentar-se sob duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa. Na primeira, o parceiro público proporciona parte dos recursos financeiros necessários aos investimentos. Na segunda, o parceiro público assume a condição de usuário direto ou indireto dos serviços, remunerando totalmente, nessa condição, os investimentos feitos pelo concessionário.

Dessa forma passou a ser possível somar os recursos do particular concessionário com os da administração pública concedente, permitindo a realização de obras e a execução de serviços insuscetíveis de serem remunerados apenas mediante a cobrança de tarifas dos usuários. Esses avanços, no entanto, não puderam atender às exigências, sempre crescentes, da administração pública, passando a ser necessário buscar um meio de conjugar recursos e disponibilidades de diversas entidades públicas para a realização de empreendimentos de interesse comum, o que deu origem aos chamados consórcios públicos.

Com fundamento no disposto no art. 241 da Constituição Federal e no exercício da sua competência para dispor sobre normas gerais de contratação em todas as modalidades, a União Federal editou a Lei n.º 11.107/2005, especialmente voltada para a criação dos consórcios públicos.

Nos termos do art. 3.º, os consórcios públicos serão constituídos mediante contratos precedidos de um protocolo de intenções celebrado entre seus componentes, o qual deverá ser aprovado por lei de cada entidade governamental envolvida. Conforme disposto no art. 6.º, cada consórcio público poderá ter a forma de:

**a //** associação pública, dotada de personalidade jurídica de direito público; ou

**b //** pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

A Lei n.º 11.107/2005 prevê, ainda, mais uma nova modalidade de contrato, o contrato de programa, que serve exatamente para definir as obrigações das partes consorciadas:

*Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.*

Cabe destacar que os consórcios públicos poderão ter um efeito multiplicador no tocante à captação e à aplicação de recursos para o desenvolvimento de atividades essenciais da administração pública, na medida em que poderão celebrar convênios, contratos e inclusive outorgar concessões, respeitadas as normas de direito público sobre licitações e contratos.

Essas novas formas de atuação da administração pública convivem com as formas tradicionais, operadas por meio de órgãos públicos integrantes do corpo central da administração, por meio de autarquias (entidades criadas por lei e dotadas de personalidade jurídica de direito público e prerrogativas estatais) e, ainda, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, que podem operar serviços públicos e podem, também, desenvolver atividades econômicas, mas apenas subsidiariamente, em casos de relevante interesse público, nos termos do art. 173 da Constituição Federal.

As empresas estatais ganharam na Emenda Constitucional n.º 19/1998, que acrescentou o § 8.º ao art. 37, a possibilidade de atuar com maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira, desde que celebrem com o poder público um contrato de gestão, no qual devem ficar estabelecidas metas de desempenho.

Isso tudo mostra que já começamos a tomar consciência de que a Emenda Constitucional n.º 19 introduziu definitivamente o modelo gerencial na administração pública. Essa emenda é um referencial, marcando a transição do modelo burocrático da administração pública para o modelo gerencial, que exige maior flexibilidade, maior dedicação, maior atuação do gestor público, que, por sua vez, tem o dever elementar de buscar eficiência nas atividades administrativas.

A adoção do modelo gerencial acarreta uma série de outras consequências, entre elas a maior aproximação entre a administração pública e os particulares, que, sempre que possível, devem trabalhar em conjunto, numa relação de colaboração, ou seja, em parceria.

Aquela administração pública rigorosamente formal, formidavelmente autoritária, assoberbada e quase sufocada por inócuos controles de processos, cedeu espaço a um Estado mais preocupado com os resultados, não hesitando em buscar colaboração para alcançá-los. Tal fato não representa, de forma alguma, a eliminação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia. Apenas, ressalta que tais valores precisam conformar-se a outros emergentes, especialmente ao princípio da eficiência.

## **DISTORÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

---

Os princípios acima referidos, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, são todos relevantes e devem ser fielmente observados pela administração pública, especialmente o princípio da legalidade, dado que o aparelho administrativo em seu conjunto deve atuar sempre em cumprimento à lei, na forma da lei e para atingir finalidades assinaladas pela lei.

O princípio da legalidade é uma imposição para a administração pública e uma garantia para o cidadão, dado que, conforme dispõe o art. 5.º, inciso II: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A expressão “lei” deve ser entendida em seu sentido estrito, como norma produzida mediante a soma das vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, que não se confunde com decretos e regulamentos.

A Constituição Federal, ao cuidar da estrutura e funcionamento do Poder Legislativo, deixa claro que cabe a este (onde estão os representantes dos vários segmentos do povo brasileiro) o papel primordial na produção da lei, cabendo ao chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, incisos III e IV, iniciar o processo legislativo, sancionar e promulgar as leis aprovadas pelo Legislativo, podendo expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei.

O Poder Executivo não legisla; ele pode expedir normas infralegais, dispondo sobre meios e modos de cumprimento da lei. Mesmo quando atua por meio das chamadas agências reguladoras, ele não pode alterar direitos fixados em lei. A regulação não significa ou envolve uma atividade normativa paralela à lei e com a mesma força da lei. Na verdade, a regulação se destina a propiciar a fiel execução de políticas públicas aprovadas em lei.

Quando tais políticas públicas devam ser desenvolvidas e efetivadas por meio de particulares atuando na qualidade de concessionários ou permissionários de serviço público, aí se terá o campo próprio para a atuação regulatória. Particulares, atuando como concessionários ou permissionários de serviços públicos, ficam sob dupla sujeição: a da supremacia geral, posta pela lei, como qualquer pessoa física ou jurídica, e a da supremacia especial, posta por meio de normas regulatórias, como executantes de serviços públicos destinados a implementar políticas públicas.

Mas o princípio da legalidade tem sido escancaradamente violado por meio da edição copiosa e indiscriminada de medidas provisórias. Nos termos do art. 62, somente em casos de relevância e urgência seria dado ao Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei.

A Emenda Constitucional n.º 32/2001, alterou a redação original do art. 62 e lhe acrescentou alguns parágrafos visando delimitar melhor as possibilidades de edição de medidas provisórias. Mas, mesmo assim, os abusos continuam ocorrendo, pois o Poder Legislativo não cumpre o seu dever de examinar, preliminarmente (antes de apreciar o conteúdo da medida proposta), se estão presentes os requisitos de relevância e urgência.

Na prática, por meio de medidas provisórias, o Presidente da República legisla sobre tudo, chegando ao absurdo (ou ao ridículo) de autorizar a si mesmo a praticar determinados atos. Por exemplo, nos termos dos incisos XIX e XX, do art. 37, a criação de empresas estatais e de suas subsidiárias, depende de autorização legislativa. Evidentemente, em tais casos jamais poderia ser emitida uma medida provisória para tal autorização, pois semanticamente qualquer autorização somente pode ser heterônima (alguém autoriza ao outro fazer determinada coisa – o significado elementar e fundamental do vocábulo “autorizar” não comporta uma autoautorização), mas, com a conivência do Legislativo, do Ministério Público e do Poder Judiciário, o Presidente da República, por meio de medidas provisórias, tem autorizado a si mesmo a praticar uma série de atos dependentes de prévia autorização legislativa.

Para que isso não paire no ar, como uma acusação infundada, confira-se a Medida Provisória n.º 520, por meio da qual o Presidente da República autoriza o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). No art. 2.º dessa MP, fica consignada uma autorização genérica para a criação de um número indeterminado de subsidiárias. Além da gritante inconstitucionalidade, destaque-se o absurdo: trata-se de uma autorização provisória, para criar algo permanente.

O princípio da legalidade é um divisor de águas e tem raízes no art. 2.º da Constituição Federal, que estabelece a chamada separação de poderes ou, mais exatamente, a especificação das funções próprias de cada ramo do poder público. Assim como o Poder Executivo não pode legislar, também os outros Poderes (Legislativo e Judiciário) não podem exercer funções típicas e próprias do Poder Executivo, consistentes em tomar decisões, nos limites da discricionariedade, sobre as prioridades ou o mérito de ações tipicamente administrativas.

Porém, se de um lado se observam omissões inaceitáveis em face da ordem constitucionalmente estabelecida, por outro lado, ocorrem excessos ou desbordamentos dos limites do controle de legalidade, configurando aquilo que José Afonso da Silva chama de "judicialismo":

*Chamamos judicialismo o movimento ou a prática que conduz o Judiciário a intrometer-se nas atividades da Administração Pública, a título de verificar a ocorrência de improbidade.*

*Preocupa, contudo, a possibilidade real de o Judiciário se imbuir da função de guarda da moralidade pública e, a pretexto de exercê-la, avançar ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência de atividades da Administração Pública. No âmbito municipal, isso já vem acontecendo de modo preocupante. Não se trata aqui da velha questão do governo dos juizes, mas de uma forma de controle de ações governamentais, que, por ir além da razoabilidade a que se há de ater a jurisdição, terá forte conteúdo político a entravar a atuação do governante" (Afonso da Silva, 1995, p. 147 e 149).*

Essa postura desbordante, que invade o mérito da atuação administrativa, é bastante estimulada por considerável número de membros do Ministério Público, conforme se pode observar nesta passagem de uma de suas mais notáveis integrantes:

*Na hipótese da propositura de ação civil pública, visando obrigação de fazer para a administração a implantação de um direito social, que pertence,*

*portanto, a mais de uma pessoa, podendo, mesmo pertencer a toda uma comunidade, o Juiz deverá dizer, então, qual é a obrigação da administração, o que muitas vezes implica em uma opção entre várias possibilidades, devendo o magistrado verificar, dentro dos ditames constitucionais e legais, qual delas causa maior benefício ou menor dano para a comunidade e seus integrantes, considerados quer individualmente quer coletivamente (Frischeisen, 2000, p. 106)*

Não há como aceitar a competência do Judiciário para decidir sobre prioridades da administração, pois isso viola o princípio da separação de poderes (ou, mais exatamente, de funções governamentais), agride o princípio representativo, não se coaduna com o planejamento democrático e desmantela todo o sistema de elaboração e execução orçamentárias.

## CONCLUSÕES

---

Em síntese, diante de tudo quanto foi aqui descrito, pode-se afirmar que a administração pública experimentou acentuados avanços qualitativos, tanto com a promulgação do texto original da Constituição Federal de 1988 quanto com as alterações que a ele foram feitas por meio de Emendas Constitucionais. Sem dúvida, com a adoção do modelo gerencial, a administração pública ganhou maior liberdade e maior desenvoltura, com vistas à obtenção de melhores resultados em sua atuação.

Deve-se observar, no entanto, que essa maior autonomia, especialmente quando da execução de obras ou da prestação de serviços por intermédio dessas novas formas de administração indireta, apresenta riscos de condutas condenáveis (pois a condescendência com a corrupção é fortemente enraizada em nossa cultura administrativa), exigindo também um aprimoramento dos órgãos de controle do exercício da função administrativa.

Não é o caso, neste estudo, de se proceder a um exame completo de todas as situações de risco. Por essa razão, em caráter exemplificativo, foram escolhidas aqui três áreas que já mereceram especial cuidado por parte do legislador, com a edi-

ção de leis mais adequadas a essa nova orientação da disciplina da gestão dos interesses públicos. Tais áreas são o desempenho de atividades instrumentais, internas, da administração pública, a gestão orçamentária e financeira e a disciplina do uso e ocupação do solo urbano, que foram objeto, respectivamente, de três importantíssimos diplomas legais: a lei de Processo Administrativo, Lei n.º 9.784/1999, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n.º 101/2000, e o Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/2001.

No tocante ao exercício das atividades instrumentais da administração pública, no processo de tomada de decisões em matéria tipicamente administrativa, os órgãos e entidades de controle podem perceber, corrigir e punir violações flagrantes da lei, que configuram arbitrariedades patentes, mas claudicam no tocante a formas mais elaboradas de desvios de conduta dos agentes da administração pública, como é o caso do desvio de poder.

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder, violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

O desvio de poder nunca é confessado, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo especial cuidado por parte do Poder Judiciário, que deve examinar a adequação do ato praticado ao fim a que ele se destina. O desvio de poder exige algum refinamento, algum apuro, um especial cuidado, pois somente pode ser constatado, diante das circunstâncias do caso concreto, pela existência de um feixe convergente de indícios.

Por isso mesmo, é essencial que as decisões administrativas sejam tomadas mediante processos formais, em que fiquem registrados os passos percorridos, os elementos que serviram ao convencimento da autoridade. O "processo administrativo" é um tema que vem angariando reconhecimento cada vez maior quanto a sua importância, pois não é mais possível decidir sem, pelo menos, apontar as razões da decisão proferida.

A lei federal geral de processo administrativo, Lei n.º 9.784/1999, de observância obrigatória pela administração direta e indireta federal, mas que tem servido como paradigma para aplicação por analogia em outras esferas de governo, disciplina toda a tramitação processual, desde a instauração, passando pela

instrução, chegando à fase decisória, disciplinando os recursos cabíveis e explicitando os direitos processuais dos administrados e os correspondentes deveres das autoridades administrativas.

Merece especial destaque, para efeito do controle do desvio de poder, o disposto em seu artigo 50, o qual determina que os atos administrativos sejam motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, devendo a motivação ser explícita, clara e congruente.

Se o ato praticado não for devidamente motivado, se não for precedido de motivação explícita, não haverá como se proceder a uma verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. A falta de motivação é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação da nulidade do ato. Sem explicitação dos motivos é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder.

A forma mais segura para desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato. Por isso é que a motivação (explicitação dos motivos) deve ser prévia ou concomitante ao ato, pois, mais tarde, posteriormente, sempre será possível apresentar uma justificativa, mais ou menos consistente, muitas vezes se configurando como uma tentativa de justificar o injustificável.

Daí a importância do princípio da motivação, em qualquer processo administrativo, em qualquer tomada de decisão administrativa, inclusive e principalmente em matéria de licitações e contratos. Sobre esse assunto, na confortável companhia de Sérgio Ferraz, já tivemos oportunidade de salientar o seguinte:

*O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que levaram a tomar uma decisão. 'Motivar' significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados. Sem a explicitação dos motivos, torna-se extremamente difícil sindicá-los, sopesá-los ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Sem a motivação fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer, inclusive perante o Poder Judiciário. Não basta que a autoridade invoque um determinado dispositivo legal como supedâneo de sua decisão; é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos de sua decisão, pois, conforme a conhecida lição de Giorgio Balladore Palieri, no Estado de Direito não existe apenas a exigência de que a autoridade administrativa se submeta à lei; é essencial que se submeta também à jurisdição. (Ferraz e Dallari, 2007, p. 76)*

Em qualquer caso, porém, de alegação de desvio de poder, é dever do juiz esmerar-se no exame da consistência dos motivos invocados, não sendo suficiente apenas constatar que motivos foram apresentados.

No que diz respeito à gestão orçamentária e financeira, os preceitos constitucionais não são totalmente obedecidos e a elaboração do orçamento anual e sua execução, precipuamente quanto aos aspectos contábeis, continuam sendo regidas pela Lei n.º 4.320/1964, que, obviamente, não se ajusta plenamente à Constituição Federal em vigor e também nunca foi rigorosamente observada.

Felizmente, foi editada a Lei Complementar n.º 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, dispondo, com muita propriedade, sobre a gestão fiscal responsável, que pressupõe uma atuação planejada e transparente, visando assegurar o equilíbrio das contas públicas, e que disciplina os diferentes orçamentos públicos, a gestão financeira, o crédito público e a fiscalização de todas as atividades a isso relacionadas.

De certa forma, em síntese, pode-se dizer que a Lei de Responsabilidade Fiscal determina que os mandamentos da Lei n.º 4.320/1964 sejam interpretados em consonância com os preceitos da Constituição Federal e sejam, assim, efetivamente aplicados, especialmente no tocante à articulação entre orçamento e planejamento, de maneira a evitar desperdícios e descontroles.

Atualmente, com a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal já é possível evitar gastos públicos despropositados e, muito especialmente, conter o abuso do endividamento público, estabelecendo meios e modos para assegurar o cumprimento das normas constitucionais. É preciso, porém, observar que, em razão dos desmandos praticados no passado, as administrações públicas em geral não pagam regularmente os precatórios judiciais, não obstante as moratórias concedidas ao longo do tempo visando dar condições à solução desse problema.

Em síntese, agora já é possível evitar a repetição de práticas condenáveis que foram por tanto tempo toleradas. A gestão orçamentária e financeira está presa a um processo de planejamento que compreende até mesmo uma forma democrática de eleição de prioridades no uso de recursos públicos. Com efeito, atualmente, a elaboração da proposta orçamentária que o Executivo deve apresentar anualmente ao Legislativo é feita com observância das prioridades contidas na chamada Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Falta apenas que o Poder Legislativo, em cumprimento do que manda a Constituição e a Lei, comece a cobrar do Executivo a fiel realização das obras e serviços programados e que integram o orçamento. Enfim, a administração pública dispõe de meios para substituir o empirismo e a improvisação pela racionalidade e a economicidade, de maneira condizente com as novas formas de atuação administrativa.

Por último, com relação à disciplina do uso e ocupação do solo urbano, com base e por força do disposto no art. 182 da Constituição Federal, foi promulgada a Lei n.º 10.257/2001, denominada oficialmente como Estatuto da Cidade, que é um marco extremamente relevante para o controle do desenvolvimento urbano.

O Estatuto da Cidade, que tem por objetivo eliminar o caos urbano existente e a decorrente acentuada perda da qualidade de vida nas cidades, estabelece novos instrumentos de intervenção do poder público no processo de desenvolvimento urbano, sendo pródiga em assegurar meios de participação popular e formas de possibilitar a parceria entre a administração pública e particulares, que passaram a ser considerados como empreendedores imobiliários, coadjuvantes na realização do interesse público.

A evolução ocorrida nesses três setores, com a edição das leis acima referidas, mostra que o abrandamento dos controles meramente formais e sua substituição pelos controles de resultados pode levar a uma regularidade na atuação da administração pública, com a continuidade e a articulação de programas e projetos, em benefício da estabilidade das relações jurídicas ou da segurança jurídica.

Na medida em que se abandonam o empirismo e a improvisação e se fortalece o processo de planejamento, passa a ser mais clara a responsabilidade decorrente da quebra da confiança legítima, como muitas vezes aconteceu no passado, quando a administração pública simplesmente mudava de orientação, arruinando quem havia acreditado em incentivos e atos de fomento. Melhor que isso: certamente haverá maior coerência, constância e segurança nas ações administrativas.

No passado, confiar na administração era sempre uma aventura. Agora já se pode falar em administração concertada e em respeito à –boa-fé dos administrados. O princípio da legalidade continua sendo importantíssimo, mas deve ser temperado com o da segurança jurídica, o da estabilidade das relações jurídicas e, especialmente, o da boa-fé.

No passado era simplesmente impensável promover a responsabilidade do agente público pela insuficiência, inoperância ou má qualidade do serviço ou da obra. Atualmente, dada a relevância adquirida pelo controle dos resultados, metas e objetivos, passou a ser arriscado conferir atribuições de direção superior a apaniguados políticos, geralmente facciosos, despreparados ou mesmo corruptos.

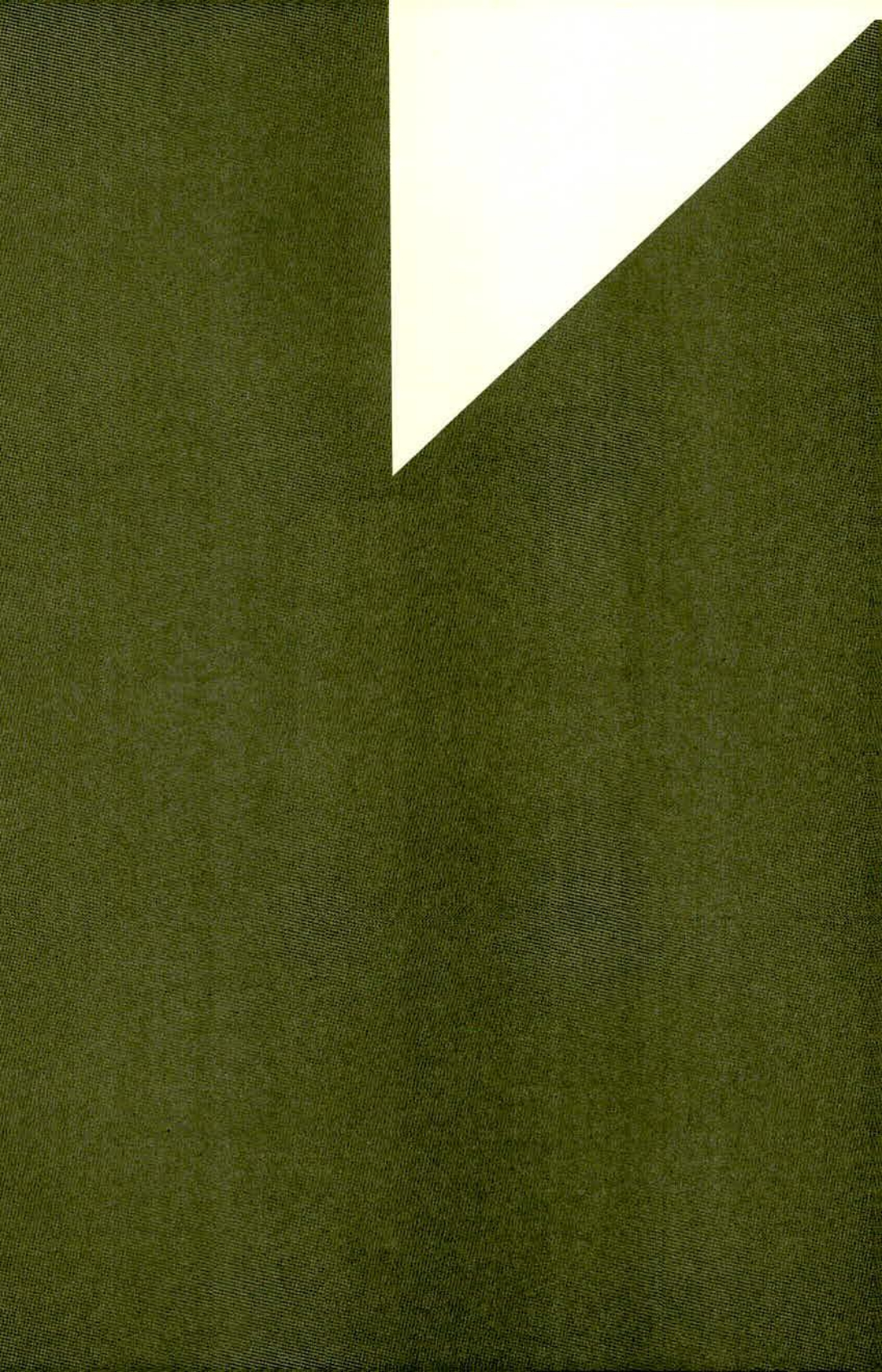
## **BIBLIOGRAFIA**

---

- AFONSO DA SILVA**, José. *Perspectivas das formas políticas*. Em Perspectivas do Direito Público. São Paulo: Del Rey, 1995.
- DALLARI**, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERRAZ**, Sérgio & **DALLARI**, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FRISCHEISEN**, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MEDAUAR**, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1996.

**VII**

PODER  
LEGISLATIVO



VII

---

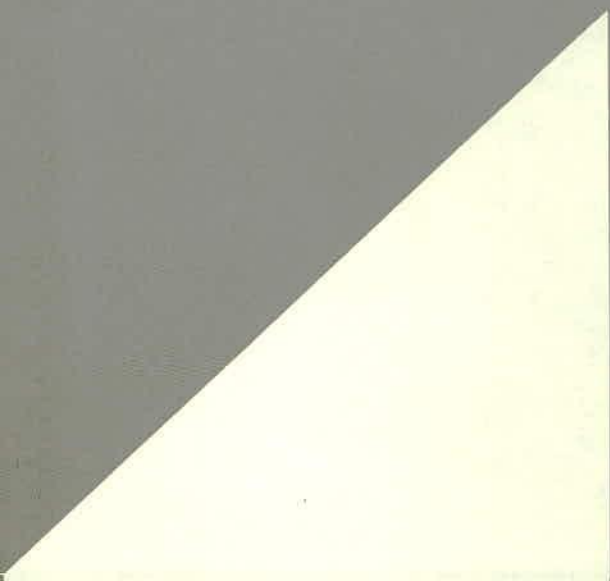
PODER LEGISLATIVO  
E FISCALIZAÇÃO DAS  
CONTAS PÚBLICAS

**RUY MARTINS ALTENFELDER SILVA**

---

Advogado. Presidente voluntário do Conselho de Administração do Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE), Presidente da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), Vice-Presidente da Academia Paulista de História (APH), Presidente da Fundação Nuce e Miguel Reale.

---



A Constituição Brasileira em vigor determina que o Poder Legislativo – no caso, o Congresso Nacional – deverá julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República. A Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – exige que os presidentes dos demais poderes prestem contas também ao Poder Legislativo. Fiscalizar o uso do dinheiro público é, pois, uma das principais atribuições do Poder Legislativo. Ao se omitir nesse julgamento, está descumprindo um princípio básico constitucional.

Até hoje, o Congresso Nacional não julgou as contas do ex-Presidente Fernando Collor, referentes ao período que vai de 1.º de janeiro a 29 de setembro de 1992. Passados quase vinte anos, o parecer que recomenda a rejeição da prestação de contas não foi votado. O mesmo se aplica à prestação de contas do ex-Presidente Itamar Franco de 29 de setembro a 31 de dezembro de 1992 (parecer favorável à aprovação). As contas do governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso também não foram votadas até hoje. Todas as contas do ex-Presidente Lula ainda estão para ser apreciadas pelo Congresso Nacional. Saliente-se que as contas do governo federal relativas ao período 2007-2009 não foram apreciadas pela Comissão Mista de Orçamento do Congresso, que é o início do processo de julgamento.

O Brasil dispõe de uma legislação rigorosa em matéria fiscal que obriga os chefes dos poderes a encaminharem prestações de contas anuais ao Legislativo, que lamentavelmente as recebe e não as aprecia.

O Congresso precisa exercer a sua prerrogativa de fiscalizar a aplicação do dinheiro público. O mesmo se aplica ao Poder Legislativo dos Estados e Municípios.

O tema traz à tona a questão das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais e dos Tribunais de Contas, objeto de análise recente deste autor, que a reapresenta aqui em razão da relevância da matéria.

O saudoso professor José Luiz de Anhaia Mello, que presidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no início da década de 1990, na apresentação do livro do acadêmico Célio Debes (*Tribunal de Contas: uma instituição*, edição comemorativa do centenário da criação do Tribunal de Contas no Brasil, 1990), referiu-se ao Tribunal de Contas como “esse desconhecido”. Classificou-o como um órgão *sui generis*, uma instituição centenária, “baloíça” desde sua fundação entre os Poderes do Estado. Anhaia Mello relata que há os que vislumbram o Tribunal de Contas como auxiliar do Poder Legislativo; os que o supõem como apêndice do próprio Poder Executivo e os que o incluem entre os órgãos do Poder Judiciário, além daqueles que o plasmam até como um quarto Poder.

No Estado de São Paulo, a competência do Tribunal de Contas, no que se refere à fiscalização, é exercida nos âmbitos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, no tocante às entidades da administração direta e indireta, às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público, quanto à legalidade, à economicidade, à aplicação de subvenções e à renúncia de receitas.

Na introdução do livro citado, Célio Debes menciona que, na instalação do Poder Legislativo no Brasil, brotou a ideia de um projeto precursor de criação de um Tribunal de Contas. Durante todo o regime monárquico, o Parlamento não aprovou a iniciativa. Foi preciso que a Nação atravessasse um período discricionário para que a ideia evoluísse. Decreto do governo provisório da República criou o Tribunal de Contas.

O Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, instituiu o Tribunal de Contas, competindo-lhe: “[...] o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e à despesa da República”. Competia-lhe, ainda: examinar mensalmente as contas relativas ao “movimento da receita e da despesa, recapitulando e revendo, anualmente, os resultados mensais”; con-

ferir esses resultados com os que o governo apresentasse; julgar, anualmente, “as contas de todos os responsáveis por contas”, sem distinção, outorgando-lhe quitação ou condenando-os a pagar e, quando não o cumpram, mandando proceder na forma de direito; fixar prazo aos responsáveis por dinheiro público para que apresentem suas contas, sob a pena que o regulamento estabelecer.

Ao Tribunal, era facultado delegar atribuições para serem executadas nos Estados “em primeira instância”, relativamente às contas de responsáveis por dinheiro público.

O Decreto não mencionava quem seriam os integrantes do Tribunal, dizia que o compunham os funcionários a quem se conferir voto deliberativo nas matérias submetidas à sua competência, nomeados pelo Presidente da República mediante aprovação do Senado. O órgão vinculava-se ao Poder Legislativo.

Criou-se, assim, nos primeiros momentos da República, o Tribunal de Contas. Ao se relegar à legislação suplementar sua organização, postergou-se sua instalação. A Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891 deu nova disciplina à matéria.

O Tribunal de Contas consagrou um sistema eclético de fiscalização. Em 1930, com o advento da Revolução, o Tribunal foi de novo afetado com a ditadura e a extinção do Poder Legislativo. Em 1934, a Nação consegue retornar ao regime constitucional com a promulgação da Carta de 16 de julho de 1934. O Tribunal de Contas retoma a plenitude de suas funções. Em 10 de novembro de 1937, implanta-se no País uma nova ordem. O Estado de Direito foi novamente abalado.

Como o Poder Legislativo não foi constituído, o chefe do governo é que discricionariamente aprovava suas próprias contas! As prerrogativas do Tribunal só voltariam com a Constituição de 1946.

O “movimento” de 1964 alterou profundamente a organização administrativa do País, mantendo a Federação, mas centralizando no plano federal a conduta dos Estados e Municípios, todos subordinados às diretrizes federais. Mais uma vez o Tribunal de Contas foi afetado. Com a promulgação da Carta de 1967, alterações substanciais ocorreram na área da fiscalização financeira e orçamentária.

A Constituição de 1967 foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, editada pelos ministros militares. Durante o recesso do Legislativo, determinado pelo Ato Complementar n.º 102, de 1.º de abril de 1977, foram incorporados ao texto da Constituição Federal dispositivos retirando do Tribunal de Contas o poder de julgar as aposentadorias, reformas e pensões, atribuindo-lhe tão somente a função do registro formal dos respectivos atos.

Assim, o Tribunal de Contas passou a ser classificado como órgão vinculado ao Poder Legislativo e teve suas atribuições ampliadas. A Constituição incorporou o princípio da Lei n.º 6.822, de 22 de setembro de 1980, segundo o qual as decisões condenatórias do Tribunal têm força executiva.

A Constituição legitimou qualquer cidadão, assim como partidos políticos, associações e sindicatos para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União. Prescreveu, ainda, normas a serem observadas pelos Estados e Municípios no tocante aos respectivos Tribunais de Contas.

Em São Paulo, a ideia de instituir o seu Tribunal de Contas vem do começo do século XIX. A Constituição do Estado de São Paulo de 1891 não cuidou do Tribunal de Contas. Na revisão constitucional, em 1901, o Congresso Estadual, convertido em Assembleia Constituinte, abordou o tema sem, no entanto, aprová-lo. Na nova revisão da Constituição Estadual, o tema foi aprofundado.

Sob o signo da Constituição Federal de 1946 e autorizado pelo Presidente da República, resquício da legislação discricionária ainda vigente, o interventor baixou o Decreto-Lei n.º 16.690, de 7 de janeiro de 1947, instituindo o Tribunal de Contas do Estado, constituído por três níveis distintos: Deliberativo, Instrutivo e Apresentação da Fazenda.

Com o advento da Constituição do Estado, em 9 de julho de 1947, o Tribunal de Contas foi inserido no capítulo “Da Fiscalização”, pertencente ao título “Da Organização Financeira”. Em 13 de maio de 1967, foi promulgada a nova Constituição Estadual e nela se insere uma seção dedicada ao Tribunal de Contas. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas foi editada pela Lei n.º 10.319, de 16 de dezembro de 1968.

O famigerado Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, em relação aos Tribunais de Contas, determinou que, estando em recesso as Câmaras Municipais, a fiscalização financeira dos Municípios que não possuísem Tribunal de Contas seria exercida pelo respectivo Estado. A Carta de 1967 estabeleceu que, nos Municípios, a fiscalização financeira e orçamentária ficava afeta às respectivas Câmaras, com auxílio do Tribunal de Contas do Estado. A criação de Tribunais de Contas Municipais ficou restrita aos municípios “com população superior a dois milhões de habitantes e renda acima de 500 milhões de cruzeiros”.

Com a extinção de todos os Tribunais de Contas Municipais, menos o da Capital de São Paulo (*art. 191 da Lei Municipal n.º 7.213, de 20 de novembro de 1968, substituída pela Lei n.º 9.167, de 3 de dezembro de 1980*), cresceram os encargos do Estado.

Como a Constituição da República de 1968 determinava a incorporação “ao direito constitucional legislado dos Estados” das disposições dela constantes, introduziu-se, em São Paulo, a Emenda Constitucional n.º 2, de 20 de outubro de 1969. O Tribunal de Contas passou a integrar o capítulo “Fiscalização Financeira e Orçamentária” e continuava a auxiliar a Assembleia Legislativa nas funções de controle externo.

## **LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

---

### **Primeira República**

#### LEI N.º 1.961, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1923

Elaborado por Gama Rodrigues e Júlio Prestes e calcado nos planos originais de Fontes Júnior, o projeto é aprovado, indo à promulgação e convertido em lei.

#### DECRETO DE 8 DE ABRIL DE 1924

Embora o art. 55 da lei declarasse que cabia ao Poder Executivo “organizar e instalar o Tribunal de Contas, dando-lhe o respectivo regulamento”, antes que essa providência se efetivasse, o *Diário Oficial do Estado* divulgava que, “foram nomeados os Srs. Drs. Jorge Tibiriçá, Álvaro da Rocha Azevedo, Joaquim Macedo Bitencourt, Alarico Silveira e Francisco Cardoso Ribeiro para exercer os cargos de ministros do Tribunal de Contas do Estado”.

#### DECRETO N.º 3.708-A, DE 6 DE MAIO DE 1924

Regulamenta o Tribunal de Contas pelo recém-empossado Presidente do Estado, Carlos de Campos.

#### LEI N.º 1.995, DE 18 DE DEZEMBRO DE 1924, DECRETO N.º 3.789, DE 13 DE JANEIRO DE 1925, E DECRETO N.º 3.839, DE 17 DE ABRIL DE 1925

Por iniciativa do deputado Azevedo Júnior, foi apresentado um projeto modificativo da Lei n.º 1.961/1923 e que reorganizou o Tribunal de Contas. Por meio de decretos, também reestruturou-se a Secretaria da Fazenda e Contas.

### **Da Revolução de 1930 ao Estado Novo**

#### DECRETO N.º 4.793, DE 12 DE DEZEMBRO DE 1930

O interventor federal expede decreto extinguindo o Tribunal de Contas com a justificativa de que o Tribunal não cumpria com a finalidade para a qual foi destinado. Assim, restabeleceu-se o sistema anterior relativamente ao registro de pagamentos e à tomada de contas de responsáveis perante a Fazenda. Os ministros e os funcionários com mais de vinte anos de serviço público podiam requerer aposentadoria, os com menos tempo ficariam a disposição da Secretaria da Fazenda para eventual aproveitamento nas Secretarias do Estado.

A Constituição de 1934 restabeleceu o Tribunal de Contas da União, mas a do Estado de São Paulo, de 9 de julho de 1935, silenciou a respeito. Durante esse período político, os órgãos da administração dos Estados eram formados pelo interventor ou governador e pelo Departamento Administrativo, que, entre outras coisas, aprovavam projetos de orçamento e fiscalizavam a execução orçamentária do Estado, informando ao ministro da Justiça ou ao interventor, conforme o caso, as irregularidades havidas.

A fiscalização orçamentária era feita com a colaboração do Departamento do Serviço Público do Estado e mais tarde também pelo Departamento das Municipalidades, e a legislação que regia essas atividades eram os Decretos-Lei n.º 1.202 e n.º 5.511, ambos de 1945, sendo o primeiro posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 7.518 do mesmo ano.

### **Constituição Federal de 1946**

#### DECRETO-LEI N.º 16.690, DE 7 DE JANEIRO DE 1947

Instituiu o Tribunal de Contas do Estado, constituído por três corpos, o Deliberativo, o Instrutivo e a Representação da Fazenda, sendo o primeiro o Tribunal propriamente dito.

As funções do Tribunal compreendiam:

// o acompanhamento da execução do orçamento;

// o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos;

// a revisão das contas anuais da gestão financeira;

// o registro prévio das despesas relativas a aposentadoria, jubilações, reformas, montepios e outras pensões do Estado, dos

contratos, ajustes, acordos, de todos os atos que resultassem em despesa de qualquer natureza.

As decisões permitiam pedido de reconsideração, exceção feita à recusa de registro fundada em falta de saldo do crédito ou imputação a crédito impróprio, quando o veto era absoluto.

Além do julgamento das tomadas de contas, competia-lhe:

// impor multas e suspender os remissos e omissos e ordenar a prisão dos responsáveis com alcance julgado em sentença definitiva do Tribunal;

// julgar a legalidade das prisões decretadas pelas autoridades fiscais;

// fixar, à revelia, o débito de responsáveis retardatários na apresentação de suas contas;

// ordenar e levantar sequestros de bens;

// autorizar a devolução de cauções;

// passar quitações aos responsáveis por contas liquidadas;

// julgar os embargos opostos às suas decisões;

// expedir instruções às repartições, sobre prestação e tomadas de conta;

// emitir parecer prévio sobre as contas anuais do governo;

// apresentar à Assembleia Legislativa parecer sobre o exercício financeiro encerrado;

// responder às consultas formuladas pelos secretários de Estado a respeito de dúvidas sobre a execução de preceitos legais relativos ao orçamento, à contabilidade e às finanças públicas.

O representante da Fazenda promovia, instruía e requeria no interesse da Administração e da Fazenda na condição de “guarda da lei e fiscal da sua execução”, além de intervir em outros procedimentos.

#### DECRETO N.º 17.115, DE 12 DE MARÇO DE 1947

Aprovou o regulamento do Tribunal de Contas.

#### **Constituição Estadual de 9 de julho de 1947**

O Tribunal de Contas é inserido no capítulo intitulado “Da Fiscalização” pertencente ao título “Da Organização Financeira”.

Foi elevado para sete o número de ministros, nomeados pelo governador mediante aprovação da Assembleia, e todos equiparavam-se aos desembargadores do Tribunal de Justiça. A fiscalização sobre a execução orçamentária se operava diretamente ou por delegações criadas por lei; os contratos ficavam sujeitos ao registro prévio; a negativa de registro seria absoluta por falta de saldo ou utilização de crédito im-

próprio. Fora dessas hipóteses, o governador podia promover o registro sob reserva, com recurso *ex officio* para a Assembleia.

As contas do governador obedeciam aos ditames do Decreto-Lei n.º 16.690.

LEI N.º 1.666, DE 31 DE JULHO DE 195

Reorganizou o Tribunal, mantendo sua composição anterior e declarando que funcionam junto a ele a Procuradoria da Fazenda do Estado, como serviço autônomo, e a Secretaria, como parte integrante de sua organização.

LEI N.º 6.816, DE 22 DE JUNHO DE 1960, REFORMADA PELA LEI N.º 6.864, DE 13 DE AGOSTO DE 1960

De modo geral, as atribuições e a competência do Tribunal conservaram-se as mesmas, assim como sua composição e sua administração.

**Constituição Estadual de 13 de maio de 1967**

Cria uma seção dedicada ao Tribunal de Contas. Passa a ser integrada por onze ministros, nomeados pelo governador, com prévia aprovação da Assembleia, com garantias, direitos e prerrogativas iguais aos desembargadores da Justiça. Quanto à competência, o Tribunal dividiu-se em Seção Estadual, Seção Municipal e Seções Conjuntas.

A) LEI N.º 10.319, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1968

Lei Orgânica do Tribunal, subordinada aos princípios enunciados na nova Constituição, com alterações dadas pela Lei n.º 3.202, de 23 de dezembro de 1981.

**Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968,  
e Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**

Em relação aos Tribunais de Contas, determinaram que, estando em recesso as Câmaras Municipais, “a fiscalização financeira dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas será exercida pelo respectivo Estado”.

Assim, as fiscalizações financeira e orçamentária sofrem alterações. Nos Municípios, a tarefa ficava afeta às respectivas Câmaras, com “auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência”. A criação de Tri-

bunais de Contas Municipais fica restrita às comunas com população superior a dois milhões de habitantes e renda superior a 500 milhões de cruzeiros (extinção dos Tribunais de Contas Municipais, menos o da capital de São Paulo). Os membros dos Tribunais de Contas do Estado tiveram seu número máximo fixado em sete, aposentando compulsoriamente os mais antigos (suspensão das garantias constitucionais), e sua denominação passou de ministros para conselheiros.

***Emenda Constitucional n.º 2, de 20 de outubro de 1969,  
modificando a Constituição de 13 de maio de 1967***

O Tribunal de Contas deixa de ser tratado em seção específica, passando a integrar a seção “Da Fiscalização Financeira e Orçamentária”, continuando a auxiliar a Assembleia no desempenho do controle externo.

LEI N.º 5.146, DE 30 DE MAIO DE 1986

Reduziu o mandato do Presidente e do Vice-Presidente de dois anos para um ano.

LEI N.º 6.142, DE 6 DE JUNHO DE 1988

Criou o cargo de corregedor.

RESOLUÇÃO N.º 4/1988

Aprovou a Instrução n.º 1/1988, criando seus Escritórios Regionais em Araçatuba, Bauru, Marília, Presidente Prudente, Ribeirão Preto e São José do Rio Preto.

***Constituição Federal de 5 de outubro de 1988***

Dedica ao Tribunal uma seção especial e o adapta ao modelo da União. Estabelece que a nomeação dos conselheiros compete ao governador e à Assembleia Legislativa, sendo dois indicados pelo Tribunal e quatro pelo segundo; mas o sétimo, alternadamente, uma vez pelo governador e duas pela Assembleia, de acordo com os mesmos critérios.

A missão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é fiscalizar e orientar para o bom e transparente uso dos recursos públicos em benefício da sociedade.

A criação de Tribunais de Contas Municipais ficou restrita aos Municípios com população superior a dois milhões de habitantes

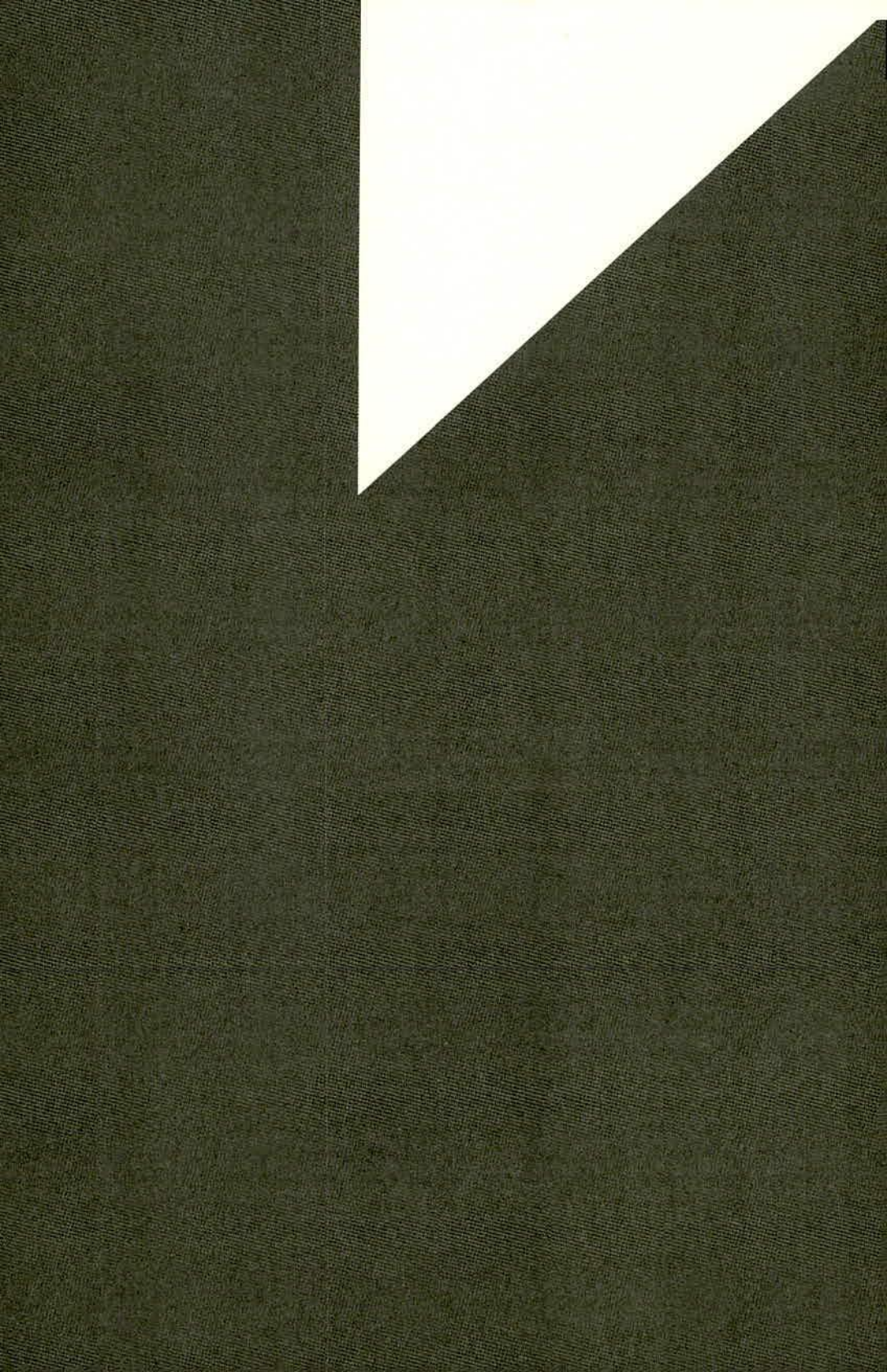
e renda superior a “500 milhões de cruzeiros” (*Ato Institucional n.º 5/1968 e Emenda Constitucional n.º 1/1969*); com a extinção dos Tribunais de Contas Municipais, menos o da capital de São Paulo).

## CONCLUSÃO

---

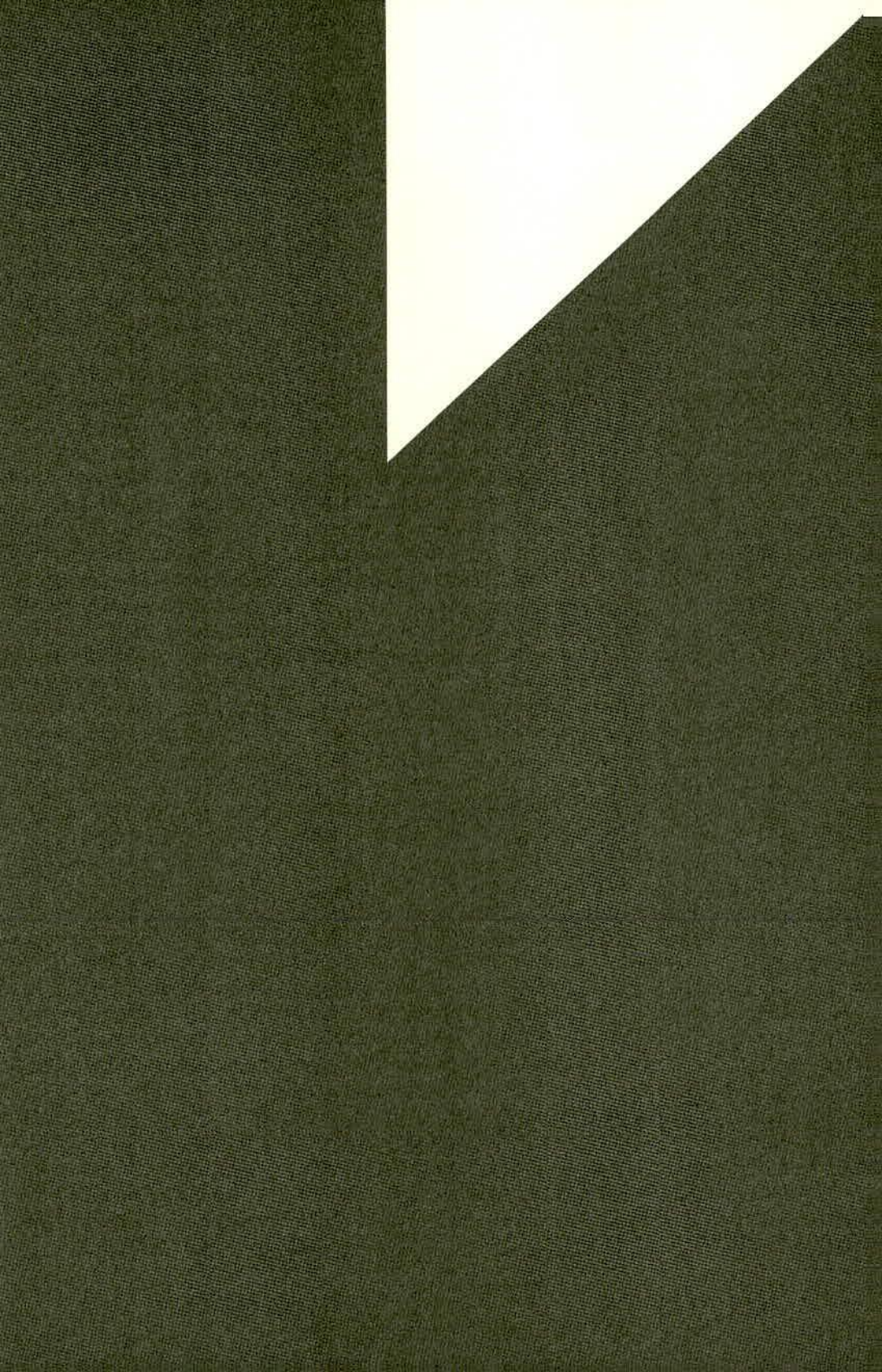
Pela importância de sua atuação como agente da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, endosso a opinião do competente acadêmico Célio Debes, segundo a qual os Tribunais de Contas se impõem como instrumento moralizador na gestão dos negócios públicos.

O crescimento significativo da população e a criação de novos Municípios, aliados à importância da fiscalização financeira e orçamentária das contas públicas, sinalizam o repensar na vedação da criação de Tribunais de Contas em Municípios com população superior a 500 mil habitantes e renda acima de um valor a ser discutido pela comunidade. Nesse sentido, é importante também discutir a missão do Tribunal de Contas, que a meu ver não deve ser mero auxiliar do Poder Legislativo, visto que fiscalizar e orientar para o bom e transparente uso dos recursos públicos deve ser tarefa de um órgão independente.



**VIII**

TRIBUNAIS  
DE CONTAS  
E FISCALIZAÇÃO  
DOS PODERES



VIII

---

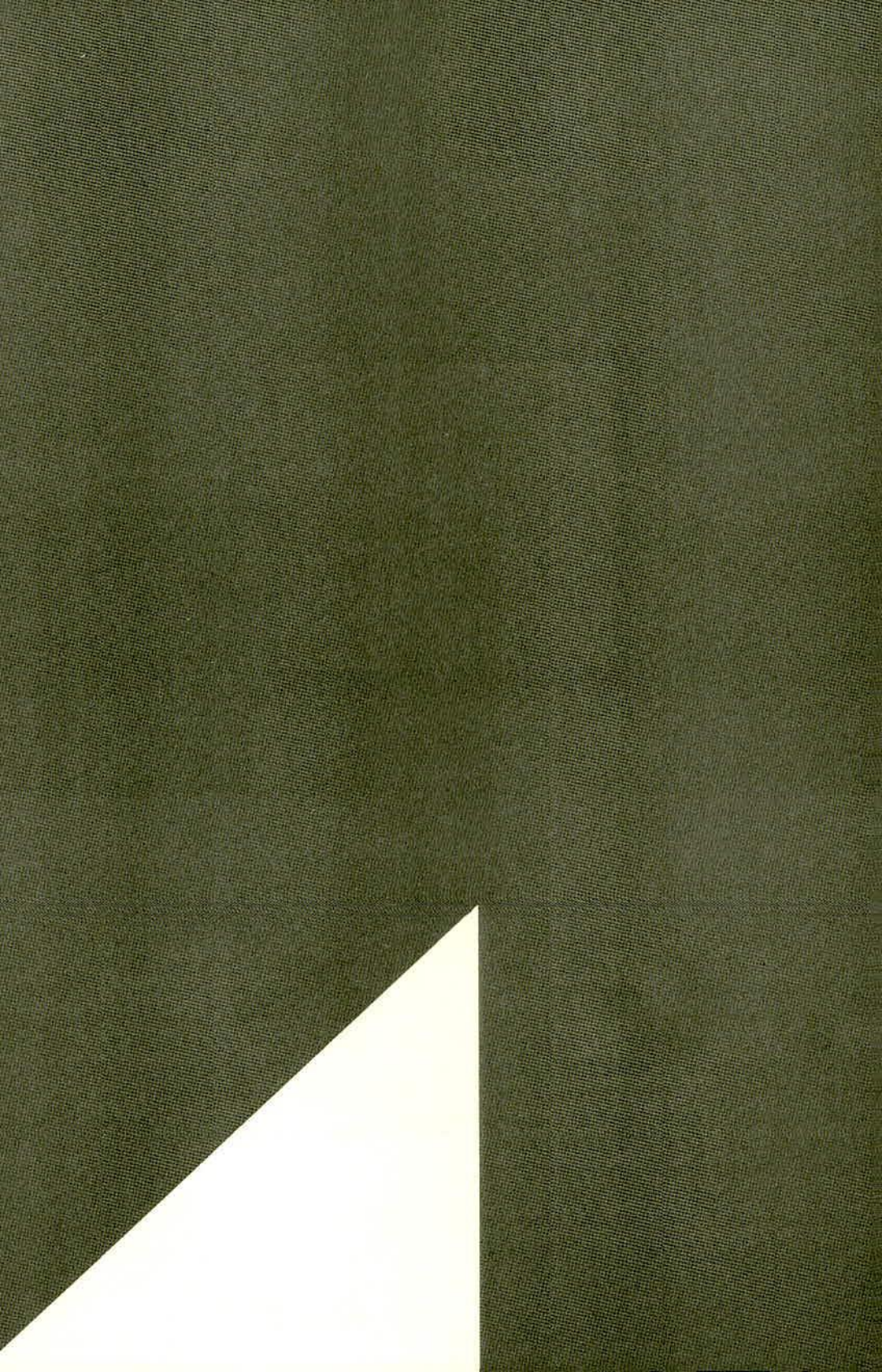
SERVIÇOS SOCIAIS  
AUTÔNOMOS:  
Princípios e regras  
constitucionáveis  
aplicáveis pelo TCU

**CARLA BERTUCCI BARBIERI**

---

Consultora Jurídica do Serviço Social do Comércio do Estado de São Paulo (SESC-SP). Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Autora do livro *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*.

---



## **APRESENTAÇÃO**

---

O presente artigo tem como objetivo apresentar o universo dos denominados serviços sociais autônomos e as necessárias diferenças com relação à atividade de controle exercida pelo Tribunal de Contas da União, as quais devem ser aplicadas a esse universo, para que não seja violada a força normativa da Constituição.

Para que esse objetivo seja alcançado, o presente artigo buscará responder às seguintes indagações:

**//** Quais os efeitos da aplicação de princípios constitucionais informadores de regime jurídico não aplicável aos serviços sociais autônomos?

**//** Qual a utilidade da classificação das pessoas jurídicas de direito privado criadas sob a forma de serviços sociais autônomos?

## MAPEAMENTO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS NO BRASIL

---

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado genuinamente brasileiras. Consistem, originariamente, em um tipo de pessoa jurídica que recebe influência tanto do mercado quanto do Estado, tendo sua constituição autorizada por lei como pessoa jurídica de direito privado. Quanto a este ponto, Pietro aponta que “[...] a União não os criou, mas apenas estabeleceu sua fonte de recursos, permitindo que eles cobrassem contribuições paraestatais. Quem efetivamente os criou foram as Confederações Nacionais do Comércio e a da Indústria” (Pietro, 2005, p. 206-207).

Essas pessoas jurídicas, ressalte-se, também originariamente, não assumem a forma de associação, tampouco de fundação. Apresentam configuração própria e peculiar. Farcy Scaff também adverte sobre a existência de:

*[...] entes paraestatais que não possuem tipo societário definido em nenhuma norma, mas que se configuram em entes do terceiro setor. O exemplo mais cabal desta espécie são os Serviços Sociais Autônomos, que, segundo a doutrina, devem ser criados por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições paraestatais (Scaff, 2001, p. 280).*

Recebem essa denominação o Serviço Social da Indústria (Sesi), o Serviço Social do Comércio (Sesc), o Serviço Nacional de Aprendizagem da Indústria (Senai), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), o Serviço Nacional do Transporte (Sest), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat) e o Serviço Nacional de Aprendizagem das Cooperativas (Sescoop).

Além desse rol, também denominado por entidades “S” e, mais comumente, “Sistema S”, destaquem-se ainda as entidades criadas mais recentemente sob essa denominação no plano federal: a Associação das Pioneiras Sociais – rede Sarah, por meio da autorização da Lei n.º 8.246/1991, Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex-Brasil), por meio da autorização da Lei n.º

10.668/2003', e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), por meio da autorização da Lei n.º 11.080/2004.

Tanto o art. 1.º da lei instituidora da Associação das Pioneiras Sociais<sup>2</sup> como os respectivos arts. 1.º das leis instituidoras da Apex-Brasil<sup>3</sup> e da ABDI<sup>4</sup> revelam a natureza jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com finalidade voltada para as áreas específicas de atuação, cooperando com o poder público. A primeira, para a promoção da assistência médica e qualificada gratuita; a segunda, para a execução de políticas de promoção de exportações, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos; e a última, para a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia.

No entanto, a criação de pessoas jurídicas sob a denominação de serviço social autônomo não se esgota no plano federal. Há exemplos nos planos estaduais e municipais e que em muito desnaturam a concepção de pessoa jurídica de direito privado com forte influência do mercado, já que foram criadas pelo governo, não tendo apenas a autorização estatal para sua criação, tal como nos "S" tradicionais.

No Estado do Paraná, talvez sob forte impulso da edição da Emenda Constitucional n.º 19/1998, a partir desse ano, tornou-se comum a criação de organizações sob a forma de serviços sociais autônomos. Como exemplo citem-se:

// a Ecoparaná (Lei Estadual n.º 12.215/1998);

// a Paraná Tecnologia (com autorização para criação pela Lei Estadual n.º 12.020/1998, e com criação pelo Decreto Estadual n.º 4.634/1998 e posterior extinção recomendada pelo Decreto n.º 1.952/2003)<sup>5</sup>;

// a Paranacidade (Lei Estadual n.º 15.211/2006);

// Parana Previdência (Lei Estadual n.º 12.398/1998);

// Paraneducação (Lei Estadual n.º 11.970/1997).<sup>6</sup>

Ainda no plano estadual, pode-se citar a recente criação da Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade – Investe São Paulo, que teve autorização para sua criação pela Lei Estadual n.º 13.179/2008 e criação pelo Decreto Estadual n.º 53.961/2009.

No plano municipal, podem-se citar:

// a Manausmed, pessoa jurídica de direito privado, criada sob a forma de serviço social autônomo, responsável pela gestão do plano de saúde dos servidores públicos do município de Manaus (Lei Municipal n.º 946/2006);

// o Hospital Alcides Carneiro (*Lei Municipal de Petrópolis/RJ de n.º 6.483/2007*);

// Instituto de Saúde dos Servidores Públicos de Varginha (ISA/VG) (*Lei Municipal de Varginha/MG n.º 3.758/2002*);

// Instituto Curitiba de Saúde (ICS) (*Leis Municipais de Curitiba n.º 9.626/1999 e n.º 9.712/1999*).

### **NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS AUTÔNOMOS: APRESENTAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO**

---

A partir desse diagnóstico de entidades tão heterogêneas, torna-se difícil a tarefa de formulação de um conceito comum a todo o grupo. No entanto, a Comissão Nacional de Classificações (Concla), órgão colegiado diretamente subordinado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, reuniu como características comuns aos serviços sociais autônomos:

#### *NATUREZA JURÍDICA*

*Notas Explicativas – Natureza Jurídica 2003.1 (Atualizada pela Resolução Concla n.º 1, de 28/12/2005)*

*307-7 Serviço Social Autônomo*

*Esta Natureza Jurídica compreende:*

*// as entidades pertencentes ao “Sistema S”: Senai, Sesi, Senac, Sesc, Senat, Sest, Senar, Sebrae, SESCOOP, etc.*

*São características dos serviços sociais autônomos:*

*// são criados ou autorizados por lei;*

*// são pessoas jurídicas de direito privado;*

*// são destinados a ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais;*

*// são mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais;*

*// não têm finalidade lucrativa.*

Note que a Concla apenas citou expressamente as organizações que tradicionalmente começam com a letra “S”, contemplando as demais sob a forma de “etc.”.

Passa-se, agora, à análise de cada uma dessas características.

**1 // “são criados ou autorizados por lei”:**

Geralmente, os serviços sociais autônomos têm sua criação autorizada por lei, sobrevindo, posteriormente, um decreto com sua criação propriamente dita.

Aqui, portanto, deve-se diferenciar a autorização, que comumente vem por lei, e a sua respectiva criação por decreto.

**2 // “são pessoas jurídicas de direito privado”:**

Essa característica não se discute, tendo em vista que já vem definida em lei e repetida em decreto, além de ser reconhecida claramente pela jurisprudência.

**3 // “são destinadas a ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais”:**

Essa característica consegue congrega duas grandes áreas de assistência e ensino e o público-alvo dessas organizações, que contemplam não apenas categorias sociais como comerciários e industriários, mas também grupos profissionais como servidores públicos do município de Manaus.

**4 // “são mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais”:**

Esse traço característico é o que provoca os maiores reflexos em todas as áreas, sobretudo em julgamentos pelos Tribunais de Contas em todo o País.

A Concla muito bem apontou que essas organizações podem ser mantidas, não se excluindo aqui outras fontes de custeio, principalmente, por dotações orçamentárias ou por contribuições denominadas por parafiscais.

Sobre o tema da parafiscalidade, destaquem-se os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres:

*A parafiscalidade, portanto, não se confunde com a fiscalidade, nem as prestações parafiscais se identificam com os tributos, eis que constituiria autêntica contradictio in terminis falar em tributos parafiscais ou em “fiscalidade parafiscais”: o que é paratributário não pode ser tributário e o que é fiscal não pode ser ao mesmo tempo parafiscal (Lobo Torres, 2001, p. 166).*

Aquelas que são mantidas por dotações orçamentárias muito se aproximam da própria estrutura governamental e gerem dinheiro público. Já as que são mantidas por contribuições parafiscais se aproximam mais do setor econômico contribuinte, do mercado, até na forma da gestão dos recursos.

Como muito bem pontua o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, em parecer jurídico encomendado pelo Sesc e Senac de São Paulo (2007, p. 31-32), a doutrina estabeleceu determinados conceitos que, à força de repetição, se tornaram irrefutáveis, como é, por exemplo, o de parafiscalidade, filha da paraestatalidade, não mais aceitável no contexto da Constituição de 1988.

Sobre a questão da paraestatalidade, ensina o grande constitucionalista que o conceito de ente paraestatal sempre foi confuso; um conceito à procura de um objeto, de conteúdo próprio e de significação coerente. Lembrando os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, pontuou que esse incluía no conceito as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo poder público e os serviços sociais autônomos. Excluía as autarquias que ele identificava com as entidades estatais. Adverte o autor, no entanto, que a revisão posterior da obra de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 363), por terceiros, mudou sua concepção, fazendo-o entender como entes paraestatais apenas os serviços sociais autônomos e as organizações sociais (Lei 9.637/1998), todos com personalidade jurídica de direito privado.

Lembra também o ilustre constitucionalista que, para Eros Grau (apud Afonso da Silva, *s/d.*, p. 14), ao contrário, só são paraestatais as entidades dotadas de certas prerrogativas do poder público, ou seja, só as autarquias e fundações de direito público. Assim, para ele, embora não o tenha explicitado, os serviços sociais autônomos não se amoldam à expressão “entes paraestatais”.

Assim, se o serviço social autônomo se mantém com dotações orçamentárias do ente político que o criou, trabalha com recurso público e, portanto, deve se submeter a um regime jurídico misto entre direito privado e público. Para esse grupo de serviços sociais autônomos, deveria ser aplicado um regime jurídico muito semelhante ao das organizações sociais, que firmam contratos de gestão com o poder público, gerindo, portanto, recursos públicos.

Para essas organizações sociais, estabelece o parágrafo único do art. 6.º da Lei n.º 9.637/1998, que o contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada. E mais adiante, dispõe essa lei, em seu art. 9.º, que os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos públicos por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

No entanto, se o serviço social autônomo se mantém com receitas oriundas de denominadas “contribuições parafiscais”, que nem sequer integram o orçamento do ente político<sup>8</sup> que autorizou sua criação, então dev submeter-se a um regime jurídico estritamente de direito privado. Daí decorrem todas as questões que a seguir serão pontuadas com relação à aplicação inconstitucional de regime jurídico de direito público pelo Tribunal de Contas da União.

#### **5 // “não têm finalidade lucrativa”**

Essa característica é necessária apenas para diferenciar, no universo das pessoas jurídicas de direito, os serviços sociais autônomos das sociedades empresárias.

Após o breve esclarecimento acerca das características apresentadas pela Concla, verifica-se que essas foram capazes de congregiar o universo bastante heterogêneo do que se denomina serviços sociais autônomos.

Do conjunto apresentado, vê-se uma categoria mais antiga, aqui denominada serviços sociais autônomos tradicionais, já que idealizados pelo empresariado, com autorização legal para criação pelas Confederações respectivas, vinculadas, portanto, ao sistema sindical, com a instituição de sua principal fonte de custeio e aprovação de seus regulamentos por decreto presidencial. Essa categoria, bem como sua natureza jurídica e de seus recursos, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 por meio do art. 240: “Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”.

Essa norma constitucional, pois, reconhece e afirma, de um lado, serem os serviços sociais autônomos de natureza privada, e, de outro, o seu vínculo com o sistema sindical, que, aliás, goza da singular proteção e autonomia asseguradas pelo disposto no art. 8.º, I, da Constituição Federal: “Art. 8.º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

Também o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se deteve sobre a temática dos serviços sociais autônomos, ressaltando a sua natureza privada, interpretando-se o dispositivo a contrario sensu: “Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa aos Serviço

Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área”.

Aqui nessa categoria figuram tanto os serviços sociais autônomos pioneiros como o Sesi, Senai, Sesc e Senac, como os mais recentes criados após a Constituição Federal de 1988: Sest, Senat, Senar e SESCOOP, cuja principal fonte de custeio (contribuição compulsória) foi deslocada de entidades “S” já existentes para a mais específica à área de atuação do empresariado.

Fica excluído dessa categoria um único “S”: o Sebrae. Sua criação foi determinada pela Lei n.º 8.029/1990, que, no caput de seu art. 8.º desvinculou da administração pública federal o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (Cebrae), transformando-o em serviço social autônomo. E, para o custeio de suas atividades, a mencionada lei instituiu um adicional às contribuições até então existentes relativas aos serviços sociais autônomos pioneiros.

Mais recentemente, foram criadas a Apex e a ABDI. Serviços sociais autônomos voltados à promoção de políticas de exportações no Brasil e ao desenvolvimento industrial. Esses aqui se diferenciam dos denominados serviços sociais autônomos tradicionais por desenvolverem seus programas por meio de contratos de gestão firmados com a União, por meio de seus Ministérios específicos, mas principalmente por receberem, além dos adicionais às contribuições, como se verifica com o Sebrae, recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União.

Além dessa diferença de custeio de suas atividades, esses serviços sociais (Sebrae, Apex e ABDI) não se encontram vinculados ao sistema sindical, tendo suas respectivas leis instituidoras autorizado o Poder Executivo a criá-los. Assim, essas organizações não foram idealizadas pelo empresariado, mas pelo próprio poder público, para cooperação na promoção de políticas públicas voltadas para a exportação e desenvolvimento industrial e promoção da pequena e média empresa. Aqui para esses serviços sociais autônomos, apesar de não haver vinculação ao sistema sindical, a interferência estatal também encontra vedação constitucional, não no mesmo inciso I do art. 8.º, mas no inciso XVIII do art. 5.º de nossa Constituição Federal: “Art. 5.º XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Entre essas organizações e os serviços sociais autônomos tradicionais há, portanto, grandes diferenças no que se refere à

origem e à composição de suas fontes de custeio. E, em razão disso, entende-se que o tratamento a ser dado pelos órgãos de controle e, em especial, pelo Tribunal de Contas da União também deve ser diferenciado.

Foram apresentadas, portanto, duas grandes categorias de serviços sociais autônomos: a primeira denominada serviços sociais tradicionais, subdivididos entre os pioneiros e os mais recentes; e outra denominada serviços sociais autônomos não tradicionais, desvinculados do sistema sindical, subdivididos entre Sebrae, cuja principal fonte de custeio é a contribuição compulsória do empresariado, Apex e ABDI, que recebem, além da fonte de custeio referente à contribuição compulsória, dotações orçamentárias, firmando contrato de gestão com a administração pública federal e, por fim, por uma outra espécie de serviços sociais autônomos que surge e se diferencia do Sebrae, da Apex e da ABDI, por não receberem seus componentes adicionais às contribuições já existentes, mas por sua fonte de custeio ser predominantemente formada por dotações orçamentárias governamentais. É o caso da Associação das Pioneiras Sociais – rede Sarah e de todas as outras organizações já anteriormente mencionadas criadas nos planos estaduais e municipais e que se assemelham e muito às organizações sociais.

E, como toda a classificação somente merece existência se tiver utilidade, essa será comprovada a seguir.

### **DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS TRADICIONAIS, A NATUREZA JURÍDICA DE SEUS RECURSOS E O CONTROLE DE SUA APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

---

Apresentadas as características e a classificação dos serviços sociais autônomos, passa-se ao exame mais aprofundado sobre a natureza jurídica dos recursos dos serviços sociais autônomos tradicionais (Sesi, Senai, Sesc e Senac) e apenas para fins didáticos, serão utilizados exemplos voltados para a área de comércio, serviços e turismo.

Essas entidades foram criadas na década de 1940, fruto do protecionismo e da explosão dos direitos sociais, em especial do direito trabalhista. No entanto, foram idealizadas, inicialmente, antes de sua formalização e criação por lei, pelo próprio empresariado.

No caso do setor do comércio e serviços, as entidades representativas – Sesc e Senac – foram idealizadas em 1945 pelos próprios empresários desse setor econômico, com a finalidade de promover os direitos econômicos, sociais e culturais de seus empregados. A idealização está firmada na denominada Carta da Paz Social, formulada na Conferência Nacional das Classes Produtoras, realizada em Teresópolis (Bastos, 2003, p. 8).

Apresenta como grande parte de sua fonte de custeio uma contribuição compulsória, paga pelo segmento do empresariado ao qual suas atividades são primordialmente destinadas, que pode ser arrecadada pela própria entidade, mas que, na maioria das vezes, tem sua sujeição ativa transferida hoje à Receita Federal do Brasil. Esta funciona como mero sujeito ativo auxiliar, cobrando uma taxa de administração por seu recolhimento. É justamente essa taxa que reforça a natureza não tributária da contribuição, que apesar de compulsória, não se configura como tributo.

Sobre esse ponto se coloca a seguinte pergunta: existe taxa sobre tributo?

Assim, cai por terra a tese defendida por grande parte dos operadores do direito de que o traço característico do tributo seria a compulsoriedade. Como adverte o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, em parecer jurídico encomendado ao professor pelo Sesc e Senac de São Paulo (2007, p. 43), falta às contribuições destinadas a essas entidades o elemento atividade administrativa plenamente vinculada (lançamento), já que a própria natureza dessas contribuições não o comporta.

Por receberem essa contribuição compulsória<sup>9</sup>, mesmo que essa não integre o orçamento da União, suas atividades estão sujeitas a controle pelo Tribunal de Contas da União pelo próprio regimento contido em seus Regulamentos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que:

*[...] serviços sociais autônomos recebem, em repasse, contribuições arrecadas compulsoriamente de empresas, conforme se contempla no artigo 240 da Constituição.*

*A administração desses dinheiros públicos determina o controle de contas previsto no artigo 70, parágrafo único, combinado com 71, II, da Constituição, valendo observar que o julgamento das contas dos administradores*

*está estendido, expressamente, às “sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal”; desconsiderada aqui a impropriedade técnica da voz “instituídas”, pois o correto deveria ser “constituídas”, o dispositivo é indiscutivelmente vinculatório para os serviços sociais autônomos (Moreira Neto, 2007, p. 91-92).*

Assim, o que define a exigência de prestação de contas do uso de seus recursos ao Tribunal de Contas da União não é a natureza de seus recursos, como ocorre com as demais categorias de serviços sociais autônomos, nem sequer no mandamento contido no parágrafo único no art. 70 da Constituição Federal, por condicionar a prestação de contas à natureza pública dos recursos recebidos, mas a própria exigência regulamentar aprovada em decreto presidencial.

A Constituição Federal assim estabelece:

*Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.*

*Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.*

O parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, passou a exigir a prestação de contas, perante o Tribunal de Contas da União, também de pessoas jurídicas de direito privado, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos.

Assim, se os recursos empregados pelas entidades “S” tradicionais não forem classificados como públicos, mas privados de interesse coletivo, não há de se falar nem sequer do obrigatório controle de suas contas pelo Tribunal de Contas da União.

Essas entidades apresentam características muito peculiares, já que, mesmo tendo sido idealizadas pelo empresariado do setor econômico ao qual são dirigidas, sendo mantidas por contribuições compulsórias por ele arrecadadas, são controladas pelo Estado, dentre outras formas, por meio das atividades pelo Tribu-

nal de Contas da União. São dotadas de regras próprias e rígidas, em razão de sua principal fonte de custeio, mas tais regras nem sempre encontram equivalência com as regras de direito público.

E é justamente sobre esse ponto que são encontradas as maiores dificuldades perante o Tribunal de Contas da União, o qual não conhece pormenorizadamente as regras próprias dessas entidades, aplicando-lhes, muitas vezes, sob o manto dos princípios constitucionais estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal, regras aplicáveis somente à administração pública direta e indireta.

### **Os princípios constitucionais estabelecidos no caput do art. 37 e sua inaplicabilidade aos serviços sociais autônomos**

O caput do art. 37 da Constituição Federal traz como princípios informadores do regime jurídico de direito público: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte".

No entanto, preliminarmente ao estudo da aplicabilidade dos princípios constitucionais estabelecidos no caput do art. 37 aos serviços sociais autônomos tradicionais, também denominados aqui nesse trabalho por entidades "S" tradicionais, será analisada brevemente a diferenciação entre normas, regras e princípios.

Inicialmente, destaque-se que normas são gênero do qual regras e princípios são espécies.

Os princípios formam os vetores de um sistema, com o qual devem conviver harmonicamente. Nunca se deve respeitar um princípio em detrimento de outro. Todos devem ser respeitados, para a própria sobrevivência de um sistema.

Já quando se verifica um confronto entre regras, uma delas deve prevalecer perante a outra. N um sistema, uma regra sobrevive, é aplicável, em detrimento de outra.

Assim, tanto princípios quanto regras são normas, mas, por constituírem a base de um sistema, os princípios são colocados em um nível de hierarquia superior ao das regras Eros Roberto Grau, com muita clareza, nos ensina que:

*Aprendemos na Faculdade que existem normas e princípios jurídicos. Errado. Princípio é norma. Se princípio não for norma não tem nada a ver com o Direito. O Direito, digamos assim, é um universo de normas.*

*Então princípio é norma também. O sistema jurídico é uma ordem teológica de princípios. Eu diria que norma jurídica é gênero que compreende duas espécies: as regras e os princípios. Temos que ir além do que tem afirmado o Direito clássico e a doutrina brasileira sistematicamente. É a frase de Agustín Gordillo, que “violar um princípio é mais grave do que violar uma norma”. Não. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra – e por quê? Porque os princípios são normas que se colocam num plano distinto daquele em que se acham as regras. As regras não comportam exceção, é um “tudo ou nada”; já os princípios aceitam exceção (Grau, 1993, p. 183-189.)*

Feitas essas considerações, passa-se, então, ao exame da conveniência ou não das entidades “S” tradicionais aplicarem, em suas atividades, aos princípios inerentes à administração pública.

Mesmo não estando essas entidades inseridas no conceito orgânico de administração pública, quer direta ou indireta, por não integrá-las, os órgãos externos de controle impõem à entidade a aplicação dos princípios positivados no caput do art. 37 de nossa Constituição Federal, os quais informam o regime jurídico de direito público ou administrativo, ao qual essas entidades, por serem pessoa jurídica de direito privado não integrantes da administração pública, direta ou indireta, não estão sujeitas.

Por serem essas entidades privadas e por não estarem incluídas no rol do caput do art. 37 da Constituição Federal, não estão obrigadas a segui-los, apesar de já adotá-los em seus Regulamentos próprios, quer de forma explícita ou implícita.

No entanto, a partir dessa última assertiva, pode ser extraída a seguinte indagação:

Se as entidades “S” tradicionais já adotam os mesmos princípios constitucionais, em seus Regulamentos próprios, qual a vantagem, então, de que seja declarado expressamente que essas entidades não se encontram sujeitas aos princípios dispostos no caput do art. 37 da Constituição Federal?

Como aqui já exposto, os princípios são vetores informadores de um sistema. Desse modo, os princípios constitucionais afetos à administração pública são informadores do regime jurídico-administrativo, ao qual as entidades “S” tradicionais não se subsumem.

Por serem pessoas jurídicas de direito privado não vinculadas à estrutura da administração pública, obedecem a regime jurídico privado com regras próprias, dispostas em seus Regulamentos: regulamentos da própria entidade, regulamentos de pessoal, regulamentos de licitações e contratos, etc.

Mesmo apresentando esses Regulamentos princípios denominados de forma coincidente com os constitucionais do caput do art. 37, são informadores de regime jurídico privado, não se confundindo com os informadores do regime jurídico administrativo.

Nem sequer se pode argumentar que o regime jurídico aplicável às entidades “S” tradicionais seria predominantemente privado e parcialmente derogado, modificado, por normas de direito público, já que as regras constitucionalmente instituídas no rol do art. 37 dizem respeito apenas à administração pública direta e indireta.

Talvez grande parte da doutrina tenha chegado ao entendimento de que o regime jurídico aplicável a essas entidades seria público ou apenas predominantemente privado e derogado pelo público, em razão da adoção pela doutrina e pelo ordenamento jurídico brasileiro da expressão criada pelo direito italiano<sup>99</sup> referente às entidades paraestatais. Na visão de Maria Sylvania Zanella:

*Conforme demonstrado por Celso Antônio Bandeira de Mello (1968, p. 350), o termo foi empregado, pela primeira vez, no direito italiano, em um decreto-lei de 1924, para indicar a existência de certos entes paraestatais, ao lado das autarquias; para alguns autores, o que se quis abranger, sob essa designação, seria um tertium genus intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria uma pessoa semipública e semiprivada (Zanella Di Pietro, 1999, p. 306).*

Essa denominação mostra-se imprópria, já que atribui a falsa ideia de dependência dos trabalhos dessas entidades para com o Estado, levando à falsa conclusão da subsunção a um regime jurídico público ou, ao menos, privado e derogado pelo público.

O fato das leis instituidoras das entidades “S” tradicionais terem criado as contribuições compulsórias pagas pelo empresário não implica, necessariamente, que o regime jurídico aplicável deva ser o administrativo.

Quanto a esse ponto lembre-se, inclusive, que pode ser questionada a natureza dessa fonte de custeio, já que a Receita Federal do Brasil apenas recolhe a contribuição e repassa seus valores a essas entidades, cobrando por esses serviços.

Ressalte-se que a única ligação das entidades “S” tradicionais à União, de acordo com o seu próprio regulamento, encontra-se na sua obrigação de enviar à Presidência da República, anualmente, o seu orçamento.

Esse argumento, inclusive, reforça a inadequação do emprego da expressão “entidade paraestatal”.

Como visto, a aplicação dos princípios constitucionais insertos no caput do art. 37 acarreta a essas entidades o ônus de ter seu regime jurídico privado invadido progressivamente por regras estabelecidas em todo o texto constitucional referentes apenas à administração pública.

Essa aplicação incorreta do regime jurídico administrativo deve-se, em resumo, pela aceitação dos órgãos de controle externo das seguintes premissas falsas e impróprias: os serviços sociais autônomos são denominados há muito tempo pela doutrina como “entidades paraestatais” e os recursos públicos (oriundos de contribuição compulsória e arrecadada por órgão da administração pública) determinam a aplicação das regras estabelecidas no rol do art. 37 e no parágrafo único do art. 70, ambos da Constituição Federal.

A partir do momento em que as entidades “S” tradicionais concordam com a aplicação dos princípios constitucionais estabelecidos no caput do art. 37, concordam, automaticamente, com as regras não apenas por esse mesmo artigo estabelecidas, mas por outros esparsos no texto constitucional, tal como a referente ao parágrafo único do art. 70.

Mesmo contando os regulamentos próprios das entidades “S” tradicionais com a adoção de princípios informadores de seu regime jurídico coincidentes na nomenclatura com os da Constituição Federal, não informam o mesmo sistema, não produzem o mesmo conjunto de regras formadoras do regime jurídico aplicável.

É comum aos órgãos de controle exigir das entidades “S” tradicionais tratamento semelhante ao que é dado aos órgãos e entidades componentes da administração pública. Não fundamentam suas decisões expressamente nas regras estatuidas por essa administração, no entanto exigem a aplicação semelhante de seus comandos sob a égide da necessária aplicação dos princípios constitucionais do caput do art. 37.

O Tribunal de Contas da União deixou essa tendência expressa em diversas oportunidades. Um importante exemplo que não poderia deixar de ser mencionado se refere ao acórdão proferido pelo mesmo Tribunal, em sessão de 28/11/2006, no qual, partindo desse raciocínio quanto à aplicação dos princípios constitucionais concernentes à administração Pública decidiu que o Sesc não está livre da observância dos princípios constitucionais da administração pública, e que, justamente em respeito ao princípio da moralidade e o da economicidade, deve seguir o direcionamento do mercado e não o teto remuneratório constitucional

*(Acórdão n.º 3.441/2006, relator ministro Augusto Nardes).*

No entanto, registre-se que essa foi apenas a conclusão final a que chegaram os ministros participantes desse julgamento, já que, anteriormente, esse mesmo Tribunal, sob o mesmo fundamento dos princípios acima mencionados, havia exigido a aplicação da regra inserida no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal referente à observância do teto remuneratório federal aos servidores do Sesc.

Assim, depois da apresentação das razões recursais e do reestudo sobre a matéria, desoneraram o Sesc da observância da regra mencionada, mas não deixaram de enfatizar que essa entidade deve sim observar os princípios constitucionais da moralidade e o da economicidade, princípios informadores do regime jurídico administrativo.

O que se defende, no entanto, não é a inaplicabilidade dos princípios da moralidade e o da economicidade, os quais devem ser observados não apenas pelas entidades e órgãos integrantes da administração pública, mas também por todas as pessoas jurídicas de direito privado. Quer-se evitar, no entanto, que os órgãos de controle, sob o fundamento desses princípios constitucionais, passem a exigir a aplicação de regras informadas por esses aos serviços sociais autônomos tradicionais.

Destaque-se, no entanto, que sobre esse tema dos princípios aplicáveis às entidades "S", o próprio Tribunal de Contas da União, na Decisão n.º 907/1997 – Plenário, entendeu que essas entidades, na execução de suas despesas, devem adotar regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos. Assim, para essas entidades, esse Tribunal de Contas decidiu que estariam sujeitas ao princípio da legalidade, que aplicado aos serviços sociais autônomos significa a sujeição às disposições de suas normas internas, ao da moralidade, da finalidade, da isonomia, da publicidade, além do referente à vinculação ao instrumento convocatório, bem como o do julgamento objetivo.

Quanto a esse ponto se ressaltou, ainda, que o fato de essas entidades passarem a observar princípios gerais não implica a perda de controle por parte desse Tribunal, deixando esse apenas de realizar análise presa às formalidades processuais e burocráticas, passando a praticar o controle finalístico, voltado, portanto, à análise sobre atingir os objetivos da entidade na execução de suas despesas.

E aqui é que reside a utilidade da classificação dos serviços sociais autônomos.

Para os serviços sociais autônomos tradicionais, não devem ser aplicados os princípios informadores do regime jurídico administrativo, localizados no caput do art. 37 de nossa Constituição Federal, ao passo que para os não tradicionais, subdivididos em duas categorias, devem-se sim ser aplicadas algumas normas próprias do poder público, em razão da utilização de recursos públicos oriundos de dotações orçamentárias governamentais, subsumindo-se, portanto, à hipótese do parágrafo único do art. 70 de nossa Constituição Federal.

Dentre os princípios estabelecidos nos Regulamentos das entidades "S" tradicionais, destacam-se os explícitos do art. 2.º da Resolução n.º 1.102/2006 do Sesc, os quais são informadores dos certames licitatórios, quais sejam: legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade; vinculação ao instrumento convocatório; do julgamento objetivo e daqueles que lhes forem correlatos.

Esse grupo de princípios muito se assemelha aos cinco grandes princípios estabelecidos no caput do art. 37 de nossa Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ressalte-se que o presente artigo não pretende defender a inaplicabilidade de todo e qualquer princípio, já que o regime jurídico das entidades "S" tradicionais necessita, inclusive, da previsão de princípios informadores desse regime, mostrando-se essenciais à promoção de seus objetivos e missões.

O princípio da legalidade, previsto também no inciso II do art. 5.º da Constituição Federal, aqui geral a todos os cidadãos, impõe que o administrador público somente atue no que estiver expressamente autorizado em lei e em demais espécies normativas. Já os administradores das entidades "S" tradicionais apresentam como condicionante de sua liberdade ou vontade pessoal a obediência às suas normas estatutárias, que funcionam como verdadeiras leis para a organização. Mas é claro que a obediência ao princípio da legalidade para essas entidades não envolve apenas o respeito às suas leis instituidoras e aos seus regulamentos gerais, bem como outros regulamentos internos, mas evidentemente a todo o ordenamento jurídico, naquilo que lhe for aplicável, aplicando-se, ainda, o princípio implícito ao particular no ordenamento jurídico referente à licitude implícita.

Diversamente do administrador público, ao administrador privado é lícito atuar sempre que não estiver proibido, ao passo

que, na administração pública, a atuação está condicionada à permissão expressa legal.

O princípio da impessoalidade, voltado para a administração pública, determina que a atividade administrativa se destine a todos os administrados, sem a determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. A ação administrativa deve, portanto, desenvolver-se tendo em vista os critérios do bom andamento do serviço público, do melhor para o interesse público, estabelecendo-se, para isso, regras objetivas para a atuação do administrador.

Para as entidades "S" tradicionais só há vantagens na aplicação desse princípio, já que para que possa alcançar seu objetivo maior – bem-estar social – não deve atuar com vistas a prejudicar ou a beneficiar determinadas pessoas. Ressalte-se nesse ponto, também, que os próprios beneficiários das atividades prestadas pelas entidades "S" tradicionais também devem auxiliar as entidades na realização desse princípio, ao respeitar as categorias instituídas e a apenas exigir o que lhe for correspondente.

Exemplificativamente, esse princípio foi aplicado no Sesc, no momento da formulação das regras contidas nas denominadas "Normas Gerais para Habilitação no Sesc", aprovadas pela Resolução n.º 1.088/2005, as quais estabelecem, dentre outras regras, a classificação dos beneficiários do Sesc, os critérios para o atendimento preferencial, etc.

O princípio da moralidade, por sua vez, obriga a que o administrador atue não apenas com base em normas jurídicas, mas também com base em normas morais, éticas. A moralidade administrativa é composta por regras de boa administração, não apenas pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e função administrativa. A moralidade, a legalidade e a finalidade, juntas, constituem pressupostos de validade da atividade pública.

No âmbito da administração privada, o respeito ao princípio da moralidade não é diferente, mostrando-se, também, essencial à validade dos atos de seus administradores. Esse princípio, no Brasil, inclusive, é muito mais cobrado da iniciativa privada que da administração pública, já que esta passa por um longo período de descrença perante a sociedade. Assim, os administradores das entidades "S" tradicionais devem agir com honestidade, integridade e justiça, tal como se espera da administração pública.

O respeito ao princípio da publicidade não se mostra requisito essencial à validade dos atos administrativos, mas à

eficácia desses atos. Esse princípio propicia o conhecimento da conduta dos agentes da administração pública, trazendo transparência aos seus atos.

Esse princípio também é aplicado nas entidades “S” tradicionais, já que seus trabalhos são amplamente divulgados em seus Conselhos de Administração, que congregam representantes da sociedade, bem como perante todos os frequentadores, usuários e beneficiários.

O último princípio constitucional e mais novo, já que foi introduzido no texto constitucional com a Reforma Administrativa (Emenda Constitucional n.º 19/1998) – o da eficiência – teve inspiração nos modelos privados gerenciais de administração. Assim, quanto a este princípio, é claro que as entidades “S” tradicionais, por terem sua origem no empresariado, já o seguiam, mesmo antes de ser erigido à categoria de princípio constitucional.

O respeito a esse princípio para os serviços sociais autônomos tradicionais mostra-se como uma questão de sobrevivência e de legitimidade perante sua classe criadora: o empresariado.

Importante ressaltar que o respeito ao princípio da eficiência não deve ser buscado isoladamente, visando-se apenas aos resultados, pois esses devem ser sempre alcançados mediante procedimentos e motivações, sob pena de se produzir uma série de deturpações. Assim, nada mais vantajoso às entidades “S” tradicionais, desde que respeitem os procedimentos e respectivas motivações, que sigam o princípio da eficiência dentro de seus próprios contornos.

## **CONCLUSÕES**

---

Conforme demonstrado ao longo do texto do presente artigo, a aplicação de princípios constitucionais informadores do regime jurídico de direito administrativo vem enfraquecendo a força normativa da Constituição, a ponto de se chegar a concluir que dificilmente, quanto à temática serviços sociais autônomos e o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, essa força

normativa da Constituição será observada sem que o Poder Legislativo tenha que emanar enunciados capazes de direcionar a atuação desse órgão de controle.

O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, proposto em 2008, por grupo de notáveis juristas<sup>21</sup> lança luzes quanto a essa temática<sup>22</sup>. No entanto, também deixa de contemplar todo o universo criado ou cuja criação fora autorizada pelo Estado, deixando sem tratamento as pessoas jurídicas de direito privado criadas sob a forma de serviços sociais autônomos, porém sem vinculação ao sistema sindical<sup>23</sup>.

Após a apresentação da classificação dos denominados serviços sociais autônomos e de como os princípios constitucionais vêm sendo aplicados pelo Tribunal de Contas da União, concluiu-se que os serviços sociais autônomos tradicionais, por não receberem dotação orçamentária e por sua criação ser oriunda do próprio empresariado e de todas as consequências decorrentes dessas características, mereceriam do referido Tribunal a aplicação dos princípios informadores de seu regime jurídico de direito privado com aplicação de controle finalístico, tal como recomenda o mesmo Tribunal pela Decisão n.º 907/1997 do Plenário.

Quando a Constituição Federal traz, no caput de seu art. 37, os princípios informadores do regime jurídico de direito administrativo, esses devem ser aplicáveis, portanto, apenas à administração pública, sendo inviável o seu alargamento às pessoas jurídicas de direito privado, mesmo que essas estejam desempenhando um papel que deveria ser realizado pelo Estado.

A ampliação do rol de sujeitos de direito destinatários desses princípios produz incongruências jurídicas e, sobretudo, constitucionais, violando, sobretudo, o grande princípio constitucional implícito da segurança jurídica.

Assim, como adverte o jurista alemão Konrad Hesse (1991, p. 22), aquele que se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, principalmente o Democrático. No entanto, quem, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício enfraquece pouco a pouco a força normativa da Constituição, a qual não poderá ser mais recuperada. Isso acarreta a necessidade de promover frequentes revisões, sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política.

## NOTAS

<sup>1</sup> Essa agência foi criada em 1997 por decreto presidencial para atuar como gerência especial do Sebrae Nacional. Foi erigida, apenas em 2003, com a edição da lei apontada anteriormente, à categoria de serviço social autônomo (<http://www.apexbrasil.com.br>).

<sup>2</sup> "Art. 1.º: É o Poder Executivo autorizado a instruir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o poder público."

<sup>3</sup> "Art. 1.º: É o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex-Brasil), na forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o poder público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos."

<sup>4</sup> "Art. 1.º: Fica o Poder Executivo autorizado a instituir Serviço Social Autônomo com a finalidade de promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial, especialmente as que contribuam para a geração de empregos, em

consonância com as políticas de comércio exterior e de ciência e tecnologia.

§ 1.º O Serviço Social Autônomo de que trata o caput deste artigo, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, denomina-se Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI)."

<sup>5</sup> Por esse decreto, recomendou-se autorização legislativa para a extinção do Paraná Tecnologia, em razão da impossibilidade de manutenção do atual modelo de gestão da verba pública por entidade privada, não integrante da Administração Pública Estadual, violando frontalmente o comando constitucional do artigo 205. Por esse decreto, ainda, declarou-se a nulidade do contrato de gestão firmado entre o governo e essa organização.

<sup>6</sup> Sobre o Paranaeducação, foi proposta ADI 1864 PR pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, que julgou o pedido parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 19, § 3.º, e interpretação conforme à Constituição ao art. 3.º, I, e ao art. 11, IV e VII, todos da Lei Estadual n.º 11.970/1997, entendendo-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo Paranaeducação podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocada

ao Paranaeducação, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná.

#### EMENTA

Constitucional. Administrativo. Educação. Entidades de cooperação com a administração pública. Lei n.º 11.970/1997 Do estado do Paraná. Paranaeducação. Serviço social autônomo. Possibilidade. Recursos públicos financeiros destinados à educação. Gestão exclusiva pelo estado. Ação direta julgada parcialmente procedente.

1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE). Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida.

2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação

paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública: Educação.

3. A Constituição Federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

4. A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado. No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANAEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC n.º 19/1998.

5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível

ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 19, § 3.º da Lei n.º 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 3.º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná.

<sup>7</sup> Características retiradas da Tabela de Natureza Jurídica (versão 2003.1), atualizada pela Resolução Concln. n.º 1/2005 (disponível em <http://www.ibge.gov.br/concln/naturezajuridicadescricao2003.1.php?id=45>).

<sup>8</sup> Nos anexos da Lei n.º 4.320/1964 não há código de despesas públicas para as contribuições destina-

das aos "S". E não há que se falar em receita pública sem a correspondente despesa pública, já que são, logicamente, conceitos intercambiáveis. Há, como muito bem adverte o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, códigos para as receitas oriundas das contribuições destinadas a essas entidades. A do Sesc, por exemplo, vem sob o número 1210.35.00. Mas essas receitas não integram o orçamento da União. Existem esses códigos para que a Receita Federal do Brasil possa identificá-las e repassá-las, descontando-se a sua remuneração de 3,5% sobre o montante arrecadado às entidades destinatárias.

<sup>9</sup> A confusão quanto ao regime jurídico aplicável – direito público ou privado – advém também de leis e não apenas da doutrina. Como exemplo, cite-se a Lei n.º 4.320/1964, que equipara, em seu Título X – “Das Autarquias e Outras Entidades” –, entidades autárquicas, de regime jurídico de direito público, às entidades paraestatais de direito privado, considerando, mesmo com a capacidade tributária de arrecadação transferida aos serviços sociais autônomos, a receita como advinda de despesa de transferência de capital da União: “Art. 107. As entidades autárquicas ou paraestatais, inclusive de previdência social ou investidas de delegação para arrecadação de contribuições parafiscais da União, dos Estados, dos Municípios e

do Distrito Federal, terão seus orçamentos aprovados por decreto do Poder Executivo, salvo se disposição legal expressa determinar que o sejam pelo Poder Legislativo.

**Parágrafo único.** Compreendem-se nesta disposição as empresas com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao poder público.

Art. 108. Os orçamentos das entidades referidas no artigo anterior vincular-se-ão ao orçamento da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, pela inclusão:

I - como receita, salvo disposição legal em contrário, de saldo positivo previsto entre os totais das receitas e despesas;

II - como subvenção econômica, na receita do orçamento da beneficiária, salvo disposição legal em contrário, do saldo negativo previsto entre os totais das receitas e despesas.

§ 1º Os investimentos ou inversões financeiras da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, realizados por intermédio das entidades aludidas no artigo anterior, serão classificados como receita de capital destas e despesa de transferência de capital daqueles.

§ 2º As previsões para depreciação serão computadas para efeito de apuração do saldo líquido das mencionadas entidades.

Art. 109. Os orçamentos e balanços das entidades compreendidas no art. 107 serão publicados como complemento dos

orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal a que estejam vinculados.

Art. 110. Os orçamentos e balanços das entidades já referidas obedecerão aos padrões e normas instituídos por esta lei, ajustados às respectivas peculiaridades.

**Parágrafo único.** Dentro do prazo que a legislação fixar, os balanços serão remetidos ao órgão central de contabilidade da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, para fins de incorporação dos resultados, salvo disposição legal em contrário" (Grifos nossos).

<sup>11</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sergio de Andréa Ferreira.

<sup>12</sup> Estabelece em seu art. 72 que:

Art. 72. As entidades paraestatais devem observar os princípios de legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade, e atender às normas constitucionais, legais, regulamentares, estatutárias e regimentais aplicáveis.

§ 1º As entidades paraestatais não se submetem às normas das entidades estatais sobre contratação administrativa e servidores públicos, devendo adotar procedimentos próprios de gestão finan-

ceira, contratação e seleção de pessoal que assegurem a eficiência e a proibidade na aplicação de seus recursos, publicando anualmente suas demonstrações financeiras e prestando contas nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição, as quais devem ser apreciadas, pelo Tribunal de Contas da União, dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que lhes foi conferida por lei.

<sup>13</sup> Serviços sociais autônomos estão sendo definidos como:

Art. 71. Serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas criadas ou previstas por lei federal como entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e sujeitas ao disposto no art. 240 da Constituição.

## BIBLIOGRAFIA

---

**AFONSO DA SILVA**, José. Paraestatal – I. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 57. São Paulo: Saraiva, p. 23-55.

**BARBIERI**, Carla Bertucci. *Terceiro Setor: desafios e perspectivas constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

**BASTOS**, Celso Ribeiro & **CARVALHOSA**, Modesto. *As prestadoras de serviços e a contribuição devida ao Sesc: uma questão jurídica e de responsabilidade social*. São Paulo: Códex, 2003.

**CAL**, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

**DI PIETRO**, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5.ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

**GRAU**, Eros Roberto. "Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. Algumas Notas", *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 5, jan./mar. de 1993, p. 183-189.

**HESSE**, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

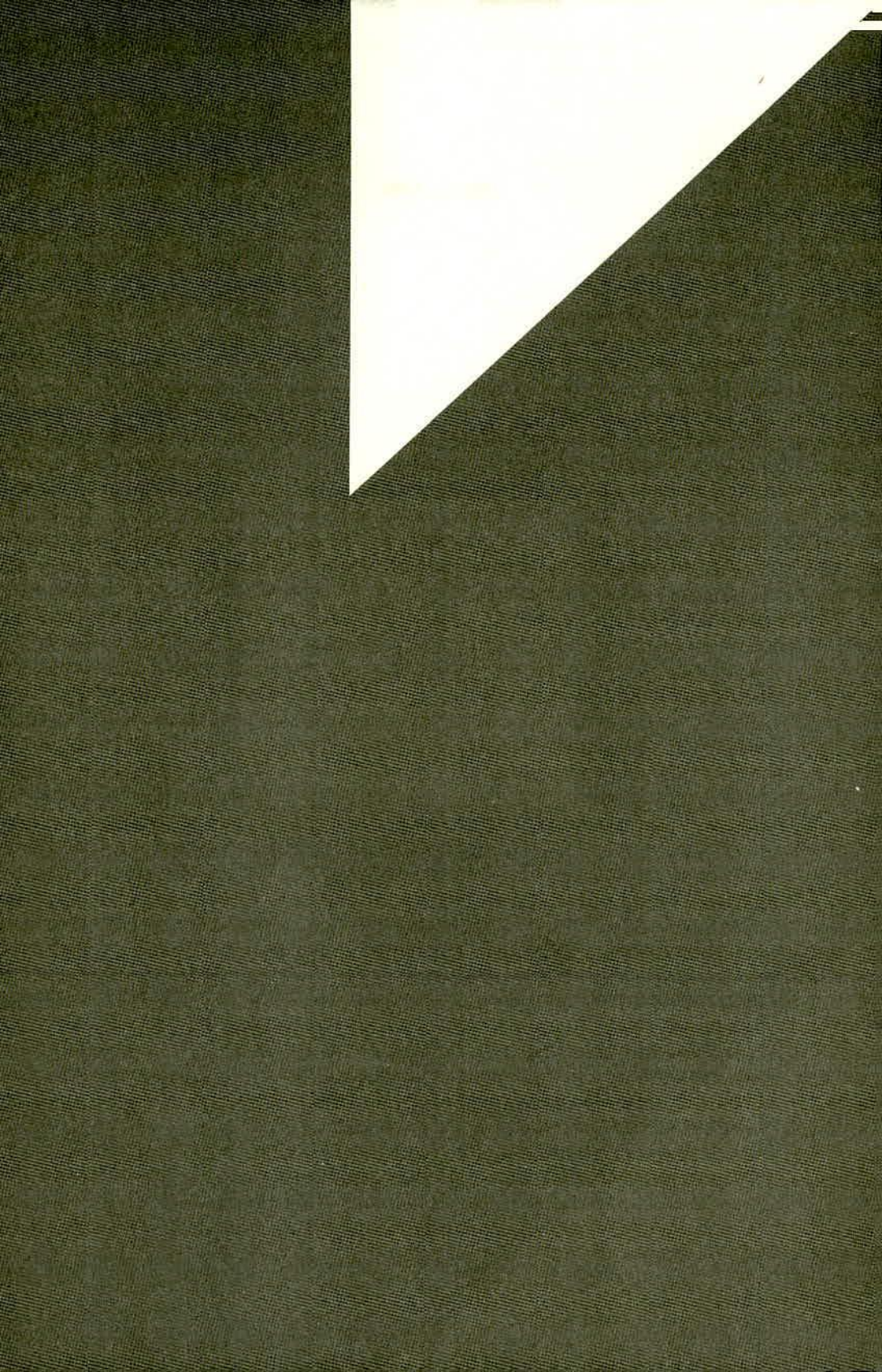
**LOPES MEIRELES**. *Direito administrativo brasileiro*. 29.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

**MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. *Revista de Direito Administrativo*, 2007, p. 91-92.

**SCAFF**, Fernando Facury. "Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado". Em *Revista de Direito Administrativo*, v. 225. Rio de Janeiro, jul./set. de 2001, p. 280.

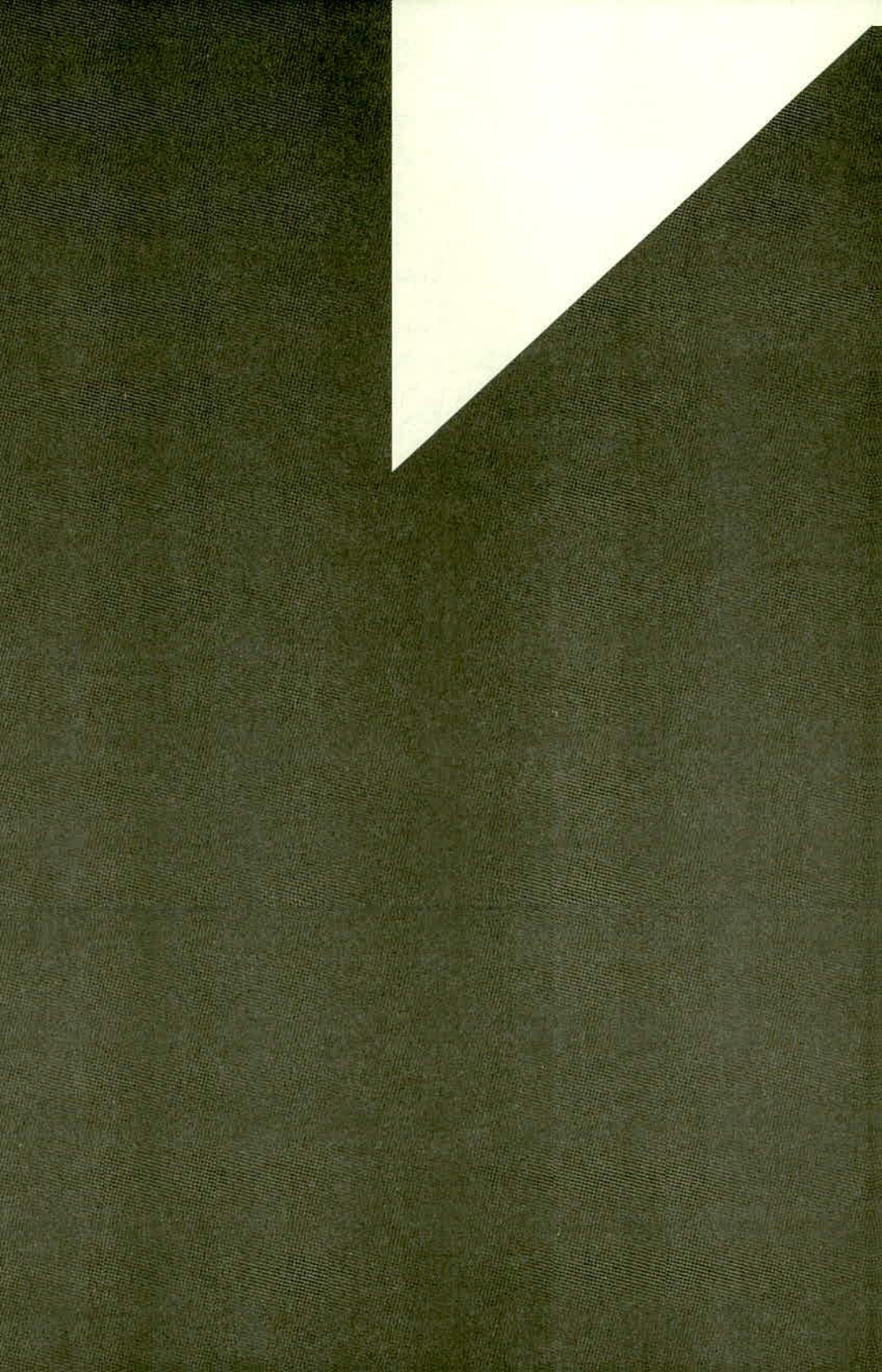
**TORRES**, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

**ZANELLA DI PIETRO**, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. 10.ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.



**IX**

PODER  
JUDICIÁRIO



IX

---

DIREITOS  
FUNDAMENTAIS  
E NOVAS ESTRUTURAS

**ROBERTO ROSAS**

---

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).  
Ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ex-membro do Conselho  
Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Membro da Academia  
Brasileira de Letras Jurídicas.

---



## **A CONSTITUINTE DE 1988**

---

Houve grande preocupação do constituinte no sentido de estabelecer o Judiciário de acordo com as linhas constitucionais anteriores, mas deixando o Supremo Tribunal Federal (STF) como guarda da Constituição e atribuindo-lhe a jurisdição constitucional por excelência, sem transformá-lo em Corte Constitucional na forma alemã ou italiana. Foi criado o Superior Tribunal de Justiça para a jurisdição infraconstitucional. Mantida a Justiça Federal com o Tribunal Regional Federal como segunda instância, e por lei, foram criados cinco tribunais adotando o critério regional.

Destaque-se na Constituição de 1988 uma ampla enumeração de direitos fundamentais conexos com a atuação do Judiciário, todos previstos no artigo 5.º: juiz natural, motivação da sentença, direito de ampla defesa, devido processo legal, ao lado das tradicionais ações constitucionais (mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção e ação civil pública).

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

A partir da Constituição de 1988, o recurso extraordinário tomou outra feição, porque houve nítida distinção entre a missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça (infraconstitucional) e do Supremo Tribunal (constitucional). Quando a Carta estipulava a precípua competência da Suprema Corte para a guarda da Constituição, quis afastar as questões não envolvidas com a apreciação do texto constitucional, deixando-as para o Superior Tribunal de Justiça no recurso especial. Daí a necessidade da alteração normativa do texto a resumir o recurso extraordinário à contrariedade a dispositivo constitucional, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgamento válido de lei ou ato de governo local contestado diante da Constituição, julgar válida lei local contestada em fase de lei federal. Vejamos a contrariedade (diverso de negativa de vigência).

Ser contrário é opor-se, ficar em posição diversa. Contrariar, no texto, é mais do que negar vigência, porque significa atentar contra o princípio, ou a concepção do texto, e não simplesmente forma de não aplicação da norma constitucional. Daí a redação diversa da hipótese do recurso especial.

Na outra hipótese, há declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. A decisão assim se direciona no exercício da faculdade prevista no artigo 97 da Constituição, isto é, por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Quando a lei ou o ato do governo local é impugnado em relação à Constituição Federal e o tribunal decide sobre essa questão, cabe o recurso extraordinário.

A Constituição ampliou o espectro do controle concentrado da constitucionalidade passando da representação do procurador-geral da República à ação direta de inconstitucionalidade. Significa a natureza jurídica de ação e, como tal, com partes, aquelas enumeradas no artigo 103. A competência para o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual é do Supremo Tribunal Federal (*art. 102, I, a*). Não se confundir com a representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal diante da Constituição Estadual, esta da competência do Tribunal de Justiça (*art. 125, § 2.º*).

A ação declaratória de constitucionalidade tem como finalidade um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal para

afirmação positiva de validade do texto legal. É de natureza de confirmação da lei, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, de natureza desconstitutiva (negativa).

Essa ação foi instituída pela Emenda n.º 3 à Constituição de 1988. Tem como legitimados o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados ou o procurador-geral da República.

Para não banalizá-la, essa ação somente pode ser proposta quando houver séria controvérsia com o texto em litígio. A decisão tem eficácia *erga omnes*, isto é, com caráter vinculante. Nada mais sendo discutido sobre a constitucionalidade da lei decidida nesse litígio.

O *habeas corpus* atendeu, em determinada fase histórica do Direito brasileiro, à proteção de direitos, não somente aqueles inerentes à liberdade individual. Assim ocorreu no período de 1924 a 1930, quando se sustentava a tese do *ubi jus ibi remedium*.

Com o advento da Constituição de 1934, criou-se o mandado de segurança, remédio rápido sucedâneo do *habeas corpus* e dos interditos possessórios, à semelhança do juízo de amparo do Direito mexicano e do *writ* do Direito norte-americano.

Assim expressou-se a Constituição de 1934 (art. 113, 33): “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo sempre ser ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes”.

As origens do mandado de segurança encontram-se no esforço inaudito de adaptação praticado pela jurisprudência do STF, buscando no *habeas corpus* os elementos essenciais à construção de um novo instituto jurídico.

A Lei n.º 221/1894 instituiu uma ação sumária especial com o fito do controle judicial dos atos administrativos. Seus resultados não foram os mais satisfatórios. Por isso, recorria-se ao *habeas corpus* como remédio expedido para amparar o direito líquido.

A Constituição de 1891 (art. 72, § 2.º) estabeleceu a concessão do *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Explicou Ruy Barbosa, em notável discurso proferido no Senado, que: “Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absoluta-

mente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*”.

A Constituição de 1988 prevê a ação de descumprimento de preceito fundamental que hoje está complementada por lei.

## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

---

Durante o período republicano (até 1946), cabia ao Supremo Tribunal o julgamento, em segunda instância, das causas de interesse da União, isto é, a apelação nessas causas. A Constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos para assumir essa competência, sendo instalado em 1947.

A Constituição de 1988 extinguiu o Tribunal Federal de Recursos, criando os Tribunais Regionais Federais para o exercício de sua competência (exceto mandado de segurança contra ministro de Estado e conflitos entre juizes subordinados a tribunais diversos). Foi instituído o Superior Tribunal de Justiça para recolher a competência infraconstitucional, quando atribuiu-se ao Supremo Tribunal a competência precípua de guarda da Constituição. Antes de tudo, compete-lhe o julgamento de causas. E, por isso, é importante o alcance dessa expressão.

A decisão deve ser definitiva ou de última instância, isto é, da qual não caiba mais recurso ordinário (como apelação julgada por maioria ou cabimento do recurso ordinário de embargos infringentes). Também pode ser decisão de única instância, como ocorre nos conflitos de competência, questão originária do Tribunal.

Não há reexame dos fatos e das provas. Essa apreciação é soberana das instâncias inferiores. Nada impede a qualificação jurídica da prova ou do fato. Se os fatos não levam ao supedâneo legal ou jurídico, o STJ pode desqualificar e dar o verdadeiro enquadramento legal ou jurídico.

O pressuposto mais importante do Recurso Especial é a contrariedade ou a negativa de vigência da lei federal. Contrariar é mais extenso, mais abrangente do que negar vigência. Basta a simples desatenção à lei para caracterizar a contrarie-

dade, ao passo que a negativa de vigência traz conteúdo mais enérgico, com a intenção de violação.

Outro aspecto importante é extremar a finalidade do recurso especial e sua relação com a lei federal. Portanto, exclui qualquer envolvimento com a lei local (estadual ou municipal). Não cabe ao STJ apreciar a violação à lei estadual. A interpretação divergente deve estar envolvida com o tema em debate. A questão divergente atribuída por outro tribunal deve se relacionar entre elas, naturalmente em oposição.

A Constituição de 1988 trouxe grande alteração na organização judiciária ao intercalar, entre a Justiça de segundo grau e o Supremo Tribunal, o Superior Tribunal de Justiça, com competência principalmente de julgar causas oriundas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Esse novo tribunal recebe a competência do Supremo Tribunal relativa a questões de ofensa à lei federal, que se inseria na tradicional competência do Supremo Tribunal. Reflete-se, então, para o conteúdo do recurso especial, denominação atribuída pela Carta Magna, e não simplesmente recurso extraordinário. Vê-se, então, que o pressuposto recursal é a ofensa à lei federal, que tem no texto os termos “negar vigência”. Diz ainda a Carta em contrariedade e negativa de vigência da lei federal. Logo, são dois pressupostos diversos e vistos por duas perspectivas. Na Carta anterior, o recurso extraordinário era cabível somente por negativa de vigência de lei federal, e não também por contrariedade. Esta dá-se quando a decisão não aplicou bem a regra jurídica, ao contrário da negativa de vigência, que é frontal. Aquela não foi a melhor interpretação. Ampliou-se o recurso, que é cabível das causas decididas em única ou última instância (art. 105, III). Ainda cabível o recurso especial por divergência entre a decisão recorrida e qualquer outro tribunal, na interpretação da lei federal. Exclui-se, portanto, a divergência com assento em lei local diante da lei federal.

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do mandado de segurança contra ato de ministro de Estado, não se abrigoando, nessa hipótese, os atos delegados, ocorrência comum, passando à competência de juiz federal. O Superior Tribunal decide os conflitos de competência entre tribunais diversos, ou entre tribunal e juiz não vinculado a esse tribunal, e juizes vinculados a tribunais diversos. Inclui-se na competência a reclamação, muito discutida, mais pela antiga falta de amparo constitucional do que importância, porque tem como

finalidade preservar a competência do tribunal e a perfeita execução das decisões dos tribunais.

O mandado de injunção é cabível no Superior Tribunal de Justiça quando a falta de norma legal é atribuída à área federal, inclusive da administração direta ou indireta.

O recurso ordinário é interposto das decisões em mandado de segurança decidido em única instância (em geral no TRF, contra ato de juiz federal) e pelos tribunais estaduais (em geral, contra ato de governador e secretário de Estado).

## JUSTIÇA FEDERAL

---

A Justiça Federal nasceu antes da Constituição de 1891, pois o Decreto n.º 848/1890 a organizou. Compôs-se de dois graus: os chamados juizes inferiores (juizes de seção) e o segundo grau, o Supremo Tribunal Federal. Em cada Estado havia uma seção com um juiz federal e seu substituto. A intenção foi separar a Justiça para julgar as causas de direito privado daquelas de direito público. A competência da Justiça Federal limitou-se principalmente a:

- a //** causas fundadas em dispositivo constitucional;
- b //** causas originadas de ato administrativo do governo federal;
- c //** litígio entre Estado membro e habitante de outro Estado;
- d //** ações de interesse da Fazenda Nacional;
- e //** demandas entre nações estrangeiras e cidadãos brasileiros ou domiciliados no Brasil.

Essa orientação foi mantida pela Constituição de 1891 (*art. 60*). A Constituição de 1934 trouxe alterações para a Justiça Federal. Essa Carta Magna criou um tribunal de segundo grau para julgar os recursos das decisões dos juizes federais (*art. 79*); no entanto, a Carta de 1937 extinguiu a Justiça Federal. A ideia da criação do Tribunal Federal de Recursos voltou com a Constituição de 1946 (*art. 103*). Entretanto, não se falando em Justiça Federal, que em verdade, em matéria de competência, ficou atribuída aos juizes estaduais nas Varas da Fazenda Pública. Ao Tribunal Federal de Recursos coube o recurso das causas quando a União fosse autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência. Pela Emenda

Constitucional n.º 16/1965, restabeleceu-se a Justiça Federal, organizada pela Lei n.º 5.010.

Compete ao STJ julgar o mandado de segurança contra ministro de Estado (*art. 105, I, b*). Essa competência já estava na Constituição de 1946, mas a Constituição de 1934 a atribuía ao Supremo Tribunal (*art. 76, I, i*). Mais acertada a orientação atual. Se cabe ao STF o mandado de segurança contra ato do Presidente da República, não teria sentido atribuir-lhe os mandados de segurança contra ministro de Estado. O Tribunal Regional Federal é o órgão de segundo grau da Justiça Federal, afetado pelos interesses da União. É lógico julgar todos os atos da União Federal, por meio de seus representantes, inclusive o ministro de Estado, a autoridade maior (exceto mandado de segurança). A competência para o mandado de segurança contra ato do diretor-geral da Polícia Federal é do juiz federal. Essa autoridade é subordinada ao Ministério da Justiça. Se o ato foi praticado por delegação, isto é, o ministro de Estado usou da faculdade de delegar poder (*ex vi, Decreto-Lei n.º 200, art. 12*), a competência passa a ser do juiz federal, e não do Tribunal Regional. Se o mandado de segurança é cabível contra ato de qualquer autoridade, contra a autoridade que pratica o ato, então cabe a impetração. Havendo a delegação de competência para a prática do ato administrativo, não se reserva ao delegante a prática residual do ato, pois o delegado recebe toda a carga de competência. Pode ocorrer ilegalidade na delegação ou na impossibilidade para tal. É outro problema, cabendo então a impetração contra o ministro de Estado por usar de faculdade que não lhe é atribuída. Em suma, o responsável pelo ato é a autoridade passível do mandado de segurança, ainda que o fizesse por inspiração de outra esfera, como o secretário-executivo do Ministério que pratica ato por sugestão do ministro (*Súmula 510 do STF*).

No conflito de jurisdição, estando envolvido qualquer tribunal, a competência para solver esse conflito é do Supremo Tribunal (*Constituição, art. 103, I, o*). Entretanto, se o conflito é entre juízes subordinados a tribunais diversos, a competência é do Superior Tribunal de Justiça. Não há falar em juízes subordinados ao mesmo tribunal, porque a esse cabe a solução do impasse.

Sendo o Tribunal Regional Federal o órgão de segundo grau, a ele cabem os recursos das decisões dos juízes federais, exceto nas causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil, porque o recurso é julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (*Constituição, art. 105, II, c*). Nos Estados federativos, cabe à

União a sua representação e, conseqüentemente, à Justiça Federal, mantida pela União.

A Justiça Federal, em primeiro grau, tem ampla competência, principalmente nas causas de interesse da União Federal, autarquias federais e empresas públicas federais. Excluídas, portanto, as sociedades de economia mista federais e fundações federais. Em determinada situação, distingue-se a União da autarquia federal. A Constituição atribui ao STF as causas entre a União e os Estados (*art. 102, I, f*). Se a autarquia federal situada no Estado membro litiga contra este, a competência é da Justiça Federal de primeiro grau (*STF, ACO 230, RTJ 81/329 e 330*). Entendeu o STF que a expressão “inclusive os respectivos órgãos da Administração Indireta” acarreta a competência de juiz federal quando a demanda é entre Estado e autarquia federal (*ACO 168, RTJ 59/246*). Permanece a competência da Justiça Federal quando o ato é praticado por delegação da União Federal, como no ensino, em que as faculdades ou universidades recebem delegação do poder público federal para o ensino superior. Se o ato praticado for por delegação federal, permanece a competência da Justiça Federal; a autoridade delegada responde no juízo privativo do delegante. Para contrassenso, em relação à Súmula 510. No entanto, assenta-se a autoridade praticante do ato, e não a natureza do ato. Nesse caso, a natureza do ato é de delegação e, portanto, da competência do juiz federal.

Para configurar a competência da Justiça Federal, a União deve ser autora, ré, assistente ou oponente. Dignas de registro as duas últimas hipóteses. A União Federal pode ser assistente quando tiver interesse jurídico de que a sentença seja favorável a autor ou réu (*CPC, art. 50*). A Carta Magna não fala no litisconsórcio. No entanto, o litisconsorte é considerado um litigante, ativo ou passivo, portanto, autor ou réu. A condição de ré deduz-se da citação para a ação. Se há o interesse da União, e ela é citada, é ré. Naquelas ações diretamente propostas, ou de qualquer forma haja a citação da União, como ocorre nas ações de usucapião entre particulares, com citação da União, porque é confinante com o imóvel usucapiendo. Logo, é ré (*RE 90.244, RTJ 88/1.102*). Não basta nessa demanda, entre particulares, que se envolva, porque, se ela não tiver interesse, ou mostrar de forma categórica, então não há a competência da Justiça Federal. O interesse da União deve traduzir-se claramente e não mera alegação de interesse. O interesse pode decorrer das possíveis repercussões patrimoniais, como acontece nas demandas de empresas cujos bens foram confiscados pela União. O patrimônio passou a ser da União. Logo, a

execução contra a empresa atingirá o patrimônio da União (STF, *CJ 6.099, RTJ 84/88*). A União, autarquia ou empresa pública federal poderão oferecer oposição contra autor e réu, pretendendo a coisa ou o direito controvertido (*CPC, art. 56*).

As causas de falência estão excluídas da competência da Justiça Federal, bem como as recuperações judiciais, ainda que a União Federal tenha interesse. A razão está no juízo universal da falência, que deve ser atribuído ao juiz da Justiça comum. O crédito da União, se for tributário, será privilegiado na falência, e nem por isso deslocaria a competência. A regra é constitucional. Se não existisse, seria um absurdo.

A intervenção da União desloca a competência para o juiz federal. Situação singular ocorre com os embargos de terceiro opostos pela União, autarquia federal ou empresa pública federal. Os embargos de terceiro constituem ação proposta por terceiro senhor e possuidor ou apenas possuidor. Se opostos na Justiça comum, desloca-se a competência para a Justiça Federal. Se improcedente, a ação proposta na Justiça comum prossegue (STF, *RE 77.403, RTJ 73/838*). O interesse da União pode decorrer de ato legislativo. Em consequência, a União pretende defender esse ato legislativo. Logo, é ato administrativo, sob a forma de ato legislativo (STF, *RE 81.609, RTJ 76/294*). Se atos decisórios foram praticados pelo juiz incompetente, cabe à Justiça Federal, quando tomar conhecimento da matéria, anulá-los (STF, *RE 69.072, RTJ 64/107*).

Quando a causa tem por fundamento tratado, sempre se deu a competência da Justiça Federal, desde o Decreto n.º 848. A Carta Magna não fala em convenção internacional. Segundo as regras doutrinárias, a convenção é uma espécie do gênero tratado. De qualquer sorte, tratado, convenção ou qualquer ato internacional assemelhado aos demais só serão entendidos quando celebrados pelo Presidente da República e referendados pelo Congresso Nacional (*Constituição, art. 81, X, c/c art. 44, I*). Aliás, compete à Justiça o julgamento das causas referentes à proteção do nome comercial de entidades estrangeiras, assegurada pela Convenção de Paris, independentemente de registro, somente quando a relação jurídica trata de dispositivo de tratado ou cláusula contratual, e não genericamente (*CJ 6.147, RTJ 89/750*).

Se a União tiver contrato com Estado estrangeiro ou organismo internacional (como ONU, OEA, OIT), a causa baseada nesse contrato é da competência da Justiça Federal. Compete à Justiça Federal a execução da carta rogatória após o *exequatur* do presidente do STJ. A Justiça estrangeira envia ao governo brasileiro,

que remete ao Superior Tribunal a carta rogatória em que a Justiça alienígena pede que a Justiça brasileira promova qualquer ato (citação, notificação e até coleta de sangue para ação de investigação de paternidade). Se o presidente do STJ concorda, após ouvir a Procuradoria Geral da República, então manda que se execute (*exequatur*), que o será pela Justiça Federal no local da prática desse ato. Da mesma forma ocorre com a sentença estrangeira homologada pelo STJ. Sua execução é da competência da Justiça Federal.

Tratamos anteriormente da competência *ratione personae*. Vejamos a competência *ratione loci* da Justiça Federal. A União propõe suas causas na capital do Estado ou território onde o réu for domiciliado. A ação contra a União será proposta na capital do Estado ou território do domicílio do autor da ação ou no Distrito Federal. Poderá ser proposta na capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato causador da demanda. Se instituição federal de Previdência Social for parte, a demanda será julgada pela Justiça Estadual no foro do domicílio dos segurados, ou beneficiários, tendo como objeto o benefício de natureza pecuniária. Se a demanda for proposta na capital do Estado, então a competência é do juiz federal (ou onde houver Vara Federal). A Constituição quis beneficiar os filiados à Previdência Social que, em geral, se socorrem dos auxílios previdenciários quando estão com a saúde abalada, ou já faleceram, e seus beneficiários precisam da proteção previdenciária. Seria absurdo exigir-se que o segurado da Previdência Social, morador no interior, propusesse demanda contra a autarquia previdenciária federal na capital do Estado somente por amor à regra geral. De qualquer sorte, compete ao TRF o recurso da decisão do juiz estadual.

Portanto, as *causas* contra a Previdência Social cujo objeto seja benefício de natureza pecuniária são julgadas pela Justiça Estadual. No conceito de causa, inclui-se com amplitude o mandado de segurança cuja natureza é de ação. O mandado de segurança entendido como causa propicia até o recurso extraordinário, para o STF, da decisão final. Portanto, todo mandado de segurança contra ato da Previdência Social praticado por seus agentes fora das capitais deve ser julgado pela Justiça Estadual se o objeto desse mandado de segurança for direito líquido e certo a benefício de natureza pecuniária. Não tem entendido dessa maneira o Supremo Tribunal, com arrimo na regra geral da competência da Justiça Federal para o mandado de segurança contra ato de autoridade federal, nesta incluída o agente da Previdência Social (*Constituição art. 109, § 3.º*) (*STF, RE 79.846, RTJ 86/831; RE 75.323, RTJ 66.286*).

No entanto, a regra do art. 109, § 3.º, é especial, derrogante da regra geral. O segurado, ou beneficiário da Previdência Social, que tenha direito certo e incontestável a determinado benefício de natureza pecuniária, suscetível de asseguuração pela via expedita e prontamente eficaz do mandado de segurança, é que será obrigado a deslocar-se para a capital do Estado. A Constituição de 1891 estabeleceu a competência dos juizes e dos tribunais federais quando a causa fosse fundada em dispositivo constitucional. Não se admita que outro juízo examinasse um direito amparado por disposição constitucional (*art. 60*). Também cabia à Justiça Federal o julgamento das causas propostas contra a União Federal. Nascia aí a competência para os litígios entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros.

## **JUSTIÇA ELEITORAL**

---

Outorgada a Constituição Imperial, no dia seguinte, 26/3/1824, foram expedidas (decreto do ministro dos Negócios do Império) as instruções para a eleição dos deputados e senadores e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias (Assembleias a partir de 1834). Em cada freguesia imperial, seria constituída a assembleia eleitoral, presidida pelo juiz de fora ou ordinário da cidade ou vila a que a freguesia pertencesse, com a assistência do pároco.

No dia marcado para a eleição, o povo, na igreja matriz, ouviria missa, e a seguir seria colocada uma mesa no corpo da igreja, ocupada pelo presidente e pelo pároco, juntamente com dois secretários e dois escrutinadores. O presidente perguntaria sobre a existência de denúncia de suborno ou conluio, e, provado o fato, o acusado perderia o direito ativo e passivo do voto. Entregues todos os votos, seriam eles lidos, proclamado o resultado em voz alta e resolvidas as dúvidas surgidas. Aos eleitos, o secretário da mesa faria aviso por carta, extraíndo cópia do livro que serviria de diploma. Já a eleição de deputados era apurada pela Câmara da capital.

Aqui os primórdios da legislação eleitoral, ou da incipiente Justiça Eleitoral, que se afirma no Decreto n.º 21.076/1932 (Cód-

go Eleitoral). É o marco decisivo na grande novidade do Judiciário brasileiro e internacional a instituição da Justiça Eleitoral autônoma, ao contrário do que prevaleceu até 1932, o processo eleitoral dirigido pela Justiça comum. Vale lembrar, portanto, que o Código Eleitoral antecedeu a instituição constitucional da Justiça Eleitoral, ocorrida em 1934, mas criou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os Tribunais Regionais Eleitorais e os juízes eleitorais. A Constituição de 1934 estruturou a Justiça Eleitoral em moldes definitivos, que foram seguidos nas Constituições posteriores e obedecidos até hoje, com pequenas alterações quanto às composições dos tribunais.

A primeira lei eleitoral brasileira (1846) aboliu as qualificações empreendidas pelas mesas receptoras, criando as juntas de qualificação e recurso para o Judiciário em caso de denegação da qualificação. Outras leis surgiram (*Lei dos Circulos, em 1885; Lei do Terço, em 1875*). Entretanto, somente em 1881, com a chamada Lei Saraiva, deu-se passo decisivo para a atuação do Judiciário no processo eleitoral. Com essa lei, houve o alistamento permanente, com títulos assinados pelos juízes de direito. Contudo, a Justiça Eleitoral, assim denominada, surgiria somente em 1932.

A Justiça Eleitoral brasileira é composta do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, a ele cabendo, em última instância, o exame das questões eleitorais. A legislação eleitoral, especialmente o Código Eleitoral, dá-lhe a importância necessária, sobretudo na interpretação das normas eleitorais, editando as instruções e as resoluções necessárias ao entendimento da legislação eleitoral. A Corte Eleitoral não legisla, tão só dá, em linguagem mais objetiva e direta, as orientações para os pleitos; sintetiza as normas legais, mesmo porque somente à União Federal cabe legislar sobre Direito Eleitoral (*CF, art. 22, I*).

Os Tribunais Regionais Federais são as instâncias ordinárias (de segundo grau) da Justiça Eleitoral. Sua importância está na ordem direta do conhecimento próximo dos fatos e das controvérsias, tanto que, das suas decisões, admitem-se restritamente recursos, porque interessa à Justiça Eleitoral que os fatos fiquem na instância ordinária, e excepcionalmente alcem o Tribunal Superior Eleitoral.

Os juízes eleitorais recebem a competência para os mais variados rincões. O juiz eleitoral, presidente da zona eleitoral, pode compor uma comarca, e esta pode ser composta de um ou vários municípios, como um município pode ter vários juízes

eleitorais, o que, de ordinário, ocorre com as grandes cidades, como Rio de Janeiro e São Paulo. Ali, várias zonas eleitorais têm um juiz eleitoral. Então, em primeiro grau, a Justiça Eleitoral está dividida em zonas eleitorais. Cada eleitor pertence a uma zona eleitoral, que pode ser pequena ou ter até mesmo 300 mil eleitores (como São Paulo e Rio de Janeiro). Ao juiz titular de zona eleitoral cabe apreciar e julgar tudo aquilo referente às questões eleitorais de sua zona. Em geral, essas zonas são mantidas administrativamente pelos juizes eleitorais, que, durante as eleições, as presidirão. Ressalte-se que o juiz eleitoral deverá ser, sempre, juiz de direito; nunca essa jurisdição poderá ser atribuída a qualquer leigo, como ocorre nas juntas eleitorais, compostas durante as eleições e integradas por leigos presididos por juiz de direito. A junta eleitoral tem como missão a apuração do pleito e é a primeira instância da apuração eleitoral. A impugnação contra a apuração deve ser exercida perante a junta apuradora. A regra da preclusão incide na omissão do impugnante. O Direito Eleitoral procura reduzir a querela ao momento do fato atacado, e não deixar para outra época, porque ficaria ao sabor do vencido. Logo, se o interessado se omite, não poderá reclamar posteriormente (CE, art. 171). Também não se admite a recontagem de votos se não tiver ocorrido recurso após a apuração de cada urna (CE, art. 181). Argumenta-se constantemente que o interessado não tem condições de atender a inúmeras urnas. No entanto, a objeção cede à realidade, porque a apuração, de regra, dá-se em concentrado, e não dispersamente. Mas grave é a regra do artigo 169 do Código Eleitoral, que exige a impugnação urna a urna.

O TSE é composto por sete membros, no mínimo, podendo ser aumentada nos termos do artigo 96, inciso II, da Constituição Federal (criação de cargos). Desses sete membros, três são eleitos entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, dois são eleitos entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois são escolhidos entre advogados, em lista triíplice elaborada pelo Supremo Tribunal, sendo nomeados pelo Presidente da República. Não podem integrar essa lista os membros do Ministério Público, e os exercentes de cargos demissíveis *ad nutum*. A escolha de advogado reveste-se de alta preocupação, porque o cuidado da Suprema Corte envolve o exercício de atividade não familiar, como ocorre com os outros cinco membros, magistrados de tribunais, em geral, em exercício há anos, porque escolhidos, por tradição, na antiguidade.

Os magistrados, tanto do STF quanto do STJ, não se afastam de seus tribunais, porquanto isso exigira a convocação de substitutos. Imagine-se um ministro do STF em exercício no TSE, em licença, com a convocação de um ministro do STJ, e a convocação de um juiz do TRF, e finalmente de um juiz federal. Ademais, a ausência, por licença, de três ministros do STF alteraria toda a jurisprudência, como ocorria anteriormente até 1960, quando a licença era pedida pelos ministros do STF, em exercício no TSE. Aliás, acentua Pontes de Miranda que o excesso de trabalho não é suficiente para a escusa da escolha, porque feriria o princípio da igualdade perante a lei se chamasse outro juiz, que haveria de ter o mesmo trabalho (*Comentários à Constituição, v. 4, p. 251*).

Não se aplica ao TSE (juristas) a escolha pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) prevista no artigo 94 da Constituição, mesmo porque esse dispositivo trata de Tribunais Regionais e Estaduais. Quando a Carta Magna quis dar essa atribuição à OAB, nos Tribunais Superiores, indicou expressamente essa circunstância, como ocorreu com o Superior Tribunal de Justiça (*art. 104, II*) e com o Tribunal Superior do Trabalho (*art. 111, § 2.º*). Em cada Estado e no Distrito Federal, existe o Tribunal Regional Eleitoral, que é a segunda instância da Justiça Eleitoral.

Diferentemente da Constituição de 1934, que determinava a escolha por sorteio, a atual Constituição compõe o Tribunal Regional Eleitoral mediante eleição de dois desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça. É claro que a lei pode adotar determinado critério de exclusão, como faz a Lei Orgânica da Magistratura, excluindo os dirigentes dos tribunais (presidente, vice e corregedor). Quando há substituição, ela ocorre para todo o biênio, e não somente para completar o período anterior, porque o desembargador e os demais membros são escolhidos para período de dois anos, e não escolhidos para período inferior. Não podem integrar os Tribunais Eleitorais os membros do Ministério Público (*CF, art. 128, II, d*). Além dessa vedação constitucional, outra existe, porque o membro do Ministério Público Eleitoral participa das sessões. Ora, se os dois advogados forem integrantes do Ministério Público, haverá a supremacia do Ministério Público. Dois juízes de direito são escolhidos pelo Tribunal de Justiça. Note-se a exigência da condição de juiz de direito, não podendo ser o substituto.

Ainda há o representante da Justiça Federal, eleito entre os juízes do Tribunal Regional Federal ou, não havendo TRF, entre os juízes federais no Estado. Alguma dúvida poderia surgir: o juiz federal pertence à região, ou deve ser juiz lotado no Estado? Se a

Constituição refere-se ao TRF com sede na capital do Estado, logo, não existindo, pretende a escolha entre os juizes federais daquele Estado. Ao contrário, se admite a escolha entre os juizes federais da região. Então, o TRE poderia ter juiz federal lotado em outro Estado, ainda que naquele Estado houvesse juiz federal.

Também integram o TRE dois advogados de *notável saber jurídico* e idoneidade moral, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Justiça. Nessa hipótese, invocou-se no pressuposto, ainda, o qualificativo de notável saber jurídico, e, portanto, além de serem advogados, exige-se que tenham idoneidade moral, ao contrário do exigido até para desembargador (reputação ilibada) (CF, art. 94). Quer a Constituição que os advogados estejam acima da média ou do comum. Como ocorre em qualquer profissão, nem todos são notáveis. Por isso, a escolha deve recair nos mais salientes em conhecimento jurídico e em experiência, bem como naqueles que tenham idoneidade moral, aliás exigência comum em todas as profissões, mas, além disso, do convencional, que essa idoneidade ressalte da convivência, do comportamento, das ações diárias, indiscutivelmente.

Os juizes eleitorais são juizes de direito, em geral titulares de zonas eleitorais, que podem ser partes de um município ou comarca, ou então abranger mais de um município ou comarca. Já as Juntas Eleitorais são compostas de um juiz e de outras pessoas não integrantes do Judiciário, e têm como função a apuração das eleições; são o primeiro grau da Justiça Eleitoral. Os recursos das apurações são apreciados pela Junta Eleitoral, cabendo o recurso ordinário para o Tribunal Regional.

Os Tribunais Eleitorais (TSE e TRE) têm administração própria, com grau de hierarquia, não só jurisdicional, como também administrativa, por força de lei, como na matéria orçamentária, encaminhamento das listas tríplices com indicação de advogados para o TRE e licença para afastamento no período eleitoral. A hierarquia jurisdicional está no próprio sistema recursal, como veremos adiante.

A Constituição fixa regra para a administração do TSE, podendo, pela eleição, ser escolhidos, entre os três ministros do STF, o Presidente e o Vice, e, entre os dois ministros do STJ, o corregedor geral eleitoral. A tradição sempre obedeceu à antiguidade no TSE, que é também a antiguidade nos tribunais de origem, em geral. No Tribunal Regional Eleitoral, a direção é entregue aos dois desembargadores por eleição. A junta eleitoral é presidida pelo juiz de direito, e a zona eleitoral tem como titular o juiz de direito.

Asseguram-se aos membros da Justiça Eleitoral, desde os integrantes dos Tribunais Eleitorais até os integrantes de junta eleitoral, as garantias dadas aos membros do Poder Judiciário, naturalmente aquelas conferidas por lei, porque os juizes de carreira (ministros, desembargadores e juizes de direito) já estão beneficiados pelas garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (*art. 95*), mas os advogados que integram os tribunais e os membros da junta eleitoral, que não são integrantes permanentes do Judiciário, são beneficiários dessas demais garantias (*a inquirição de ministro do TSE ou juiz do TRE-CPC, art. 411, IV e IX*). Ainda cabe acrescentar que os membros do TRE são julgados nos crimes comuns pelo Superior Tribunal de Justiça (*art. 105, I, a*).

Os membros dos Tribunais Eleitorais têm mandato de dois anos, prorrogáveis por mais um mandato, no total de quatro anos. Esses mandatos são improrrogáveis e irredutíveis. Nada impede que o membro do tribunal exerça a atividade como substituto, por todo o biênio do titular, sem ferir o limite máximo dos quatro anos.

Para os Tribunais Regionais, compete ao Tribunal de Justiça respectivo elaborar a lista triíplice com o nome dos advogados que ocupam as vagas destinadas à classe. É feita uma lista triíplice e encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral, que a envia ao Poder Executivo, cabendo ao Presidente da República a discricionária escolha.

Em relação às duas vagas do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal elabora lista triíplice para cada vaga, submetendo-a ao Presidente da República, que também age discricionariamente.

Quando a Constituição fala na indicação feita pelo Supremo Tribunal e pelo Tribunal de Justiça de seis advogados, pretende atingir as duas vagas, como se a escolha fosse simultânea, e naturalmente em duas listas e três nomes ou uma lista sêxtupla. Como raramente ocorre a simultaneidade, haverá lista triíplice para aquela vaga. Ao mesmo tempo, é muito difícil a coincidência da vacância do titular com a vacância do substituto, e, por isso, a escolha do substituto é feita em período desencontrado.

O exercício é obrigatório, tratando-se de *munus* público. A recusa pode ocorrer por motivo grave, como doença incapacitante, ou anterior atividade política ou partidária, parentesco com pessoas da atividade política ou partidária.

Não está no elenco constitucional de abrangência do Ministério Público aquele referente à Justiça Eleitoral (*art. 128*). Entretanto,

to, não se tira ao Ministério Público Federal sua tradicional atuação, mas somente por determinação do Código Eleitoral, também pela escolha das hipóteses daquela enumeração do art. 128 da Constituição. O procurador-geral eleitoral é o procurador-geral da República. No Tribunal Regional Eleitoral, o exercício do Ministério Público Eleitoral é feito pelo procurador da República designado para o cargo de procurador regional eleitoral.

## **JUSTIÇA ESTADUAL**

---

Da utilidade da introdução da organização judiciária em nível constitucional mostram as Constituições brasileiras desde 1834. O federalismo existente no Império exacerbou-se a partir de 1891 com a primeira Constituição republicana. É necessária uma nítida distinção entre a competência central e a competência local, a União Federal e os Estados. Esse balizamento veio na discriminação constitucional para a legislação, dando os limites da competência federal para legislar sobre determinados assuntos e a competência estadual sobre outros, quer seja uma competência originária ou residual, isto é, somente o Estado membro pode legislar sobre aquele assunto ou também o Estado pode legislar naquilo que sobre da competência federal.

No tema Poder Judiciário, a competência federal sempre foi acentuada num flagrante paradoxo com a adoção dos códigos de processo estaduais. Uma acentuada centralização federal com a Constituição de 1937, carta nitidamente autoritária, acrescentando ao poder central mais do que tivera anteriormente. A consequência imediata refletiu-se na adoção do código de processo federal para todo o Brasil. Todos esses fatos não excluíram a competência dos Estados para legislar sobre suas organizações judiciárias, ao lado da normatividade constitucional do Poder Judiciário. Mesmo a Carta outorgada de 1937, centralista, dá essa competência aos Estados (*art. 103*).

As Constituições têm fixado regras diretivas para a organização judiciária. Sendo matéria estrita de interesse de cada Estado, apenas exige-se a obediência a determinados postulados

constitucionais inarredáveis, como convém ao regime federativo. Entre eles destacam-se: o sistema de ingresso na magistratura de carreira mediante concurso público de provas e títulos; promoção por antiguidade e por merecimento; acesso dos advogados e membros do Ministério Público aos tribunais; nas vagas destinadas a eles, fixada em um quinto do número de membros.

Na atual redação da Constituição brasileira, permite-se aos Tribunais de Justiça alteração da organização judiciária do Estado, a qualquer tempo, porquanto anteriormente fixava-se a alteração de cinco em cinco anos, obviamente com inconvenientes pela demora nas alterações. Confirmou-se a tradição constitucional brasileira. Desde o Império (1834), as províncias (Estados) organizavam a divisão, e o poder central estabelecia a organização judiciária. Distingue-se a lei de organização judiciária da lei processual. Naquela, o Tribunal de Justiça estrutura seus serviços e atividades. Ela é lei local, estadual. A lei processual diz com a atividade processual, e é lei federal. Por isso, a lei estadual (Código de Organização Judiciária) que excluiu as ações de despejo das causas que podem ter início e curso durante as férias (*CPC, art. 174*) foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, bem como cabe à lei federal indicar os atos processuais a serem efetuados nas férias. Em suma, a prevalência das normas federais sobre a organização judiciária, respeitando as linhas constitucionais discriminativas

Segundo a Constituição Federal, deixa-se aos tribunais a designação de seus dirigentes; a organização de serviços auxiliares; o provimento dos cargos, bem como a criação e a extinção destes, avançou o constituinte mais do que obedeceu a um princípio federativo, dando competência exclusiva aos tribunais para decidir sobre essas matérias, de exclusiva organização. Portanto, cabe ao Poder Judiciário estadual a organização judiciária do Estado, apenas com a colaboração dos outros poderes, naquilo pertinente, como seja o deferimento dos recursos financeiros para atender ao necessário na implantação da organização. Como os recursos financeiros são do orçamento geral, qualquer aumento ou despesa necessita de prévia autorização legal.

Não há dúvida sobre a ocorrência de possíveis conflitos de competência, que serão sanados na Constituição Federal. A União Federal não pode deliberar sobre a matéria de competência estadual, nem o Estado pode deliberar sobre matéria de competência federal. Quando há interesse federal, a própria Constituição dá ao Poder Federal essa competência. Exemplo frisante ocorreu recentemente quando a Constituição Federal competia à União Federal

a legislação sobre taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses.

Que significa organização judiciária? A constituição dos órgãos judiciários, a enumeração e a nomenclatura de juizes e tribunais, sua composição. As atribuições dos agentes do Poder Judiciário. Organizar é dispor os órgãos para que eles atinjam um *desideratum*.

No sistema federativo, há necessidade de explicitar-se a competência federal e a estadual. A organização judiciária como decorrência da estruturação do Poder Judiciário obedece a normas constitucionais. No Direito Constitucional brasileiro, é tradição sesquicentenária a fixação das bases constitucionais da organização judiciária. Distingue-se a lei de organização judiciária da lei processual. Naquela, o Tribunal de Justiça estrutura seus serviços e suas atividades. Ela é lei local, estadual. A lei processual diz com a atividade processual, e é lei federal. Por isso, a lei estadual (Código de Organização Judiciária) que excluiu as ações de despejo das causas que podem ter início e curso durante as férias (*CPC, art. 174*) foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

A organização judiciária obedece a um princípio fundamental, qual seja, a sua regulação por meio de lei. Somente por ato legislativo poderão ser criados tribunais ou juízos. É uma forma de prevenir os tribunais ou juízos de exceção, mais fácil de instituição, quando não obedeça a princípios legais. Dessa criação, surge o princípio da autoridade competente para julgar ou, em outras palavras, o juiz natural (*Santi Romano, Principios de Direito Constitucional Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 388*).

A Constituição de 1934 inaugurou a regra da competência aos tribunais para a elaboração de seus regimentos internos (*art. 67, a*). Não foi uma novidade, pois o Decreto n.º 848 já previa a competência do Supremo Tribunal para elaborar seu regimento interno. Essa regra constitucional vigora até hoje e tem se mostrado salutar, porque dá a lei interna dos tribunais, sua organização, sem necessitar de lei especial que designe suas regras internas, com o evidente perigo de intromissão nas chamadas questões *interna corporis*.

Com a Constituição de 1967, ampliou-se a importância do Regimento Interno do Supremo Tribunal, porque essa Carta Magna permitiu à Corte o estabelecimento do processo e do julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso. Já estava na Constituição de 1969. No entanto, foi ampliado esse poder ao Supremo Tribunal, pela Emenda Constitucional n.º 7/1977, que es-

tabeleceu: "As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal" (*art. 119, § 1.º*). Em suma, o recurso extraordinário com base na negativa de vigência de tratado ou lei federal, ou divergência jurisprudencial e mais, com destaque para a relevância da questão federal. O Supremo Tribunal indica, em seu regimento, essas causas em função da espécie (natureza do feito, ação possessória, procedimento sumaríssimo, locação, etc.) ou da alçada (até determinado valor da causa) para admitir ou não o recurso extraordinário. Com essa diretriz outorgada ao STF, dissipava-se antiga polêmica ainda existente em nível estadual quanto à competência reservada à União Federal para legislar sobre Direito Processual. O Regimento Interno do Tribunal não pode invadir essa iniciativa reservada sob pena de inconstitucionalidade. Com a regra constitucional, o Supremo Tribunal ficou a salvo dessa observação. No entanto, a Constituição de 1988 suprimiu essa faculdade.

Ainda no âmbito normativo, os tribunais estabelecem outras regras organizacionais por meio de resoluções. No entanto, esses diplomas não podem invadir o âmbito da legislação para dispor onde ela silencia ou fixar contra a legislação. O Supremo Tribunal também examinou o alcance de resoluções do Tribunal Federal de Recursos acoimadas de inconstitucionais, porquanto teriam deliberado sobre matéria recursal.

Estabelecida a competência dos tribunais para a elaboração de seus regimentos, por força do dispositivo constitucional, ao tribunal cabe a organização de suas câmaras ou turmas, não se taxando de excepcional qualquer organização especial, como é comum, a composição de câmara especial criminal durante as férias forenses, ainda que composta de juizes substitutos.

## **JUIZADOS ESPECIAIS**

---

Celeridade do julgamento dos feitos judiciais ao lado da segurança da decisão são dois ideais de qualquer reforma do Judiciário, ou de posição de prestígio da Justiça. É um anelo permanente

aqui, e em todas as direções. Por isso, tentou-se, no Brasil, a adoção de fórmulas rápidas, culminando com a Lei n.º 7.244/1984, sobre o juizado especial de pequenas causas. Grande avanço surgiu aí. Contudo, várias questões sobram para discussão, entre elas, a necessidade ou não da irrecorribilidade das decisões. A abolição de formalidades dispensáveis, e não essenciais à garantia da boa prestação jurisdicional. A importante forma de citação pelo correio, superando a figura do meirinho. Mas ficou no cerne da lei o conceito de pequena causa, pelo valor, pelo conteúdo material?

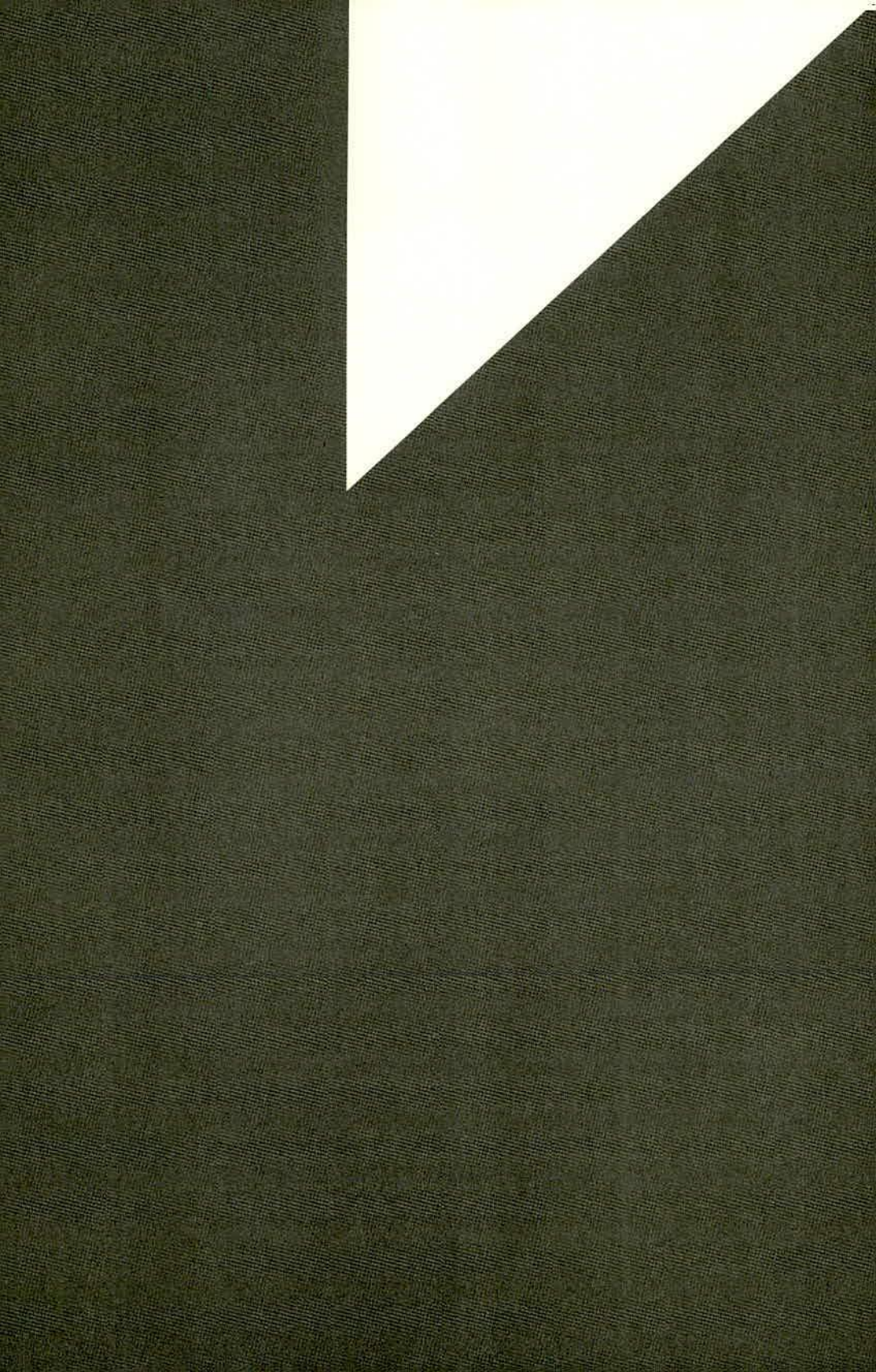
A Constituição de 1988 voltou ao tema e, em seu artigo 98, dispõe sobre a criação de “juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causa cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”. Interpretamos o desiderato.

Juizes togados são aqueles investidos nos termos da Constituição, aprovados em concurso público de títulos e provas, e integrantes da carreira judiciária, para os efeitos do artigo 98, inciso I. Admite-se o juizado composto de togados e leigos, neste caso, indivíduos não bacharéis em Direito. O juizado concilia em primeiro lugar, e é essencial essa formalidade que está no Código de Processo Civil (*art. 447*), e finalmente julga, cabendo também a esse juizado a execução da decisão. O dispositivo constitucional menciona causa de menor complexidade. É difícil definir a complexidade de uma causa. Uma causa de alto valor econômico pode ser resolvida sem maior complexidade. Uma causa com muitas partes pode não oferecer maior complexidade. Uma causa relevante para a sociedade, ou para um grupo social, por sua tese ou conteúdo, pode não ter nenhuma complexidade. Logo, a definição de “menor complexidade” somente pode ser entendida no contexto da Lei n.º 7.244, isto é, causa de pequeno valor, e simplificação pela natureza da causa (como causas julgadas pelo procedimento sumaríssimo, determinados e execuções por dívidas, por exemplo, condomínio). Também de significado é a obrigatoriedade do duplo grau, numa alternativa mais simplificada, com o julgamento recursal por turmas compostas de juizes de primeiro grau, naturalmente não o prolator da sentença, e onde for possível a reunião de juizes, como ocorre nas comarcas de maior movimento. Fatalmente, esses juizados estão no princípio da oralidade, porque o procedimento deve ser oral, e não contestação por escrito, ainda que a inicial venha deste modo (*ver Lei n.º 9009/1995*).

## **MINISTÉRIO PÚBLICO**

---

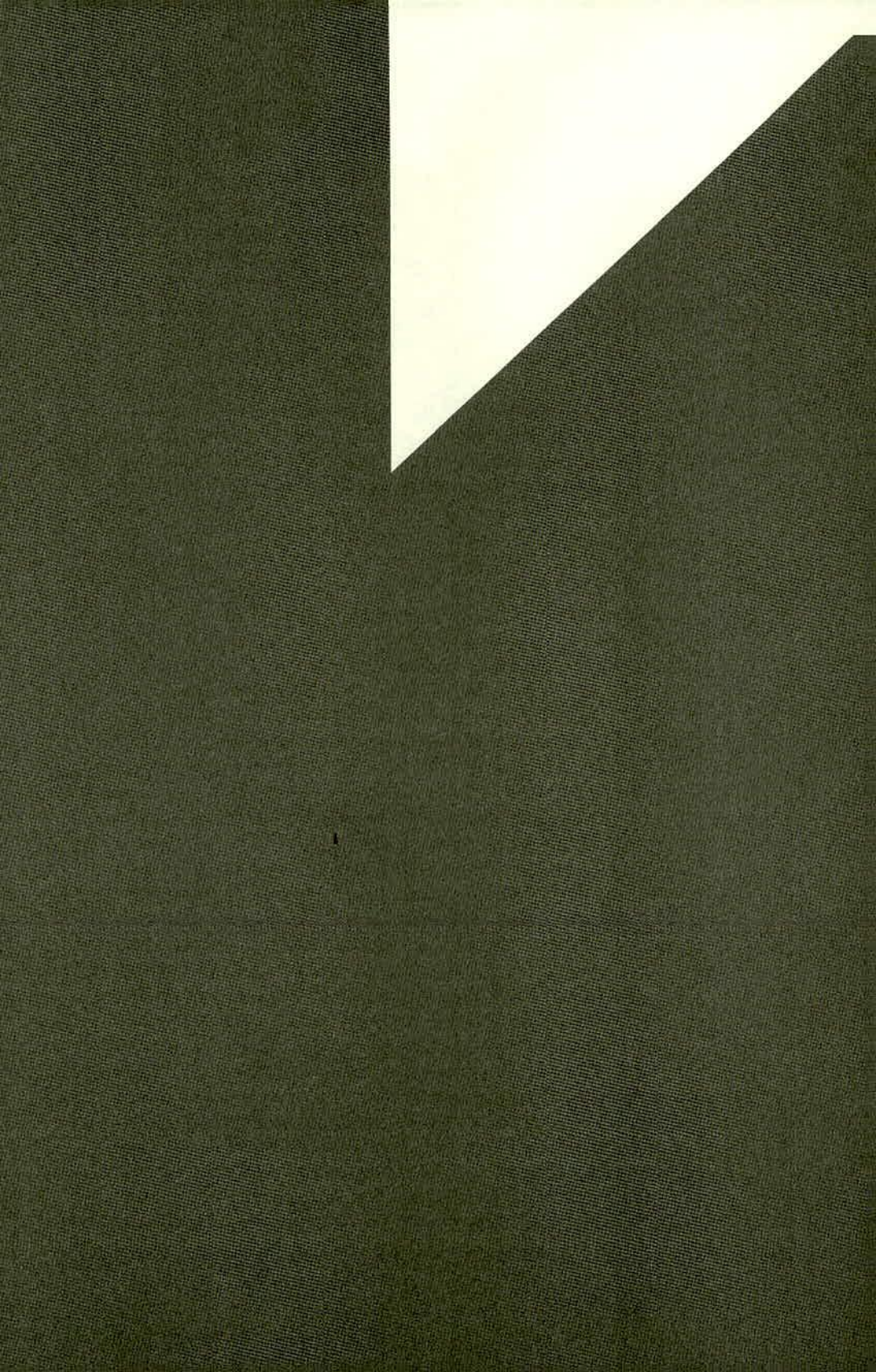
O Ministério Público recebeu merecido destaque e importância na Constituição de 1998. Cabe-nos, neste trabalho, a observação sobre sua atuação no processo civil. Em destaque, a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (*art. 129, III*).





X

PODER  
EXECUTIVO



X

---

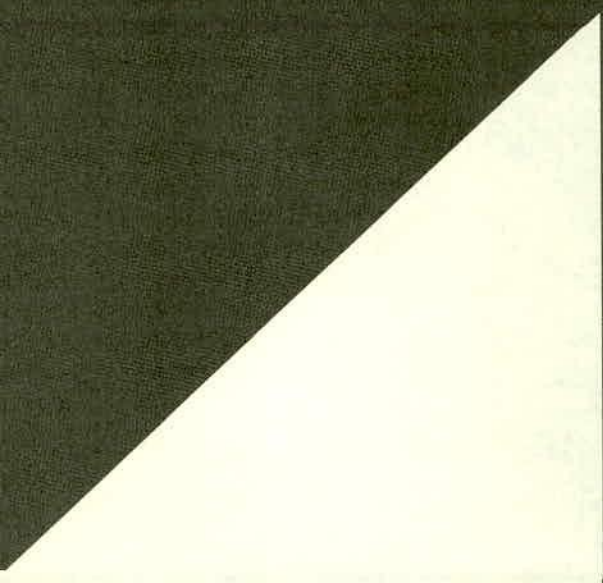
INVESTIDURA  
QUE SE ADQUIRE  
NO DIA A DIA

**DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS**

---

Professor livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Fundação Getúlio Vargas, Presidente da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil-SP, Conselheiro jurídico da Fecomercio, Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

---



## **INTRODUÇÃO**

---

A discorrer sobre o Poder Executivo, mister se faz conceituar poder, política e o Poder Executivo, vez que se trata de um poder político.

Por compreender variadas formas do Executivo e para maior compreensão atual, impõe-se a análise em sua evolução histórica. Justifica-se a apresentação das formas do governo, a separação de poderes, os sistemas adotados e os regimes praticados.

No primeiro caso, destacamos o exercício do poder de acordo com o número de pessoas a executá-lo, quanto à temporariedade, a conduta, as modalidades legítimas e ilegítimas. Em segundo lugar, é importante discorrer sobre a separação de poderes em razão da influência na caracterização dos sistemas e dos regimes de governo por meio da independência, da interdependência, da interpenetração destes como permissões constitucionais ou abusos de um sobre outro. No terceiro, apresentamos o presidencialismo e o parlamentarismo, sistematizados, com suas origens, estruturas, características próprias de cada um, seus fatores positivos e negativos, desvios e propostas de reajustes, ade-

quando-os a seus fins. Evidentemente, a adoção de determinados sistemas levam em consideração a adaptação à realidade política, econômica, social, cultural e circunstancial de cada sociedade em sua organização. Essas condições mostraram, em Roma, o governo constituído por dois membros; na Suíça, estabelecido o diretorial, convencional, ou governo de assembleia, por um verdadeiro colegiado, embora a um de seus membros é dada a Presidência da República. Finalmente, encontramos os regimes quanto ao poder, que é modo como realmente são exercidos.

Após os conceitos expostos, pode-se classificar a ocorrência fática no Brasil. A forma, a separação de funções, as exceções, o sistema e o regime adotado: a república federativa, presidencialista; as eleições para o Executivo, a substituição, a sucessão definitiva e temporária para completar o período de gestão, mandato, as atribuições; a responsabilidade do Presidente da República, política, administrativa e a comum; os ministros e suas funções; o Conselho da República, o Conselho de Defesa Nacional e suas atribuições de consulta do chefe do Executivo.

Com esse retrospecto, poder-se-á apontar as qualidades e as deficiências do Poder Executivo na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

### **PODER, POLÍTICA, PODER POLÍTICO: CONCEITOS**

---

Preliminarmente, devemos salientar que a soberania, o poder são indivisíveis. A divisibilidade significa distribuição de funções. Esta, no Estado Federal, apresenta-se entre os órgãos do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou territorialmente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em seu *Novo dicionário da língua portuguesa*, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira nos apresenta as seguintes acepções:

*Poder Significa ter a faculdade, a possibilidade, o direito. Dispor de força ou autoridade. É o direito de mandar, deliberar, agir. Autoridade, soberania, império. O governo de um Estado: poder monárquico, poder constitucional. [...] Poder Executivo Aquele que, segundo a organização constitucional do*

*Estado, tem a seu cargo a execução das leis, bem como o governo e a administração dos negócios públicos.*

*[...] Política É a arte de bem governar os povos. Princípio doutrinário que caracteriza a estrutura constitucional do Estado (Holanda Ferreira, 1986).*

É na conjugação dessas ideias de poder relacionado à política que chegamos ao poder político – suas funções, divisões, limites, alternativas permissíveis e eventuais desvios –, objeto deste trabalho. São imprescindíveis esses esclarecimentos para termos ciência prévia do que será desenvolvido.

## FORMAS DO GOVERNO

---

A distinção das três formas de governo (monarquia, aristocracia e democracia) é antiquíssima, estando presente na *História* de Heródoto (480-425 a.C.) (1985). Platão aceita que haja seis formas de governo. “A oligarquia corresponde à forma corrompida da aristocracia, a democracia à politeia”, a tirania à monarquia (Bobbio, 1985, p. 47). Coloca ainda a timocracia entre a constituição ideal e as três formas ruins tradicionais (Platão, 1987).

A classificação das formas de governo é tomada por Aristóteles (s/d). Ensina o mestre estagirita que constituição e governo significam a mesma coisa e que governo é a autoridade suprema nos Estados. Esta deve cair nas mãos de um só, de vários ou de uma multidão com vistas ao interesse geral. Ao governo de um pequeno número de homens, dá-se o nome de aristocracia, contanto que não seja um só; ao de uma multidão, denomina-se república, e de realza, chamou o governo de um só.

A forma republicana, segundo alguns autores, refere-se à democracia, e cada uma das formas apresentadas pode degenerar quando o governante deixa de se orientar pelo interesse geral e passa a decidir no interesse particular. As formas puras são substituí-las por formas impuras. Transformam-se em tirania, oligarquia e em demagogia. “Essa classificação, que é feita em termos bem gerais, baseando-se apenas no número dos governantes e na preponderância do interesse geral

ou particular, é válida hoje, sendo utilizada na teoria e na prática" (Dallari, 1972, p. 195).

Posteriormente, muitas propostas surgiram. A de Maquiavel, com O Príncipe, em 1532, levava em consideração a temporariedade da atribuição do poder na república, a vitaliciedade na monarquia e não admitia a aristocracia. Foi uma alternativa aceita sem mais imaginações ou desafios pela maioria dos teóricos do poder, como Hobbes, Rousseau, pela Revolução Francesa e pelo remoto liberalismo do século XIX (Loewenstein, 1965, p. 23; Maquiavel, 2004, cap. 1). Embora as citadas e outras tentativas, como de Montesquieu em governo republicano, monárquico e despótico, a classificação de Aristóteles tornou-se clássica (Loewenstein, 1965, p. 20; Ramos, 1998, p. 38-40).

## SEPARAÇÃO DE PODERES

---

A separação das funções do poder resulta dos inconvenientes da centralização e da concentração. Se aparentemente estas induzem ao raciocínio de decisões mais rápidas e eficientes, ao contrário, levam ao abuso do poder. Há necessidade da limitação para incorrer à expressão de Lord Acton: "Todo poder corrompe". A ideia evolui. Aristóteles reparte as funções em sua obra A política; John Locke reconhece três funções distintas em seu Segundo tratado sobre o governo civil, mas atribui-se a Montesquieu, em O espírito das leis, a divisão e a distribuição clássica das funções legislativa, executiva e judiciária (Locke, 1978; Montesquieu, 1982).

Importante o sistema para determinação a cada órgão, evitando abusos. O próprio Montesquieu dizia: "Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor". O que dizer de governos onde isto ocorre, e mais, há certa ligação também entre o Executivo e o Legislativo. É o que deve ser evitado.

Com Jellinek (1981, p. 466), poderemos afirmar que a teoria constitucional franco-americana viu na separação das funções

formais a garantia mais firme do exercício legal do poder do Estado e, portanto, a segurança da liberdade política dos cidadãos. Os poderes independentes formam entre si, no próprio tempo, uma rede que enlaça uns aos outros, influenciando-se mutuamente como reguladores. Deve haver um sistema de “*cheks and balances*” para impedir aos poderes particulares contra a esfera legal.

Jouvenel aponta a causa dos abusos ao dizer que confiar o poder, sem limites, a um só, a vários ou a todos será igualmente um mal. Atribui-se o mal seguindo as circunstâncias, à monarquia, à aristocracia, à democracia, aos governos mistos, ao sistema representativo. É um erro, porque está no grau de força, e não nos depositários dessa força, os abusos (Jouvenel, 1947, p. 477). A separação de poderes é a condição essencial de qualquer governo misto, o princípio dos regimes representativos, baseados na soberania popular, a garantia necessária e comum dos interesses coletivos e dos direitos individuais; é definitivamente o ideal político que os povos e os legisladores devem perseguir sem trégua. São afirmações de Duguit, embora lhe pareça ilusão uma separação absoluta (Duguit, 1996, p. 3).

### **Independência e interpenetração dos poderes**

O mesmo Duguit apresenta contradições e diz:

*Declaram que os três Poderes são iguais e independentes e subordinam o Poder Executivo e o Judiciário ao Poder Legislativo; declaram que cada um deles não pode exercer mais do que as atribuições correspondentes, e o corpo legislativo recebe atribuições legislativas, executivas e judiciais, o Rei está associado à função legislativa pelo veto e à judicial pela nomeação dos magistrados (Duguit, 1996, p. 132).*

Entretanto, o autor afirma que os erros serão reparados com o tempo e que as autoridades legislativa para legislar, executiva, com autoridade administrativa, e a judiciária para executar no interesse privado estão separadas, porque sua separação é o único meio de estabelecer o justo equilíbrio entre o interesse coletivo e o individual e porque só esse feliz equilíbrio pode assegurar o funcionamento normal e o desenvolvimento progressivo de uma sociedade civilizada (Duguit, 1996, p. 134).

Há, como demonstrado, a interpenetração e algum grau de dependência quando um poder exerce função que seria de outro.

O Congresso legisla, mas julga, como, por exemplo, no caso do impeachment, administra em expediente de secretária e admissão de pessoal; o Executivo executa, administra, participa do processo legislativo com o veto, medidas provisórias, e julga no contencioso administrativo; o Judiciário julga, administra em questões de secretaria e tem iniciativa legislativa. Não se trata de invasão, mas de uma permissão constitucional e de acordo com os limites estabelecidos pela “Lei das Leis”. Devemos considerar a função preponderante de cada órgão, e não as exceções decorrentes da modernidade e da complexidade.

### **Separação de poderes e os sistemas de governo**

Considerando a separação, a independência e a interdependência dos poderes, chegaremos a uma classificação dos sistemas de governo. A concentração e a centralização traduzem-se no regime da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, onde ocorria no “Soviet Supremo”. Nos países que adotam a distinção dos poderes sem a independência, mas com interdependência e colaboração, entre o Executivo e o Legislativo, temos o parlamentarismo. Na ocorrência da separação com distinção e independência, encontramos o presidencialismo (*Ferreira Filho, 2006, p. 137*).

## **SISTEMAS DE GOVERNO**

---

Além dos sistemas expostos anteriormente, deveremos acrescentar o diretorial e o colegiado.

### **O presidencialismo**

É uma invenção norte-americana da Constituição de 1787. Com um cuidado meticuloso, estabelece um sistema de freios e contrapesos cujo objeto é limitar ao máximo a ação de cada um dos poderes políticos, a separação de poderes, com atenuações,

continua existindo; apesar da “faculdade de impedir”, acomoda-se e funciona de maneira aceitável (Hauriou, 1980, p. 558-559). Acrescente-se o federalismo, limitador das tarefas do Estado central. Evidentemente, não havendo um monarca, após a independência e a criação do novo Estado, unindo os treze, assumiu o seu lugar um cidadão, Presidente (Hauriou, 1980, p. 269).

As características são três: separação de poderes, a chefia do Estado e a de governo compete a uma só pessoa, que exerce a Presidência da República, e a independência recíproca dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Politicamente, há uma predominância do Presidente, decorrente da liderança nacional, por meio da eleição popular. São mais conhecidos e influentes. O presidencialismo resiste à multiplicidade partidária, porque não há preponderância do Legislativo e não cabe a este constituir e destituir o governo, o que só pode fazê-lo em caso de sanção por um crime.

### **O parlamentarismo**

Também chamado de “governo do gabinete”, teve origem na Inglaterra no fim do século XVIII. Sua primeira versão era “dualista”, denominado na França de “orleanista”, em que o gabinete deve possuir a confiança do Parlamento e do chefe de Estado. Permaneceu nos séculos XVIII e XIX. Posteriormente, o chefe de Estado deixa de exercer um papel político, e o gabinete necessita apenas da confiança do Parlamento, chegando ao regime parlamentar “monista”.

Trata-se, na primeira versão, de uma separação flexível de poderes, em que há colaboração entre o chefe do Estado e o Parlamento, e evolui do chefe de Estado ao chefe do governo, que também o é do gabinete.

Caracteriza-se o sistema pelo executivo “dualista”: um rei ou um Presidente da República é o chefe do Estado; um primeiro-ministro, presidente do conselho de ministro, ou do gabinete é o chefe de governo. Há uma interdependência entre os Poderes Legislativo e Executivo: a manutenção do governo depende do Parlamento, que pode votar moção de desconfiança, “derrubando” o gabinete, e permite, ao contrário, a dissolução do Parlamento e nova eleição. Trata-se de um sistema que adota a divisão de poderes, distingue as funções e atribui a órgãos diversos do Estado, embora haja, como visto, a interdependência entre o Executivo e o Legislativo.

Politicamente, dará melhores resultados onde há bipartidarismo disciplinado ou pluripartidarismo, com uma ou duas agremiações preponderantes, como na Espanha, por exemplo. Nesse caso, consegue o apoio da maioria, o que resulta na estabilidade. Resultado oposto, de instabilidade, em razão da alternância rápida e constante na composição da maioria, e a consequente troca de gabinete ocorre com o pluralismo de muitas forças equilibradas (Hauriou, 1980, p. 269).

### **O sistema diretorial**

Também chamado de “governo de assembleia” e de “regime de convenção”, é, assim como o presidencialismo, em deformação do presidencial, de confusão de poderes: há um submetimento do Executivo ao Parlamento, pela ausência de dissolução, e uma reconstituição do poder em proveito deste. A França, de 1789 a 1958, de alguma maneira, esteve sob esse regime (sistema). A soberania indubitável do Parlamento justificou a dura expressão de Carré de Malberg: “O parlamentarismo absoluto” (Hauriou, 1980, p. 278).

### **Sistema colegial**

Para alguns autores, há mais este, denominado de “executivo dual”. Distingue-se do parlamentarismo quanto às funções e aos exercícios. Enquanto o “executivo dual” atribui poderes iguais aos dois componentes, como os cônsules romanos, o parlamentarismo estabelece competências distintas ao chefe de Estado e a um gabinete liderado pelo chefe de governo. O sistema desse tópico não chega, na realidade, a ser um colegiado, visto que é formado por dois integrantes.

## **REGIMES DE GOVERNO**

---

Nem sempre o que foi sistematizado é aplicado da mesma forma. Vários fatores contribuem para as divergências. Decorre

desses fatos a denominação de regimes à maneira como praticados os atos de governo. Juan Linz oferece sua tipologia. Distingue três regimes: o “democrático”, o “totalitário” e o “autoritário” (Linz, 1975, p. 175-55). O primeiro permite a livre formulação das preferências políticas por meio das liberdades básicas de associação, informação e comunicação, com o objetivo de livre competição entre líderes para, em intervalos regulares, disputarem o direito de governar por meios não violentos. Totalitário, o segundo, aquele que se caracteriza por uma ideologia oficial, um partido único, de massa, que controla toda mobilização política e o poder concentrado em favor de um pequeno grupo que não pode ser afastado do poder por meios pacíficos e institucionalizados. O autoritário, o terceiro, apresenta um limitado pluralismo político, sem uma ideologia elaborada, sem extensa ou intensa mobilização política, no qual o líder, ou grupo governante, exerce o poder de acordo com limites mal definidos, embora previsíveis (Ferreira Filho, 1977, p. 242).

## **A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

---

Verificamos que o Poder Executivo está relacionado com as formas, os sistemas e os regimes políticos, levando-se em conta a separação de poderes.

Conforme o artigo 1.º do Texto Magno, o Brasil é formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. No artigo 2.º, consagrou o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Adotou a forma democrática, o sistema presidencialista, por ser uma federação; tem o Poder Executivo em todos os níveis anteriormente elencados e está relacionado com o Legislativo e o Judiciário, salvo quanto a este no Município inexistente.

## O PODER EXECUTIVO NO BRASIL

---

É exercido pelo Presidente da República, chefe do Estado e do governo, auxiliado pelos ministros de Estado (*art. 76 da Constituição Federal*).

### Eleição

A eleição do Presidente e do Vice-Presidente será simultânea, no primeiro domingo de outubro em primeiro turno, e no último domingo de outubro em segundo turno, se houver, do ano anterior ao término do mandato presidencial vigente (*art. 77*). Não é necessariamente de dois turnos, porque, alcançando um candidato, a maioria absoluta dos votos, não computados os em brancos e os nulos, no primeiro, incoerirá o segundo (*parágr. 2.º do art. 77*). A eleição será simultânea, e a de um importa a do outro com ele registrado (*parágr. 1.º do art. 77*). Devem preencher o requisito do art. 12, parágr. 3.º, da Constituição Federal, ser brasileiro nato, e as condições do art. 14, parágr. 2.º, destacando-se a filiação partidária, não permitindo a candidatura independente (*inc. V*) e a idade mínima de 35 anos (*inc. VI, a*). Na hipótese de nenhum candidato alcançar a maioria absoluta, a nova eleição ocorrerá até vinte dias após a proclamação do resultado (*art. 77, parágr. 3.º*). Essa proclamação e o período deverão estar compreendidos entre o primeiro e o último domingo de outubro, em consonância com o caput do art. 77 da Constituição Federal. Concorrem, neste caso, os dois candidatos mais votados, e será vitorioso o que obtiver a maioria dos votos válidos (*parágr. 3.º do art. 77*). Nesse caso, considerar-se-ão válidos os votos em brancos por representarem a manifestação de vontade. Poderá acontecer a morte, a desistência ou o impedimento legal de candidato antes do novo pleito. Assim sendo, convocar-se-á, entre os remanescentes, o de maior votação, (*parágr. 4.º do art. 77*). Na hipótese de empate, qualificar-se-á o mais idoso (*parágr. 5.º, art. 77*). Observe-se que devem ser aplicadas as regras do artigo 77 da Constituição Federal aos governadores, vice-governadores (*art. 28*) e aos prefeitos e vices dos Municípios com mais de 200 mil eleitores (*art. 29, I*).

**Posse**

Esta dar-se-á em sessão do Congresso Nacional sob o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil (*art. 78*). São imposições do Estado Democrático de Direito, da preservação da Federação – cláusula pétrea do inciso II do parágrafo 4.º do artigo 6º da Constituição Federal – e da garantia da soberania; uma das razões para a reserva a brasileiros natos (*art. 12, parágr. 3.º, I*). Passados dez dias da data fixada para a posse, se o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não assumiu, o cargo será declarado vago (*parágrafo único do art. 78*).

**Mandato do Presidente da República**

O mandato do Presidente da República é de quatro anos, com início em 1.º de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição (*art. 82*). De um lado, é considerado curto para a execução de um programa, e, de outro longo, em relação a péssimos governantes. Seria a irresponsabilidade com prazo certo.

**Reeleição**

Permite, o Texto Magno, a reeleição do Presidente da República, dos governadores de Estado e do Distrito Federal, dos prefeitos e de quem os houver substituído ou sucedido no curso dos mandatos para um período subsequente (*art. 14, parágraf. 5.º*). Por se tratar de um Estado federal, alcança o Executivo de todos os níveis da Federação. Contudo, algumas situações merecem reflexão.

**CONTINUIDADE E CONTINUÍSMO**

Para a primeira, é salutar, porque um governo bom encontra obstáculo temporal para concretizar seu projeto, e mais um período seria suficiente. No caso do segundo, seria indesejável o continuísmo por tempo maior, apenas pelo desejo de permanência no poder. Exemplo deu-nos os Estados Unidos, que ensejou a Emenda n.º 22, limitando a mais um e único período, ou seja, uma pessoa não poderá ser eleita Presidente mais de duas vezes. No Brasil, ao expressar “um único período subsequente”, o texto

oferece o entendimento pelo qual um de afastamento permite a terceira eleição por não ser subsequente e a quarta por sê-la. Dessa forma, penetramos no continuísmo, pernicioso, evitado nos Estados Unidos e na Argentina, por exemplo.

Quem houver sucedido ou substituído um chefe de Executivo no curso do mandato poderá ser reeleito para um período subsequente. Várias interpretações decorrem do texto. Quem sucede é o Vice, como não será reeleito e, sim, eleito, por se tratar de outro cargo, poderá completar na sucessão, ser eleito e reeleito para o período subsequente e permanecer no poder por aproximadamente doze anos ao ocorrer a sucessão no início. Ao entender que, tendo ocupado o Executivo, será uma reeleição, a injustiça será ao contrário se os fatos ocorrerem no final, exercendo quatro anos e um mês.

Para quem substituí, afora o Vice, a situação piora. São chamados, sucessivamente, o presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal e por períodos mais curtos, com as consequências mais graves, porque o sucessor, Vice, sempre completa o mandato e, para os demais, marcam-se novas eleições.

A Emenda n.º 22, de 1951, à Constituição norte-americana restringe a reeleição nos seguintes termos:

*Nenhuma pessoa pode ser eleita para Presidente mais de duas vezes. Alguma pessoa que ocupou o gabinete de Presidente ou agiu como Presidente por "mais" de dois anos do período para o qual alguma outra pessoa foi eleita pode ser eleita Presidente somente uma vez. Alguma pessoa que ocupou o gabinete de Presidente ou atuou como Presidente por "menos" que dois anos do período, para o qual outra pessoa foi eleita, pode ser eleita Presidente duas vezes.*

Talvez fosse essa a intenção do legislador constituinte brasileiro. A redação da Emenda n.º 22 norte-americana é esclarecedora, evita o continuísmo, pernicioso, assim como evitou em seu país e resolve, satisfatoriamente, para o Brasil a questão do substituto e do sucessor.

Outra condição causadora de polêmicas é a estabelecida no parágrafo 6.º do artigo 14 da Constituição Federal, que diz que os chefes do Executivo, de todos níveis da Federação, devem renunciar aos respectivos cargos até seis meses antes do pleito para concorrer a outros cargos. Para reeleição ao mesmo cargo, não são obrigados ao afastamento, mas, para outros, sim. Há argumentos

de que utilizariam a máquina administrativa com sua permanência e deveriam, em todos os casos, se afastar. Entretanto, há alguma lógica. Se a reeleição é para a continuidade de um programa satisfatório, a ausência por seis meses interromperia e não se justificaria a reeleição, embora possa haver vantagens. É uma questão de custo-benefício. Os ganhos pessoais de um lado e a eficiência da continuidade do outro. Essa relação não ocorre quando a candidatura é para outro cargo.

#### ***Perda do cargo de Presidente e de Vice-Presidente da República***

Ambos não poderão, sem licença do Congresso Nacional, se ausentar do País por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo (*art. 83*).

#### ***Atribuições do Vice***

Além de outras que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais (*art. 79, parágrafo único*).

#### ***Sucessão do Presidente***

A sucessão é definitiva, ocorre no caso de vaga, e o único competente é o Vice-Presidente (*art. 79*). Por ser definitiva, completa o mandato. Tem suas consequências positivas e negativas, qualidades e deficiências, conforme exposto anteriormente (*ver "Reeleição"*).

#### ***Substituição do Presidente e do Vice-Presidente***

Substitui o Presidente, no caso de impedimento, o Vice-Presidente (*art. 79*). Se o impedimento for de ambos ou ocorrer a vacância dos respectivos cargos, exercerão a Presidência da República, sucessivamente, o presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado e o do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que a vacância dupla enseja aos substitutos o exercício temporário do poder. O artigo 81 da Constituição Federal manda realizar eleição 90 dias depois da aberta a última vaga. Em seu parágrafo 1.º, determina que, à ocorrência nos dois últimos anos do período presidencial,

far-se-á a eleição para ambos os cargos 30 dias depois da última vaga e pelo Congresso Nacional, reduzindo o tempo de substituição com as consequências apontadas ao no item "Reeleição". Em qualquer caso, antes dos dois ou nos dois últimos anos, os eleitos deverão apenas completar o período de seus antecessores (art. 81, parágr. 2.º). Esses eleitos serão considerados reeleitos com os efeitos, as qualidades e as deficiências apontadas (ver "Reeleição").

Fato que merece comentário é a idade-limite para Presidente da República e senador (mínimo de 35 anos) e para deputado federal (21 anos) (art. 14, parágr. 3.º, VI, a e c). No caso de substituição, poderá ser chamado o presidente da Câmara Federal, um deputado federal, o que leva à conclusão de que o presidente da Câmara não poderá ter menos de 35 anos de idade, ou será chamado, sucessivamente, o presidente do Senado.

## **ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

---

Como chefe do Estado e chefe do governo, o Presidente da República exerce, privativamente, funções de representação, de governo e administrativas, conforme determina o artigo 84, com 27 incisos e um parágrafo único:

- I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;*
- II - exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;*
- III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;*
- IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*
- V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;*
- VI - dispor, mediante decreto, sobre:
  - a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesas nem criação ou extinção de órgãos públicos;*
  - b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;**
- VII - manter relações com Estado estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;*

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no Art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do Art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do Art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único - O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Verificou-se que o Executivo pratica atos do Legislativo, como: a iniciativa de leis, o veto de projetos, edita medidas provisórias com força de lei, elabora leis delegadas ao solicitar a delegação ao Congresso Nacional e dispõe mediante Decreto.

As medidas provisórias são contestadas quanto a excesso, travamento das deliberações, nas duas casas do Congresso e ao desrespeito as suas condições de relevância e urgência. A insatisfação permanece, embora atenuados os exageros, pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, e pela Resolução n.º 1, de 8 de maio de 2002, do Congresso Nacional.

A delegação ao Presidente é feita mediante resolução do Congresso Nacional, respeitando as limitações, especificando o conteúdo e o prazo de exercício (art. 68, parágr. 2.º e 3.º). No parágrafo 3.º, faculta ao Congresso a apreciação do Projeto, o que fará em votação única, sem a possibilidade de emenda. Ora, se é para o Legislativo determinar essa apreciação, não deveria delegar. Seria adequado legislar. Além de ilógica, a medida é descabida, diante do artigo 49, inciso V, da Lei das Leis, que dá competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo, exorbitantes do poder regulamentar ou dos limites da delegação.

Cumprе salientar que, embora haja restrições para uma mulher chegar ao comando das Forças Armadas, ou hoje em algum de seus seguimentos, sendo atualmente uma mulher a Presidente, exerce o comando supremo e nomeia os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 84, XIII), constituindo-se na autoridade suprema (art. 142).

## **RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

---

São crimes de responsabilidade do Presidente da República, conforme artigo 85 e incisos, os atos atentatórios contra a Constituição Federal e especialmente contra:

*I - a existência da União;*

*II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;*

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

*Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.*

O Poder Executivo é exercido de acordo com os limites estabelecidos pelo Estado de Direito, com respeito à Constituição, ao cumprimento das leis e das decisões judiciais; aos princípios federativos da União e à não centralização, garantidos pelo livre exercício dos demais poderes da União, do Ministério Público e das unidades da Federação; aos direitos fundamentais; à segurança interna; à lei orçamentária.

Uma base de apoio parlamentar comprometida, a nomeação de magistrados pelo Executivo, a nomeação e a recondução do procurador-geral da República não poderão causar uma dependência que resulte na ineficácia dos limites sugeridos pela separação de poderes e pela condutora da centralização, concentração, autoritária, ditatorial. São condições do poder arbitrário com força opressora, sacrificadora da vida e da liberdade, como ensinou Montesquieu.

Não poderá atentar contra a ordem e deverá agir com probidade, na condução da Administração, em consonância com os princípios estabelecidos pela Lei Maior.

### ***Crimes de responsabilidade e infrações penais comuns***

Depreende-se do artigo 86 o processamento e a possível punição em ambos os casos. Tratando-se de infração penal comum, há necessidade de aprovação, por dois terços da Câmara dos Deputados, para o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos crimes de responsabilidade, o julgamento será perante o Senado Federal, com aprovação, da mesma forma, por dois terços da Câmara dos Deputados. Nesse caso, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, condicionada a condenação a dois terços dos votos do Senado Federal, limitando-se à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízos das demais sanções judiciais cabíveis (*art. 52, parágrafo único*). Na mesma situação de julgamento e punições, do Presidente da República, estão o

Vice, os ministros de Estado, o advogado geral da União e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes de responsabilidade ou nos crimes da mesma natureza ou conexos como aqueles (art. 52, I e II).

Nas infrações penais comuns, o Presidente ficará suspenso de suas funções se recebida a denúncia ou a queixa pelo Supremo Tribunal Federal (art. 86, parágr. 1.º, I); nos de responsabilidade após a instauração do processo pelo Senado Federal (II). Decorrido o prazo de 180 dias e não estando concluído o julgamento, cessará o afastamento do Presidente, prosseguindo o processo (art. 86, parágr. 2.º). O Presidente da República somente estará sujeito à prisão nos crimes comuns após a sentença condenatória, e na vigência do mandato não poderá ser responsabilizado por atos estranhos às suas funções.

É evidente que uma maioria parlamentar de apoio dificultará a admissão da acusação que exija dois terços dos deputados. O mesmo poder-se-á dizer da condenação pelo Senado e pelo Supremo Tribunal Federal. Este, com suficiente maioria nomeada pelo mesmo partido, se agir à margem do Direito, da justiça, sem independência, e da isenção esperadas.

## MINISTROS DE ESTADO

---

Os ministros de Estado são nomeados e exonerados pelo Presidente da República. São auxiliares para o exercício da direção superior da administração federal.

*Art. 87 - Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.*

*Parágrafo único - Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:*

*I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;*

*II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;*

*III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de gestão no Ministério;*

*IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.*

## CONSELHO DA REPÚBLICA

---

Seus membros são nomeados pelo Presidente da República.

*Art. 89 - O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:*

*I - o Vice-Presidente da República;*

*II - o Presidente da Câmara dos Deputados;*

*III - o Presidente do Senado Federal;*

*IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados;*

*V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal;*

*VI - o Ministro da Justiça;*

*VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.*

*Art. 90 - Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:*

*I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio;*

*II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.*

*§ 1.º - O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério.*

Tratando-se de órgão superior de consulta do Presidente da República e tendo em sua competência a manifestação sobre a intervenção federal, o estado de defesa, estado de sítio e a estabilidade das instituições democráticas, significativa seria a presença, em sua composição, dos comandantes das Forças Armadas. Estão ausentes. Estas, conforme o artigo 142 da Constituição Federal, destinam-se à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

O estado de defesa (art. 136) e o estado de sítio (art. 137) preveem que o Presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e da Defesa, poderá decretar o primeiro e solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o segundo. Participam os comandantes do Conselho de Defesa e resolve-se indiretamente, quanto à participação, mas não relativamente à composição do Conselho da República. O mesmo poder-se-á dizer quanto à intervenção. Como efetivá-la, se necessária, para manter a integridade nacional, por termo a grave comprometimento da ordem pública

e garantir os poderes (art. 34, I, II, III, IV), sem a participação daqueles a quem a Constituição atribui competências para esse fim (art. 142).

## **CONSELHO DE DEFESA NACIONAL**

---

É também órgão de consulta do Presidente da República.

*Art. 91 - O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:*

*I - o Vice-Presidente da República;*

*II - o Presidente da Câmara dos Deputados;*

*III - o Presidente do Senado Federal;*

*IV - o Ministro da Justiça;*

*V - o Ministro de Estado da Defesa;*

*VI - o Ministro das Relações Exteriores;*

*VII - o Ministro do Planejamento.*

*VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.*

*§ 1.º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional:*

*I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;*

*II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;*

*III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;*

*II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;*

*III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; [...]*

Neste, corrigiu-se a lacuna anterior do Conselho da República em dois sentidos. No primeiro, a inclusão dos comandantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), que, ausentes desde 1988, foram inseridos pela Emenda Constitucional n.º 23, de 2 de setembro de 1999. No segundo, porque repete o Conselho da República quanto à competência para opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado do sítio e da intervenção federal (art. 91, II). Ainda que ouvido, sobre a matéria, apenas o Conselho da República, do qual não fazem parte os comandantes militares (art. 89), estes participarão, porque os artigos 136 e 137 da Constituição Federal, no caso dos estados de sítio e de defesa, manda ouvir também o Conselho de Defesa Nacional, do qual, agora, fazem parte. Ficarão, entretanto, incompreensivelmente marginalizados quanto à intervenção federal. Não ouvidos, mas necessariamente atuarão se houver resistência.

## **CONCLUSÕES**

---

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o Poder Executivo tem qualidades e deficiências. Algumas destas são apontadas, mas, após exame percuciente, justificam-se. Entretanto, em outras hipóteses, abre a possibilidade de preponderância do Poder Executivo sobre os demais, comprometendo os limites, em tese, afirmados pela separação, pela independência e pela autonomia dos poderes. Outras benesses favorecem o Executivo da União em detrimento dos demais entes, afetando mais uma vez os limites ao governo. É o caso, para exemplificar, dos 20% Desvinculados da Receita da União (DRU). São recursos extraordinários para livre uso, o que poderá gerar uma integração de cima para baixo, subordinando entes federativos em detrimento da autonomia, bem como agentes dos demais poderes. Esses fatores conduzem à centralização, ao autoritarismo, à ditadura, comprometendo as liberdades e da probidade administrativa.

Temos um Executivo presidencialista, na forma de Estado federal, democrático, que pune a irresponsabilidade e os crimes comuns. O ideal é o governo limitado, evitando a hipertrofia do

Executivo. Os excessivos poderes da União poderão comprometer seus objetivos na ocorrência prática, como regime. Este deve aproximar-se, de acordo com o possível e o necessário, ao sistema e à forma de governo adotada, nas versões puras e legítimas (Rosseau, 2001), tendo a separação e a independência dos poderes como condições para sua realização.

Segundo Kronman, sabe-se que:

*[...] o líder precisa ter, acima de tudo, paixão: ao contrário do funcionário burocrático, ele deve dedicar-se a uma causa com paixão e ao "Deus ou demônio que é o seu chefe supremo". A "vocalização correta" do burocrata é a "administração imparcial". Portanto, a ele é proibido fazer exatamente o que o político, o líder e os seus seguidores sempre devem fazer, isto é, combater. Assumir uma posição, ser passional; ira et studium ("com raiva e imparcialidade") é o elemento próprio do político e, principalmente, o elemento próprio de "líder" político (Kronman, 2009, p. 272).*

Por ser um poder aberto, o primeiro cuidado dos que exercem é "aguentar", enquanto o dos adversários é afastá-los, esforça-se por durar para governar, mas, como é governando que se expõe, não poderá durar senão abstendo-se de governar; sua investidura não é definitiva, adquire-se no dia a dia (Burdeau, 1975, p. 111).

Nas palavras de Maquiavel, ao concluir "como se deve evitar o ser desprezado e odiado [...] que o ódio adquire-se, quer pelas boas, quer pelas más ações", justificando que "um príncipe, querendo manter o Estado, é obrigado a não ser bom" (Maquiavel, 2004, cap. XIX). Ainda assim, e por tudo que se expôs, o poder aberto, de bipartidarismo ou multipartidarismo, a concorrência de forças, que anima "a vida política e permite à oposição a possibilidade de contestar a ordem estabelecida (Burdeau, 1970, p. 96), tem melhores resultados do que o poder fechado, concentrado num partido único, dominante de todos os órgãos governamentais (Burdeau, 1975, p. 114).

## **BIBLIOGRAFIA**

---

**ARISTÓTELES.** *A política.* Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. (Coleção Universidade).

**BOBBIO,** Norberto. *A teoria das formas de governo.* Trad. Sergio Bath. 4.ª ed. Brasília: Editora da UnB, 1985.

\_\_\_\_\_. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político.* Trad. José Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

**BURDEAU,** Georges. *L'état.* Paris: Éditions du Seuil, 1970.

\_\_\_\_\_. *A democracia.* Trad. Paulo Antonio dos Anjos. 3.ª ed. Lisboa: Francisco Lyon de Castro, 1975.

**CHEVALLIER,** Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias.* Trad. de Lydia Christina. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1976.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL,** 5/10/1988.

**DALLARI,** Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* São Paulo: Saraiva, 1972.

**DUGUIT,** Léon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789.* Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

**FERREIRA FILHO,** Manoel Gonçalves. *Enciclopédia Saraiva do Direito,* v. 64. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional,* 32.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

**HAURIOU,** André. *Derecho Constitucional e instituciones políticas.* Barcelona: Ariel, 1980.

**HERÓDOTO.** *História.* Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da UnB, 1985.

**HOLANDA FERREIRA,** Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa.* 2.ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

**JELLINEK,** Georg. *Teoria general del Estado.* Trad. Fernando de los Ríos. 2.ª ed. Buenos Aires: Albatros, 1981.

**JOUVENEL,** Bertrand. *Du pouvoir.* Genebra: Les Éditions du Cheval Ailé, 1947.

**KRONMAN**, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

**LINZ**, Juan. "Totalitarian and Authoritarian Regimes". Em *Handbook of Political Science: Political Science-Scope and Theory*, v. 3. Londres: Addison-Wesley Educational, 1975.

**LOCKE**, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

**LOEWENSTEIN**, Karl. *Political Power: the Governmental Process*. Chicago: Phoenix Books, 1965.

**MAQUIAVEL**, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

**MONTESQUIEU**, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora da UnB, 1982.

**PLATÃO**. *A República*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 5.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

**RAMOS**, Dircêo Torrecillas. *Autoritarismo e democracia*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: WVC, 1998.

\_\_\_\_\_. *O federalismo assimétrico*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *A federalização das novas comunidades: a questão da soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**ROUSSEAU**, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

**THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES**, 1787.



P957

V.1

Princípios constitucionais relevantes: a Constituição interpretada pelo Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, volume 1 / [organização] Ives Gandra da Silva Martins. - São Paulo: Fischer, 2011.  
388 p.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-65274-00-5

1. Direito Constitucional 2. Constituição de 1988 3. Administração Pública  
4. Poder Legislativo 5. Poder Executivo 6. Poder Judiciário 7. Tribunal de Contas  
I. Martins, Ives Gandra da Silva.

CDD 341.2  
CDU 342

ISBN 978-85-65274-00-5



**FECOMERCIO SP**  
Representa muito para você.



CONSELHO SUPERIOR  
DE DIREITO  
FECOMERCIO SP